

Thomson Newspapers Company Limited, doing business as *The Globe and Mail, The Evening Telegram, Winnipeg Free Press and Times-Colonist, and Southam Inc.* Appellants

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

The Attorney General of British Columbia and the Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: THOMSON NEWSPAPERS CO. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 25593.

1997: October 9; 1998: May 29.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka*, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Opinion surveys — Elections — Federal elections legislation prohibiting publication, dissemination or broadcasting of opinion survey results on last weekend of election campaign and on polling day — Whether legislation infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 322.1.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Access to information during election — Restrictions on opinion survey results — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 3 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 322.1.

The appellants brought an application for a declaration that s. 322.1 of the *Canada Elections Act* violates freedom of expression and the right to vote guaranteed

*Sopinka J. took no part in the judgment.

Thomson Newspapers Company Limited, faisant affaire sous les dénominations *The Globe and Mail, The Evening Telegram, Winnipeg Free Press et Times-Colonist, et Southam Inc.* Appelantes

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique et l'Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: THOMSON NEWSPAPERS CO. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 25593.

1997: 9 octobre; 1998: 29 mai.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Sondages d'opinion — Élections — Loi électorale fédérale interdisant de publier, de diffuser ou d'annoncer les résultats de sondages d'opinion au cours de la dernière fin de semaine d'une campagne électorale et le jour du scrutin — Cette loi porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 322.1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Accès à l'information durant une élection — Restrictions visant les résultats de sondages d'opinion — Charte canadienne des droits et libertés, art. 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 322.1.

Les appelantes ont présenté une requête sollicitant une déclaration portant que l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* viole la liberté d'expression et le droit

*Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

by ss. 2(b) and 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The impugned section prohibits the broadcasting, publication or dissemination of opinion survey results during the final three days of a federal election campaign. The Ontario Court (General Division) denied the appellants' application, holding that s. 322.1 did not violate a citizen's right to vote and that, although the section infringed freedom of expression, it was justified under s. 1 of the *Charter*. The Court of Appeal affirmed the judgment.

Held (Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: Section 322.1 of the *Canada Elections Act*, which applies only to "new" poll results, infringes s. 2(b) of the *Charter*. The publication of opinion survey results is an activity that conveys meaning and therefore falls within the ambit of s. 2(b). By prohibiting the broadcasting, publication or dissemination of opinion survey results during the final three days of an election campaign, s. 322.1 restricts freedom of expression.

Section 322.1 is not justified under s. 1 of the *Charter*. All the steps of a s. 1 analysis must be undertaken with a close attention to context. Characterizing the context of the impugned provision is important in order to determine the type of proof which a court can demand of the legislator to justify its measures under s. 1. In the course of a contextual approach under s. 1, the vulnerability of the group which the legislator seeks to protect, that group's own subjective fears or apprehension of harm, the inability to measure scientifically a particular harm, and the efficaciousness of a remedy, are all factors which the court must take into account in assessing whether a limit has been demonstrably justified according to the civil standard of proof. Another factor to be considered is the nature of the activity which is infringed. The degree of constitutional protection may vary depending on the nature of the expression at issue. Here, the speech infringed is political information. Opinion surveys regarding political candidates or electoral issues are part of the political process and, thus, at the core of expression guaranteed by the *Charter*. The

de vote garantis respectivement par l'al. 2b) et l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article contesté interdit d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de vote durant les trois derniers jours des campagnes électorales. La Cour de l'Ontario (Division générale) a refusé la requête des appelantes et statué que l'art. 322.1 ne violait pas le droit de vote des citoyens et que, même si cette disposition portait atteinte à la liberté d'expression, elle était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache: L'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada*, qui s'applique uniquement aux résultats de «nouveaux» sondages, porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. La publication des résultats de sondages est une activité qui transmet un message et qui, par conséquent, entre dans le champ d'application de l'al. 2b). En interdisant d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de vote au cours des trois derniers jours des campagnes électorales, l'art. 322.1 limite la liberté d'expression.

L'article 322.1 n'est pas justifié au sens de l'article premier de la *Charte*. Toutes les étapes de l'analyse fondée sur l'article premier doivent être réalisées en accordant une grande attention au contexte. Il importe de qualifier le contexte de la disposition contestée pour déterminer le type de preuve que le tribunal peut demander au législateur d'apporter pour justifier ses mesures au regard de l'article premier. Dans l'application de l'approche contextuelle à l'article premier, la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger, les craintes subjectives ou la crainte de préjudice entretenue par ce groupe, ainsi que l'incapacité de mesurer scientifiquement le préjudice particulier en cause ou l'efficacité d'une réparation sont autant de facteurs que le tribunal doit prendre en considération lorsqu'il décide si une restriction est justifiée suivant la norme de preuve applicable en matière civile. Un autre facteur qui doit être pris en considération est la nature de l'activité à laquelle il est porté atteinte. Le degré de protection constitutionnelle peut varier selon la nature de la forme d'expression en cause. Dans le présent cas, le discours visé par l'atteinte est l'information politique. Les sondages concernant les candidats ou les enjeux électoraux font partie du processus politique et sont, de ce fait, au cœur de la liberté d'expression garantie par la *Charte*. La nature de la forme d'expression en litige tend à indiquer

nature of the expression at issue suggests that a deferential approach is inappropriate in this case.

While the objective of providing a period of rest and reflection for voters prior to going to the polls is not a pressing and substantial objective, the objective of guarding against the possible influence of inaccurate polls late in the election campaign by allowing for a period of criticism and scrutiny immediately prior to election day is of sufficient importance to meet the first step of the s. 1 analysis. The purpose of this particular limitation on expression is to ensure that information which the evidence indicates has an important influence on the choice of at least some voters is presented according to the standards of accuracy which polls are normally expected to attain. To the extent that the votes of some might be distorted as a result of polls being presented in a misleading fashion, such a distortion is clearly a matter which the government may legitimately be concerned to remedy.

The three-day blackout period on the publication of polls will serve, to some degree, the purpose of preventing the use of inaccurate polls by voters by giving critics the opportunity to assess the methodological information made available by the pollster and to question the validity of the poll on that basis. To that extent, the ban is rationally connected to the purpose of the legislation. However, since s. 322.1 does not require the publication of methodological information, the most that could be achieved by the blackout period, if an opinion survey is released without such information, is that the validity of a poll could be undermined by pointing out the failure of the pollster to publish the methodology of the poll.

Section 322.1 does not minimally impair freedom of expression. The section is a very crude instrument in serving the government's purpose. The social science evidence did not establish that Canadian voters are a vulnerable group relative to pollsters and the media who publish polls. The presumption should be that the Canadian voter is a rational actor who can learn from experience and make independent judgments about the value of particular sources of electoral information. While some voters clearly do consider polls to be of some value in making their electoral decision, no evidence has been adduced that voters have suffered from any misapprehensions regarding the accuracy of any single poll. Voters are constantly exposed to opinion poll results throughout the election and a single inaccurate poll result is likely to be spotted and discounted appro-

qu'une approche empreinte de retenue est inappropriée en l'espèce.

Alors que l'objectif qui consiste à donner aux électeurs une période de répit et de réflexion avant le scrutin n'est pas urgent et réel, l'objectif qui consiste à prévenir contre l'influence possible de sondages inexacts publiés tard dans les campagnes électorales par l'instauration d'une période de critique et d'examen immédiatement avant le jour du scrutin est suffisamment important pour satisfaire à la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier. L'objectif de cette restriction de la liberté d'expression est de faire en sorte que des données qui, selon la preuve, ont une influence importante sur la décision d'au moins certains électeurs soient présentées avec le niveau d'exactitude qu'on attend normalement des sondages. Dans la mesure où la décision de certains électeurs pourrait être faussée par suite de résultats de sondages présentés d'une manière trompeuse, il est alors manifestement légitime pour le gouvernement d'être préoccupé par cette situation et de vouloir y remédier.

L'embargo de trois jours sur les sondages permet, dans une certaine mesure, de réaliser l'objectif qui consiste à empêcher l'utilisation de sondages inexacts par les électeurs, en donnant aux critiques la possibilité d'évaluer l'information fournie par le sondeur sur la méthodologie qu'il a utilisée et de mettre en doute la validité du sondage sur ce plan. Dans cette mesure, l'interdiction a un lien rationnel avec l'objet de la loi. Toutefois, comme l'art. 322.1 n'exige pas la publication de renseignements méthodologiques, l'embargo permettrait tout au plus d'attaquer la validité d'un sondage en signalant l'omission du sondeur de publier des renseignements sur la méthodologie utilisée pour effectuer le sondage.

L'article 322.1 ne porte pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression. Cette disposition est un instrument très grossier pour réaliser l'objectif du gouvernement. La preuve fondée sur les sciences sociales n'a pas établi que les électeurs canadiens forment un groupe vulnérable par rapport aux sondeurs et aux médias qui publient les sondages. On doit présumer que l'électeur canadien est un être rationnel, capable de tirer des leçons de son expérience et de juger de façon indépendante de la valeur de certaines sources d'information électorale. Bien que certains électeurs estiment que les sondages peuvent éclairer leur décision, il n'a été présenté aucun élément de preuve établissant que les électeurs ont été victimes de méprise quant à l'exactitude d'un sondage. Les électeurs sont constamment bombardés de sondages pendant toute la campagne, et il est

riately. This is not an appropriate case for the government to respond to the paucity of evidence by relying on the "reasoned apprehension of harm" test. First, the claims of widespread or significant harm based on a logical inference derived from surrounding factors are not compelling in the context of factors which, as in this case, refute such logical inferences. Second, the government is not dealing with a vulnerable group which is in danger of manipulation or abuse by the pollsters or the media because of an essential opposition of interests, or because of the nature of the speech itself. Nor is there a shared understanding amongst Canadians that a single inaccurate poll will mislead them to any undue extent.

Where the contextual factors indicate that the government has not established that the harm which it is seeking to prevent is widespread or significant, a deferential approach to the particular means chosen by the legislature to implement the legislative purpose is not warranted. In this case, s. 322.1 is not narrowly tailored to its objective. The ban is overbroad because it prohibits in the final three days of an election campaign the publication and use by voters of all those polls which would meet the usual standards of accuracy. The ban is also underbroad because it may not adequately disabuse voters of an erroneous impression left by a poll which did not disclose its methodology to critics or the public. The obvious alternative was a mandatory disclosure of methodological information without a publication ban. Although such a provision would still leave the door open to inaccurate poll results published immediately prior to the election having some impact, that possibility would be significantly reduced both by virtue of the reader's initial access to those methodological data, and by the opportunity for rapid response by parties whose interests are prejudiced by the inaccurate poll. The failure to address or explain the reason for not adopting a significantly less intrusive measure which appears as effective as that actually adopted weighs heavily against the justifiability of s. 322.1. Finally, the experience of the international community is inconclusive.

The doubtful benefits of the ban are outweighed by its deleterious effects. The impact of s. 322.1 on freedom of

probable qu'un sondage aux résultats inexacts sera repéré et écarté comme il se doit. Il ne s'agit pas d'un cas où le gouvernement peut obvier au manque de preuve en invoquant le critère de «l'appréhension raisonnée de préjudice». Premièrement, les prétentions relatives à l'existence d'un préjudice répandu ou important, qui sont fondées sur des inférences logiques tirées de facteurs contextuels, ne sont pas convaincantes en présence de facteurs réfutant ces inférences, comme c'est le cas en l'espèce. Deuxièmement, le gouvernement n'est pas concerné par un groupe vulnérable, qui risque d'être victime de manipulation ou d'abus de la part des sondeurs ou des médias en raison d'un choc fondamental d'intérêts ou de la nature du discours en cause. Il n'existe pas non plus, au sein de la population canadienne, une perception commune voulant qu'un seul sondage inexact puisse tromper les Canadiens dans une mesure indue.

Lorsque les facteurs contextuels indiquent que le gouvernement n'a pas établi que le préjudice qu'il cherche à prévenir est répandu ou important, une approche empreinte de retenue vis-à-vis des moyens particuliers choisis par le législateur pour réaliser un objectif législatif n'est pas justifiée. En l'espèce, l'art. 322.1 n'a pas été conçu strictement en vue de la réalisation de son objectif. L'interdiction est trop générale en ce qu'elle a pour effet d'interdire, durant les trois derniers jours des campagnes électorales, la publication et l'utilisation par les électeurs de tous les sondages qui respectent les normes habituelles d'exactitude. Par ailleurs, l'interdiction est trop limitée parce qu'il est possible qu'elle ne dissipe pas suffisamment chez les électeurs l'impression erronée laissée par un sondage dont la méthodologie n'a pas été communiquée aux critiques ou au public. La solution de rechange évidente était la communication obligatoire des données méthodologiques sans interdiction de publication. Bien qu'une telle disposition laisse encore subsister la possibilité que la publication des résultats d'un sondage inexact immédiatement avant le jour du scrutin ait quelque influence, cette possibilité serait considérablement amoindrie du fait que les électeurs auraient accès à ces données méthodologiques et que les partis auxquels ce sondage serait préjudiciable auraient la possibilité de répliquer rapidement. L'omission d'exposer ou d'expliquer la raison pour laquelle on a écarté une mesure beaucoup moins attentatoire, qui semble aussi efficace que celle effectivement prise, milite fortement contre la reconnaissance du caractère justifiable de l'art. 322.1. Finalement, l'expérience au niveau international n'est pas concluante.

Les effets préjudiciables de l'interdiction l'emportent sur ses avantages douteux. L'effet de l'art. 322.1 sur la

expression is profound. The section imposes a complete ban on political information at a crucial time in the electoral process. The ban interferes with the rights of voters who want access to the most timely polling information available, and with the rights of the media and pollsters who want to provide it. Although it is conceivable that some indeterminate number of voters might be unable to spot an inaccurate poll result and might rely to a significant degree on the error, thus perverting their electoral choice, the government cannot take the most uninformed and naive voter as the standard by which constitutionality is assessed. A measure which decides that information which is desired and can be rationally and properly assessed by the vast majority of the voting electorate should be withheld because of a concern that a very few voters might be so confounded that they would cast their vote for a candidate whom they would not have otherwise preferred cannot be accepted. Given the state of the evidence adduced on this issue, the postulated harm will seldom occur. The benefits of the ban are, therefore, marginal. The deleterious effects, however, are substantial. The ban sends the general message that the media can be constrained by government not to publish factual information. As well, the ban interferes with the media's reporting function with respect to the election. Further, by denying access to electoral information which some voters may consider useful, the ban interferes not only with their freedom of expression, but also with their perception of the freeness and validity of their vote. In sum, the very serious invasion of the freedom of expression of all Canadians is not outweighed by the speculative and marginal benefits postulated by the government.

In light of the conclusion that s. 322.1 of the *Canada Elections Act* is an unjustified limit on free expression, it is unnecessary to determine whether the section constitutes an infringement of the right to vote protected by s. 3 of the *Charter*.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting): Section 322.1 of the *Canada Elections Act* does not infringe s. 3 of the *Charter*. A restriction on information would constitute an infringement of the right to vote under s. 3 only if it undermines the guarantee of effective representation. In the instant case, the

liberté d'expression est profond. La disposition impose une interdiction complète visant de l'information politique à un moment crucial du processus électoral. Cette interdiction porte atteinte, d'une part, aux droits des électeurs qui veulent avoir accès à l'information la plus à-propos disponible en matière de sondage, et, d'autre part, aux droits des médias et des sondeurs qui désirent fournir cette information. Même s'il est concevable qu'un nombre indéterminé d'électeurs pourraient être incapables de déceler des résultats de sondage inexacts et pourraient, dans une mesure importante, s'appuyer sur l'erreur, ce qui fausserait leur choix électoral, le gouvernement ne peut pas faire de l'électeur le moins informé et le plus naïf la norme au regard de laquelle la constitutionnalité est appréciée. On ne peut accepter une mesure disposant que des renseignements qui sont désirés et qui peuvent être évalués rationnellement et adéquatement par la vaste majorité des électeurs ne peuvent être communiqués parce qu'on craint qu'un très petit nombre d'entre eux pourraient être à ce point décontenancés par ces renseignements qu'ils voteraient pour un candidat qu'ils n'auraient pas appuyé autrement. Compte tenu de la preuve présentée sur cette question, le préjudice qui a été posé en postulat ne se produit que rarement. Les avantages de l'interdiction sont par conséquent minimes. Les effets préjudiciables sont toutefois considérables. L'interdiction transmet le message général que les médias peuvent être empêchés par le gouvernement de publier de l'information factuelle. De plus, elle entrave le rôle de communicateurs de l'information des médias en période électorale. En outre, en niant l'accès à une information électorale que certains électeurs peuvent considérer utile, l'interdiction porte non seulement atteinte à leur liberté d'expression, mais également à leur perception que leur vote est libre et valide. En résumé, l'atteinte très grave à la liberté d'expression de tous les Canadiens n'est pas écartée par les avantages hypothétiques minimes avancés par le gouvernement.

Compte tenu de la conclusion selon laquelle l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* constitue une limite injustifiée de la liberté d'expression, il est inutile de décider si cette disposition entraîne une violation du droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte*.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents): L'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada* ne viole pas l'art. 3 de la *Charte*. Pour qu'il y ait violation du droit de vote prévu à l'art. 3, la limitation de l'information doit compromettre la garantie d'une représentation effective. En l'espèce, la cour

short blackout period has no such effect. On the contrary, such a period assists effective representation.

While s. 322.1 limits freedom of expression within the meaning of s. 2(b) of the *Charter*, it constitutes a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*. The objective of preventing the potentially distorting effect of public opinion survey results that are released late in an election campaign when there is no longer a sufficient opportunity to respond is a sufficiently important objective which meets the first step of the s. 1 analysis. Opinion polls on election issues influence voters' decisions and it is important that the information the polls convey not be misleading or inaccurate. By providing for timely publication of poll results to allow scrutiny and criticism, s. 322.1 improves information to the public during election campaigns, enhances the electoral process and strikes a balance between the right to vote and freedom of expression. The social science studies which composed much of the evidence show that there exists a long-standing concern about the publication of opinion survey results during election campaigns in Canada, including the problems associated with the undue influence, late publication and accuracy of polls. In enacting s. 322.1, Parliament has responded to that concern. The *Charter* should not become an impediment to social and democratic progress and be made to serve substantial commercial interests in publishing opinion poll results, by defeating a reasonable attempt by Parliament to allay potential distortion of voter choice. Several studies and reports in the last 30 years on the publication of opinion survey results during election campaigns in Canada, as well as bills in the House of Commons, and legislation in other democratic countries, support Parliament's reasonable finding that the concern at bar was serious.

The second step of the s. 1 analysis — the proportionality test — is also met. First, the rational connection in this case is self-evident. Opinion polls significantly influence voter choice and electoral campaigns. It follows that the publication of inaccurate, though authoritative, opinion survey results that go uncorrected may well lead to voters making misinformed decisions. Logically, there is a reasoned apprehension that voters will

période d'interdiction en litige n'a pas cet effet. Au contraire, une telle interdiction favorise la représentation effective.

Bien que l'art. 322.1 restreigne la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*, il constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*. L'objectif qui consiste à prévenir l'effet déformant susceptible de découler de la publication de résultats de sondages tard dans les campagnes électorales, lorsqu'il ne reste plus assez de temps pour y répondre, constitue un objectif suffisamment important pour satisfaire au premier volet de l'analyse selon l'article premier. Les sondages sur des enjeux électoraux influencent les décisions des électeurs et il est important que l'information qu'ils communiquent ne soit pas erronée ou trompeuse. En pourvoyant à la publication de leurs résultats en temps utile, pour que l'on en fasse l'examen et la critique, l'art. 322.1 améliore la qualité de l'information dont dispose le public pendant les campagnes électorales, renforce le processus électoral et concilie le droit de vote et la liberté d'expression. Il ressort de la preuve présentée, composée en grande partie d'études réalisées dans le domaine des sciences sociales, que la publication des sondages d'opinion pendant les campagnes électorales constitue une préoccupation de longue date au Canada, notamment en ce qui concerne les problèmes liés à l'influence induite des sondages, à leur publication tard dans les campagnes électorales et à leur exactitude. En adoptant l'art. 322.1, le Parlement a réagi à cette préoccupation. La *Charte* ne doit pas devenir un obstacle au progrès social et démocratique et être mise au service de puissants intérêts commerciaux désireux de publier des résultats de sondages, en faisant échouer une tentative raisonnable du Parlement de prévenir la dénaturation potentielle du choix exprimé par les électeurs. Plusieurs rapports et études sur la publication de résultats de sondages d'opinion pendant les campagnes électorales au Canada réalisés au cours des 30 dernières années, ainsi que les projets de loi déposés devant la Chambre des communes et les mesures législatives en vigueur dans d'autres pays démocratiques appuient la conclusion raisonnable du Parlement qu'il y avait là motif sérieux d'inquiétude.

La deuxième étape de l'analyse fondée sur l'article premier — le critère de la proportionnalité — est également respecté. Premièrement, en l'espèce, le lien rationnel est évident. Les sondages d'opinion influencent de façon importante le choix des électeurs et les campagnes électorales. Il s'ensuit que la publication de résultats de sondages qui, quoiqu'ils fassent autorité, sont inexacts et ne sont pas rectifiés, peut fort bien amener les élec-

be deprived of the full exercise of their franchise. Its importance is measured by the significant influence of polls on voters and the prevalence of misleading polls. Ensuring that polls that cannot be adequately, publicly and independently evaluated as to their correctness because of insufficient time are not published clearly addresses this problem.

Second, s. 322.1 passes the minimal impairment analysis. Section 322.1 constitutes a genuine mediation between the rights of voters to receive information in a timely fashion, and the right of pollsters and publishers freely to provide the information they want. Not only does the legislation protect the rights of voters but it does so by serving one of the very purposes of freedom of expression — informing while allowing for political debate and discussion — and by striking a balance between two basic aspects of voters' right to information — the availability of accessible, unrestricted information and the timely availability of factual information that may be misleading so as to allow for scrutiny and criticism. In matching means to ends and asking whether rights are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups is forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck. This Court should not second-guess the wisdom of a legislature in its endeavour to draw the line between competing credible evidence, once it has been established, on the civil standard of proof, that Parliament's objective was pressing and substantial. At this stage, the question is whether there is a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that a blackout on all opinion polls during the last weekend of an election campaign and during election day impairs freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective. Parliament is not bound to find the least intrusive nor the best means. This would be too high a standard for our elected representatives to meet. Here, although one can conceive of alternatives to the impugned measure, there is simply no equally effective alternative to the current short-term blackout for achieving the legislative objective. Based upon the current legislation and the reports and studies available, Parliament reasonably determined that a 72-hour period was necessary to allow meaningful scrutiny of poll results during an election campaign. The 72-hour blackout period is very shortlived and only affects one mode of expression which is not a primary source of information concerning relevant political facts. It

teurs à prendre des décisions mal éclairées. Logiquement, il existe une appréhension raisonnée que certains électeurs soient privés de la possibilité d'exercer pleinement leur droit de vote. L'importance de cette appréhension se mesure à l'influence des sondages sur les électeurs et à la fréquence des sondages trompeurs. Le fait d'interdire la publication de sondages dont l'exactitude ne peut, par manque de temps, être évaluée de manière adéquate, publique et indépendante, vise clairement à résoudre ce problème.

Deuxièmement, l'art. 322.1 est jugé acceptable au terme de l'analyse de l'atteinte minimale. L'article 322.1 constitue un véritable compromis entre le droit des électeurs d'obtenir de l'information en temps utile et celui des sondeurs et des diffuseurs de fournir librement l'information de leur choix. Non seulement cette mesure législative protège-t-elle les droits des électeurs, mais elle le fait en servant l'un des objectifs mêmes de la liberté d'expression — celui d'informer le public tout en permettant la discussion et les débats politiques — et en établissant un équilibre entre deux aspects fondamentaux du droit des électeurs à l'information — la disponibilité d'une information accessible et abondante, et l'accès en temps utile à l'information factuelle qui est susceptible d'être trompeuse, de manière à en permettre l'examen minutieux et la critique. En comparant la fin et les moyens et en se demandant s'il a été porté atteinte le moins possible aux droits en cause, le législateur qui est appelé à arbitrer les revendications de groupes concurrents est obligé de trouver le point d'équilibre sans certitude absolue quant à la réponse optimale. Notre Cour ne devrait pas mettre en doute la sagesse du législateur dans ses efforts pour faire la part des choses à même les éléments de preuve contradictoires mais par ailleurs crédibles, une fois qu'il a été établi, suivant la norme de preuve applicable en matière civile, que l'objectif du législateur est urgent et réel. À ce stade, la question est de savoir s'il existe, à la lumière de la preuve présentée, un fondement raisonnable permettant de conclure que l'imposition d'un embargo visant tous les sondages d'opinion durant la fin de semaine précédant le jour du scrutin et le jour du scrutin lui-même porte atteinte le moins possible à la liberté d'expression compte tenu de l'objectif urgent et réel poursuivi par le gouvernement. Le législateur n'est pas tenu de trouver le moyen le moins attentatoire ni encore le meilleur moyen. Il s'agirait d'une norme trop élevée pour nos élus. En l'espèce, bien qu'on puisse concevoir des solutions autres que la disposition contestée, il n'existe tout simplement pas de solution de rechange aussi efficace que le court embargo en vigueur actuellement pour réaliser l'objectif visé par la loi. Se fondant sur la législation qui existait ainsi que

mainly constitutes information as to the effect of relevant political information on potential voters. The scope of s. 322.1 prohibits polls of all kinds regardless of their scientific nature or quality because there is no clear cut line between reliable poll results and misleading poll results. Section 322.1 does not apply, however, to the discussion of previously released poll results. The legislation prohibits broadcasting, publication and dissemination and these expressions refer only to the initial release of poll results. Finally, both the motions judge and the Court of Appeal held that inaccurate polls at the end of an election campaign constitute a reasonable concern. Everyone is vulnerable to misinformation which cannot be verified. Our democracy, and its electoral process, finds its strength in the vote of each and every citizen. Each citizen, no matter how politically knowledgeable one may be, has his or her own reasons to vote for a particular candidate and the value of any of these reasons should not be undermined by misinformation. When Parliament identifies one matter of concern, it has no absolute duty to identify and regulate each and every factor. The government does not have to show that this concern is more serious or is causing more harm to the electoral process or to individual voters than any other potentially misleading information. There is no such standard under the *Charter*.

Third, the salutary effects of s. 322.1 concerning both the right to vote and freedom of expression outweigh its deleterious effects. The salutary effect of s. 322.1 is to promote the right of voters not to be misled in the exercise of their right to vote. Section 322.1, however, deprives some voters, who rely on polls to make their decision, of late campaign opinion poll results. This deleterious effect is quite limited when one considers the delay between conducting the poll and ultimately publishing its results. As to the effects of the measure on freedom of expression, s. 322.1 has a positive impact, promoting debate and truth in political discussion since it gives voters the opportunity to be informed about the existence of misleading factual information. Although s. 322.1 precludes the media from publishing polls on

sur les rapports et études disponibles, le Parlement a décidé qu'une période de 72 heures était nécessaire pour permettre un examen utile de l'ensemble des résultats de sondages dévoilés durant une campagne électorale. L'embargo de 72 heures est très court et ne touche qu'un seul mode d'expression qui n'est pas une source primaire d'information sur les faits politiques pertinents. Il constitue principalement une source d'information sur l'effet de renseignements politiques pertinents sur les électeurs. La portée de l'art. 322.1 interdit la publication de tous les types de sondages, indépendamment de leur nature ou qualité scientifiques parce qu'il n'existe pas de ligne de démarcation nette entre les résultats de sondages fiables et les résultats trompeurs. L'article 322.1 n'interdit cependant pas l'analyse des résultats de sondages déjà publiés. La disposition en cause interdit l'annonce, la publication et la diffusion des résultats de sondages et ces expressions ne visent que la communication initiale des résultats de sondages. Enfin, tant le juge des requêtes que la Cour d'appel ont décidé que la publication de sondages inexacts en fin de campagne électorale constituait une préoccupation raisonnable. Chacun est vulnérable à une mauvaise information qui ne peut être vérifiée. Notre démocratie — et son processus électoral — tire sa force du vote de chacun des citoyens. Chaque citoyen, quel que soit son degré de connaissance de la politique, a ses raisons bien à lui de voter pour un candidat donné, et la valeur de ces raisons ne doit pas être amoindrie par une mauvaise information. Lorsqu'il décèle un sujet de préoccupation, le Parlement n'a pas l'obligation absolue de relever et de régler chacun des facteurs en cause. Le gouvernement n'a pas à établir que cette préoccupation est plus sérieuse ou cause davantage préjudice au processus électoral ou aux électeurs que toute autre information susceptible d'induire en erreur. Il n'existe aucune norme de la sorte dans l'application de la *Charte*.

Troisièmement, les effets bénéfiques qu'a l'art. 322.1 à la fois sur le droit de vote et sur la liberté d'expression l'emportent sur ses effets préjudiciables. L'effet bénéfique de l'art. 322.1 est qu'il favorise le droit des électeurs de ne pas être induits en erreur lorsqu'ils exercent leur droit de vote. L'article 322.1 prive toutefois des électeurs qui se fondent sur les sondages pour prendre leur décision des résultats de certains sondages d'opinion effectués tard dans les campagnes électorales. Cet effet préjudiciable est très limité, si l'on tient compte du délai entre la réalisation du sondage et la publication de ses résultats. Pour ce qui est des effets de la mesure sur la liberté d'expression, l'art. 322.1 a un effet positif. Il favorise l'échange des idées et l'émergence de la vérité dans les discussions politiques puisqu'il permet aux

the last weekend of the election campaign and on polling day, this ban causes only minimal impairment to freedom of expression because of its very short duration and because of the lack of satisfactory alternatives available to tailor the measure to the legislative objective.

Cases Cited

By Bastarache J.

Distinguished: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; **referred to:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; Eur. Court H.R., *Mathieu-Mohin and Clerfayt* case, judgment of 2 March 1987, Series A No. 113; *Bowman v. United Kingdom* (1996), 22 E.H.R.R. C.D. 13; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957).

By Gonthier J. (dissenting)

Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada, [1973] 3 O.R. 819; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Canada (Attorney General) v. Somerville*, [1996] 8 W.W.R. 199; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *R.*

électeurs d'être informés de l'existence de renseignements factuels trompeurs. Bien que l'art. 322.1 empêche les médias de publier des résultats de sondages pendant le dernier week-end de la campagne électorale ainsi que le jour du scrutin, en raison de sa très courte durée et de l'absence de solutions de rechange satisfaisantes permettant d'adapter la mesure à l'objectif de la loi, cette interdiction porte atteinte de façon minimale à la liberté d'expression.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Distinction faite d'avec les arrêts: *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; **arrêts mentionnés:** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; Cour eur. D.H., affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113; *Bowman c. United Kingdom* (1996), 22 E.H.R.R. C.D. 13; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *Butler c. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957).

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada, [1973] 3 O.R. 819; *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Canada (Attorney General) c. Somerville*, [1996] 8 W.W.R. 199; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur*

v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

Statutes and Regulations Cited

Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, ss. 213(1) [rep. & sub. 1993, c. 19, s. 106], 255, 256, 322.1 [en. *idem*, s. 125].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 3, 33.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 126(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, First Protocol, Europ. T.S. No. 9, art. 3.
Election Act, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 235.
 Ontario Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rule 14.05(3)(g.1).

Authors Cited

Ansolabehere, Stephen, and Shanto Iyengar. "Of Horseshoes and Horse Races: Experimental Studies of the Impact of Poll Results on Electoral Behavior", *Political Communication*, vol. 11, No. 4, 1994, 413-430.
 Cameron, Jamie. "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
 Canada. Committee on Election Expenses. *Report of the Committee on Election Expenses*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
 Canada. Privy Council. *White Paper on Election Law Reform*. Ottawa, 1986.
 Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Reforming Electoral Democracy: Final Report*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1991.
 Canada. Senate. *Debates of the Senate*, April 29, 1993, p. 3117.
 Canada. Senate. Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings*, Issue No. 41, May 6, 1993, pp. 41:14-41:15, 41:17-41:18.
 Feasby, Colin C. J. "Public Opinion Poll Restrictions, Elections, and the *Charter*" (1997), 55(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 241.
 Herbst, Susan. *Numbered Voices: How Opinion Polling Has Shaped American Politics*. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

général), [1996] 2 R.C.S. 876; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 3, 33.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 126(1).
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Premier protocole, S.T. Europ. n° 9, art. 3.
Election Act, R.S.B.C. 1996, ch. 106, art. 235.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 213(1) [abr. & rempl. 1993, ch. 19, art. 106], 255, 256, 322.1 [ad. *idem*, art. 125].
 Règles de procédure civile de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 14.05(3)(g.1).

Doctrine citée

Ansolabehere, Stephen, and Shanto Iyengar. «Of Horseshoes and Horse Races: Experimental Studies of the Impact of Poll Results on Electoral Behavior», *Political Communication*, vol. 11, No. 4, 1994, 413-430.
 Cameron, Jamie. «The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
 Canada. Comité des dépenses électorales. *Rapport du Comité des dépenses électorales*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.
 Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. *Pour une démocratie électorale renouvelée: Rapport final*, vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1991.
 Canada. Conseil privé. *Livre blanc sur la réforme de la loi électorale*. Ottawa, 1986.
 Canada. Sénat. Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Procédures*, fascicule n° 41, 6 mai 1993, aux pp. 41:14 et 41:15, 41:17 et 41:18.
 Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, 29 avril 1993, p. 3117.
 Feasby, Colin C. J. «Public Opinion Poll Restrictions, Elections, and the *Charter*» (1997), 55(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 241.
 Herbst, Susan. *Numbered Voices: How Opinion Polling Has Shaped American Politics*. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).

Hoy, Claire. *Margin of Error: Pollsters and the Manipulation of Canadian Politics*. Toronto: Key Porter Books, 1989.

Johnston, Richard, et al. *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 1992.

Lachapelle, Guy. *Polls and the Media in Canadian Elections: Taking the Pulse*. Ottawa: Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, 1991.

McAllister, Ian, and Donley T. Studlar. "Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987", *Journal of Politics*, vol. 53, No. 3, August 1991, 720-41.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 30 O.R. (3d) 350, 92 O.A.C. 290, 138 D.L.R. (4th) 1, 37 C.R.R. (2d) 225, [1996] O.J. No. 2829 (QL), dismissing the appellants' appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) (1995), 24 O.R. (3d) 109, [1995] O.J. No. 1375 (QL), dismissing an application for a declaration that s. 322.1 of the *Canada Elections Act* is unconstitutional. Appeal allowed, Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

W. Ian C. Binnie, Q.C., and Michael J. Bryant, for the appellants.

Roslyn J. Levine, Q.C., and Gail Sinclair, for the respondent.

Joseph J. Arvay, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Sydney L. Goldenberg and Stephen L. McCammon, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The reasons of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — I have had the benefit of the reasons for judgment of my colleague, Justice Bastarache. I refer to his summary of the

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).

Hoy, Claire. *Margin of Error: Pollsters and the Manipulation of Canadian Politics*. Toronto: Key Porter Books, 1989.

Johnston, Richard, et al. *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 1992.

Lachapelle, Guy. *Les sondages et les médias lors des élections au Canada: le pouls de l'opinion*. Ottawa: Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, 1991.

McAllister, Ian, and Donley T. Studlar. «Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987», *Journal of Politics*, vol. 53, No. 3, August 1991, 720-41.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 30 O.R. (3d) 350, 92 O.A.C. 290, 138 D.L.R. (4th) 1, 37 C.R.R. (2d) 225, [1996] O.J. No. 2829 (QL), qui a rejeté l'appel formé par les appelantes contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1995), 24 O.R. (3d) 109, [1995] O.J. No. 1375 (QL), qui avait rejeté une requête sollicitant une déclaration portant que l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* est inconstitutionnel. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

W. Ian C. Binnie, c.r., et Michael J. Bryant, pour les appelantes.

Roslyn J. Levine, c.r., et Gail Sinclair, pour l'intimé.

Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Sydney L. Goldenberg et Stephen L. McCammon, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de jugement de mon collègue le juge Bastarache. Je ren-

judgments below and statement of the issues. While I agree with his statutory interpretation of s. 322.1 of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, with his views as to the scope of s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and with his position that there is an infringement of freedom of expression, within the meaning of s. 2(b) of the *Charter*, I am not in agreement with his reasons and his disposition of the appeal with respect to the justification of the infringement. In my view, the said infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

I. Introduction and Historical Background

2

In recent political history, polls have had a substantial impact on the strategies of candidates and the policies of governments. They have become a permanent feature of Canadian politics. It is said that polls tend to reduce the level of political discourse to the lowest common denominator: principles are sacrificed for percentage points (C. C. J. Feasby, "Public Opinion Poll Restrictions, Elections, and the *Charter*" (1997), 55(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 241, at p. 244). They tend to preempt the discussion of issues and short-circuit the democratic process:

Conversation, as theorists from Tarde to Habermas have argued, is fundamental to the construction of a democratic public sphere, and polls do not seem to generate interpersonal communication. In a way, polls make many political discussions superfluous, since they give the illusion that the public has already spoken in a definitive manner. [Emphasis in original.]

(S. Herbst, *Numbered Voices: How Opinion Polling Has Shaped American Politics* (1993), at p. 166.)

To the extent that media coverage of election campaigns focuses more on polling results, it focuses less on the merits of the candidates and their positions and tends to distract voters' attention from substantive issues pertaining to the good government of the country. The reliance on polls has become so pervasive that some commentators

voie donc à son résumé des décisions dont appel et à sa formulation des questions en litige. Bien que je souscrive à son interprétation de l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, ainsi qu'à son opinion sur la portée de l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à sa conclusion qu'il y a atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*, je ne suis pas d'accord avec sa décision et ses motifs en ce qui concerne la justification de l'atteinte. À mon avis, l'atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

I. Introduction et contexte historique

Au cours de l'histoire politique récente, les sondages ont eu une incidence considérable sur les stratégies des candidats et sur les politiques gouvernementales. Ils sont devenus une caractéristique permanente de la vie politique canadienne. On affirme que les sondages tendent à réduire le discours politique au plus petit dénominateur commun: des principes sont sacrifiés en échange de quelques points de pourcentage (C. C. J. Feasby, «Public Opinion Poll Restrictions, Elections, and the *Charter*» (1997), 55(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 241, à la p. 244). Les sondages tendent à remplacer le débat des enjeux et à court-circuiter le processus démocratique:

[TRADUCTION] La *conversation*, ont prétendu de nombreux théoriciens, de Tarde à Habermas, est essentielle à l'édification d'un espace public démocratique. Or, les sondages ne semblent pas susciter la communication entre les individus. En un sens, les sondages rendent de nombreuses discussions politiques superflues, puisqu'ils donnent l'impression que le public s'est déjà irrévocablement prononcé de façon définitive. [En italique dans l'original.]

(S. Herbst, *Numbered Voices: How Opinion Polling Has Shaped American Politics* (1993), à la p. 166.)

Dans la mesure où la couverture des campagnes électorales par les médias accorde plus d'attention aux résultats des sondages, elle s'attache moins aux mérites des candidats et à leurs positions respectives et elle a tendance à détourner l'attention des électeurs des questions de fond touchant le bon gouvernement du pays. Le recours aux sondages a

characterize election campaigns as “horse races” (S. Ansolabehere and S. Iyengar, “Of Horseshoes and Horse Races: Experimental Studies of the Impact of Poll Results on Electoral Behavior”, *Political Communication*, vol. 11, No. 4, 1994, 413-430). The following quotation strikingly illustrates the developing situation:

The 1980s is a decade in which media polling has become an epidemic; in which polling has become not just a political tool, an early-warning guidance system, but an occasional substitute for policy itself; in which democracy itself was undermined by the pervasive influence of polls and pollsters who, for all practical purposes, replaced elected representatives, including cabinet ministers, and traditional political strategists as the major determinants of political action. On the strength of their computer printouts, pollsters came to be viewed as sainted public oracles, supposedly capable not only of probing our innermost thoughts and feelings, but of predicting our future actions as well.

Polls have become a perplexing reality in the political process; still a legitimate, albeit imperfect, measure of public attitudes, they are afforded an unhealthy level of credence in the affairs of state by political players and the public alike.

(C. Hoy, *Margin of Error: Pollsters and the Manipulation of Canadian Politics* (1989), at pp. 39-40.)

The problem becomes more acute when some voters consciously use survey results to make decisions, despite the fact that some polls may be inaccurately conducted, misrepresented by the media or misunderstood by the public. The accuracy of opinion poll results may be deceptive and the credibility owed to them exaggerated. The closer the polling day, the less time there is to assess, scrutinize, and possibly correct polls. While the “horse race” turn that election campaigns take is unfortunate, voters have the right to choose the information that they want to rely on in deciding how to vote. If a voter wants to vote strategically, he may

pris des proportions à ce point endémiques que certains commentateurs qualifient les campagnes électorales de véritables «courses de chevaux» (S. Ansolabehere et S. Iyengar, «Of Horseshoes and Horse Races: Experimental Studies of the Impact of Poll Results on Electoral Behavior», *Political Communication*, vol. 11, n° 4, 1994, 413-430). Voici un extrait qui illustre de manière saisissante l'évolution de la situation:

[TRADUCTION] Au cours des années 1980, la pratique du sondage d'opinion par les médias a pris des allures d'épidémie. Le sondage est devenu non seulement un outil politique, un système de guidage avancé, mais aussi, à l'occasion, un véritable succédané de politiques. La démocratie elle-même a été sapée par l'influence omniprésente des sondages et des sondeurs d'opinion qui, à toutes fins utiles, ont remplacé les représentants du peuple, y compris les ministres et les stratèges politiques habituels, en tant que principaux déterminants de l'action politique. Sur la foi de leurs imprimés d'ordinateur, on en est venu à considérer les sondeurs d'opinion comme des devins, des oracles, censément capables non seulement de découvrir nos pensées et sentiments les plus profonds, mais également de prédire nos actions.

Les sondages sont devenus une réalité embarrassante du processus politique. Même s'ils constituent un instrument de mesure légitime, quoiqu'imparfait, des attitudes du public, les acteurs politiques, tout comme le public d'ailleurs, leur accordent, dans les affaires de l'État, un degré malsain de crédibilité.

(C. Hoy, *Margin of Error: Pollsters and the Manipulation of Canadian Politics* (1989), aux pp. 39 et 40.)

Le problème s'aggrave lorsque des électeurs se fondent sciemment sur les résultats des sondages pour prendre leurs décisions, malgré la possibilité que certains sondages aient été effectués de façon incorrecte, mal présentés par les médias ou encore mal compris par le public. Il est possible que l'exactitude des résultats des sondages d'opinion soit illusoire et que la crédibilité qu'on leur accorde soit exagérée. Plus le jour du scrutin approche, moins on a de temps pour évaluer, examiner attentivement et possiblement rectifier les résultats des sondages. Bien que l'allure de «courses de chevaux» que prennent les campagnes élec-

rely on poll results to make his decision. However, he will not be well served by an inaccurate or misleading poll. The expression he tries to convey through his vote could be unsubstantiated or misinformed.

3 It should be noted that overall results may not reveal the actual impact of opinion polls on individual voters. For instance, the choice of a voter who wants to support the leading candidate may be cancelled out by the vote of someone who wants to support the trailing candidate, while both were misled by the same poll. Our democracy, and its electoral process, finds its strength in the vote of each and every citizen. Our *Charter* provides that each citizen has the right to vote. One should not find solace in the thought that two mistakenly cast votes may perchance cancel each other out.

4 To quote the finding of Somers J., the motions judge below, “[t]he effect of polling has been a long-standing concern amongst those involved in the study of elections and with those who actively partake in the elections themselves” ((1995), 24 O.R. (3d) 109, at p. 121). In 1966, a government-appointed Committee on Election Expenses — the Barbeau Committee — in the course of its work on the limitation of election expenses, identified opinion polls as an area of concern. In its report, at p. 51, the Committee recommended that the publication of opinion surveys be completely banned throughout election campaigns as it considered “their uncontrolled use for public purposes improper”. The Government recognized that this was an issue of some concern in its *White Paper on Election Law Reform* in 1986. The White Paper pointed out that up to that time, more than 20 private members’ bills had been introduced in the House of Commons with the purpose of either prohibiting the publication of opinion surveys or controlling the methodology of such surveys published during campaigns. Although none of these

torales soit déplorable, les électeurs ont néanmoins le droit de se fonder sur l’information de leur choix lorsqu’ils décident pour qui voter. L’électeur qui désire voter de façon stratégique peut s’appuyer sur les résultats des sondages pour arrêter sa décision. Cependant, il ne sera pas bien servi par un sondage inexact ou trompeur. En effet, le message qu’il désire communiquer par son vote pourrait bien être non fondé ou mal éclairé.

Il convient de souligner qu’il est possible que les résultats globaux ne révèlent pas l’influence réelle des sondages d’opinion sur chaque électeur. Par exemple, il se peut que le vote d’un électeur désireux d’appuyer le candidat en avance soit annulé par le vote d’un autre électeur voulant donner son appui au candidat en difficulté, et que ces deux personnes aient été induites en erreur par le même sondage. La force de notre démocratie — et de son processus électoral — repose sur le vote de chaque citoyen. Aux termes de notre *Charte*, tout citoyen a le droit de vote. Personne ne devrait tirer réconfort de l’idée que deux votes accordés par erreur puissent par chance s’annuler l’un l’autre.

Voici la conclusion du juge Somers, qui a statué sur la requête en première instance: [TRADUCTION] «[l]’effet des sondages est une préoccupation de longue date des personnes qui étudient les élections et de celles qui y participent activement» ((1995), 24 O.R. (3d) 109, à la p. 121). En 1966, le Comité des dépenses électorales — le Comité Barbeau — qui avait été créé par le gouvernement de l’époque a dit, dans le cadre de ses travaux sur l’imposition d’un plafond en matière de dépenses électorales, que les sondages d’opinion étaient une source de préoccupation. Dans son rapport, à la p. 54, le Comité a recommandé l’interdiction complète de la publication de sondages d’opinion durant les campagnes électorales, car il estimait qu’«il ne conv[enait] pas d’y recourir d’une façon abusive à des fins de propagande publique». En 1986, dans son *Livre blanc sur la réforme de la loi électorale*, le gouvernement a reconnu que cette question soulevait effectivement certaines inquiétudes. On soulignait, dans le Livre blanc, que plus de 20 projets de loi émanant de députés avaient été déposés à la Chambre des communes et propo-

bills were passed, they were reflective of the public concern over this issue, since the sponsors of the bills represented different regions of the country, as well as the various political parties which have been represented in the House of Commons over the past 30 years. The Government argued that certain precautions should be taken to protect the public against abuses in this area. In so doing, it recommended that methodological information be included in the publication or broadcast of opinion surveys during an election campaign.

By an Order in Council dated November 15, 1989, a Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, chaired by Mr. Pierre Lortie (the "Lortie Commission"), was appointed to inquire into and report on the appropriate principles and process that should govern the election of members of the House of Commons and the financing of political parties and of candidates' campaigns. It held hearings across Canada and considered the issue of opinion surveys in some depth. During the hearings, at least 90 briefs were submitted regarding the influence of public opinion surveys. Seventy percent of these briefs favoured government regulation of such polls during elections.

The Commission retained Professor Guy Lachapelle, Associate Professor in the Department of Political Science at Concordia University, to research and study this issue. His research study, entitled *Polls and the Media in Canadian Elections: Taking the Pulse* ("Lachapelle Study"), was published in 1991. Somers J. found the Lachapelle Study, "because of its breadth and thoroughness to be the most credible evidence put before the court" (p. 116). Among other things, Lachapelle surveyed the briefs filed with the Commission concerning opinion polls. At para. 8 of his affidavit filed in the

saient soit d'interdire la publication de sondages soit de surveiller la méthodologie des sondages publiés en cours de campagne. Bien qu'aucun de ces projets de loi n'ait été adopté, ils reflétaient néanmoins les préoccupations du public à l'égard de cette question, puisque les parrains de ces propositions provenaient de différentes régions du pays et appartenaient à l'un ou l'autre des divers partis politiques qui ont été représentés à la Chambre des communes au cours des 30 dernières années. Le gouvernement a affirmé que certaines précautions devaient être prises pour protéger le public contre les abus dans ce domaine. À cette occasion, il a recommandé que la publication ou la diffusion de résultats de sondages d'opinion pendant les campagnes électorales soit accompagnée de renseignements sur la méthodologie utilisée.

Le 15 novembre 1989, un décret créait la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (la «Commission Lortie»). Présidée par M. Pierre Lortie, cette commission était chargée d'enquêter et de faire rapport sur les principes et les procédures qui devraient régir l'élection des députés à la Chambre des communes et le financement des partis politiques et des campagnes électorales. Elle a tenu des audiences dans les diverses régions du Canada et fait un examen approfondi de la question des sondages. Au moins 90 mémoires traitant de l'influence des sondages ont été déposés au cours de ces audiences. Soixante-dix pour cent de ces mémoires étaient en faveur de la réglementation par le gouvernement des sondages effectués pendant les campagnes électorales.

La Commission a confié à M. Guy Lachapelle, professeur agrégé du département de Science politique de l'Université Concordia, la tâche d'étudier cette question. Son rapport de recherche, intitulé *Les sondages et les médias lors des élections au Canada: le pouls de l'opinion* («Étude Lachapelle»), a été publié en 1991. Le juge Somers a estimé que l'Étude Lachapelle était, [TRADUCTION] «en raison de son envergure et de son exhaustivité, l'élément de preuve le plus crédible présenté à la cour» (p. 116). Entre autres choses, le professeur Lachapelle a étudié les mémoires concernant les

5

6

instant case (Case on Appeal, at pp. 92 *et seq.*), Professor Lachapelle stated:

The basic argument of most of these briefs was that polls have undue influence on elections, especially as a potential influence on voters. However, no definitive conclusion about the actual impact of public opinion surveys could be drawn from these briefs. [Emphasis added.]

Professor Lachapelle admitted that the actual impact of public opinion surveys was, and continues to be, a matter of controversy even among researchers. He went on to say:

Therefore, the academic literature is highly divided on the impact of public opinion surveys during and outside election periods. Further, this literature cannot demonstrate that polls do, in fact, have a major impact on the outcome of elections. Even the concept of strategic voting cannot be scientifically proven. However, we cannot reject or ignore the hypothesis that an impact does exist, and has consequences for voting behaviour. [Emphasis added.]

(Lachapelle's affidavit, at para. 21.)

The foregoing debate appears centered on the effect of polls on the outcome of elections. Of greater import in the case at bar is the effect of polls on individual voters. The Lortie Commission Final Report (*Reforming Electoral Democracy* (1991), vol. 1) found, at p. 455, that "the publication of opinion polls during election campaigns is controversial". However, it reached the conclusion that "[n]otwithstanding the frequent assertion of pollsters that their data have minimal influence on voters, recent research provides strong support for the proposition that published opinion polls can significantly influence campaigns and voters" (p. 457). It also found that "[r]ecent Canadian research supports the conclusion that published campaign opinion polls create the conditions for a 'politics of expectations' that includes both strategic voting and bandwagon effects" (p. 458). "In short, the argument that published polls do not

sondages qui ont été présentés à la Commission. Au paragraphe 8 de son affidavit déposé en l'espèce (dossier, aux pp. 92 et suiv.), le professeur Lachapelle dit ceci:

[TRADUCTION] L'argument fondamental avancé dans la plupart de ces mémoires est que les sondages exercent une influence indue sur les élections, particulièrement en tant que source potentielle d'influence sur les électeurs. Cependant, aucune conclusion définitive quant à l'incidence réelle des sondages d'opinion n'a pu être tirée de ces mémoires. [Je souligne.]

Le professeur Lachapelle admet que l'incidence réelle des sondages d'opinion fait toujours l'objet d'une controverse, même parmi les chercheurs. Il poursuit ainsi:

[TRADUCTION] En conséquence, les auteurs sont fortement divisés sur la question de l'incidence des sondages d'opinion pendant les périodes électorales et en dehors de celles-ci. En outre, leurs travaux ne permettent pas de démontrer que les sondages exercent, dans les faits, une grande incidence sur l'issue des élections. Même l'existence du concept du vote stratégique ne peut être prouvée scientifiquement. Cependant, nous ne pouvons pas rejeter ni passer sous silence l'hypothèse voulant qu'une telle incidence existe effectivement et qu'elle a des conséquences sur le comportement des électeurs. [Je souligne.]

(Affidavit de Lachapelle, au par. 21.)

Ce débat paraît donc s'attacher à l'effet des sondages sur l'issue des élections. Or, en l'espèce, c'est l'incidence des sondages sur le comportement de chaque électeur qui importe davantage. Dans son Rapport final (*Pour une démocratie électorale renouvelée* (1991), vol. 1), la Commission Lortie conclut, à la p. 473, que «la publication de sondages en cours de campagne est un sujet controversé». Toutefois, elle arrive à la conclusion que, «[b]ien que les maisons de sondage ne cessent de répéter que leurs données affectent peu le vote, des recherches récentes tendent à prouver le contraire» (p. 475). Elle conclut également que «[d]es recherches canadiennes récentes confirment que les sondages publiés en cours de campagne créent les conditions d'un "jeu des attentes", qui englobe tant le vote stratégique que l'effet d'entraînement» (p. 476). «Bref, il est impossible de soutenir que la publication des sondages n'influence pas le choix

influence voter choice or affect the conduct of campaigns is simply untenable” (p. 458). At para. 18 of his affidavit, Professor Lachapelle mentioned that research on the 1988 federal election shows that the behaviour of some voters is guided partly, but not solely, by the published and broadcast results of public opinion surveys.

In his study, Professor Lachapelle mentioned several potential effects of opinion polls on voters at election time:

the bandwagon effect (electors rally to support the candidate leading in the polls);

the underdog effect (electors rally to support the candidate trailing in the polls);

the demotivating effect (electors abstain from voting out of certainty that their candidate will win);

the motivating effect (electors vote because the polls alert them to the fact that an election is going on);

the strategic effect (electors decide how to vote on the basis of the relative popularity of the parties according to the polls); and

the free-will effect (electors vote to prove the polls wrong).

(Lachapelle Study, *supra*, at pp. 13-14.)

The bandwagon effect is the best documented result of exposure to poll news. Studies found that, while the bandwagon effect may occur in response to any poll, elections provide the most fertile ground for the growth of poll-driven opinion. It is said that the bandwagon effect was observed in British and American elections, and in Quebec during the 1988 federal election (I. McAllister and D. T. Studlar, “Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987”, *Journal of Politics*, vol. 53, No. 3, August 1991, 720-41, at p. 736; Ansolabehere and Iyengar, *supra*, at p. 427; R. Johnston et al., *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election* (1992), at p. 200).

des électeurs et électrices ou la conduite des campagnes» (p. 476). Au paragraphe 18 de son affidavit, le professeur Lachapelle mentionne qu’il ressort de l’étude de la campagne électorale fédérale de 1988 que le comportement de certains électeurs est inspiré en partie, mais pas exclusivement, par la publication et la diffusion des résultats de sondages d’opinion.

Dans son étude, le professeur Lachapelle énumère plusieurs effets potentiels des sondages d’opinion sur les électeurs le jour du scrutin:

le ralliement au vainqueur («bandwagon»);

le ralliement au candidat en difficulté («underdog»);

l’effet démobilisateur (on s’abstient par certitude de gagner); . . .

l’effet mobilisateur (les sondages incitent à aller voter — ils informent le citoyen qu’il y a une élection);

le vote stratégique (l’électeur décide pour qui voter en fonction de la popularité des partis); et

le libre arbitre (on vote pour faire mentir les sondages).

(Étude Lachapelle, *op. cit.*, aux pp. 15 et 16.)

Le ralliement au vainqueur est l’effet le mieux documenté de la mise en contact du public avec les résultats des sondages. Des études ont permis de constater que, quoique l’effet qui précède puisse se produire par suite de n’importe quel sondage, les élections constituent le terrain le plus fertile au développement d’une opinion déterminée par les sondages. On affirme que cet effet a été observé lors de campagnes électorales en Grande-Bretagne et aux États-Unis, ainsi qu’au Québec durant la campagne électorale fédérale de 1988 (I. McAllister et D. T. Studlar, «Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987», *Journal of Politics*, vol. 53, n° 3, août 1991, 720 à 741, à la p. 736; Ansolabehere et Iyengar, *loc. cit.*, à la p. 427; R. Johnston et autres, *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election* (1992), à la p. 200).

⁸ In the course of his work, Lachapelle studied the brief of the Quebec Federation of Professional Journalists to the Lortie Commission. In its brief, the Federation conceded that a 48-hour blackout prohibiting all publication or broadcast of opinion polls before the vote would be an acceptable compromise and would respect every individual's right to have time to reply (Lachapelle Study, *supra*, at p. 27).

Dans le cours de ses travaux, le professeur Lachapelle a étudié le mémoire présenté par la Fédération professionnelle des journalistes du Québec à la Commission Lortie. Dans son mémoire, la Fédération reconnaît qu'une période de restriction totale de 48 heures interdisant toute publication ou diffusion de sondages d'opinion avant la tenue du scrutin peut constituer un compromis acceptable qui respecte le droit de réplique de tout citoyen (Étude Lachapelle, *op. cit.*, à la p. 29).

⁹ At the end of his study, Lachapelle concluded that "there are significant shortcomings in the media treatment of polls" (Lachapelle Study, at p. 154). He listed several factors which could seriously impact on the accuracy and reliability of opinion poll results:

À la fin de son étude, le professeur Lachapelle conclut que «des déficiences importantes [ont été] relevées dans le traitement médiatique des sondages» (Étude Lachapelle, à la p. 178). Il énumère plusieurs facteurs susceptibles d'influer sérieusement sur l'exactitude et la fiabilité des résultats de sondages d'opinion:

1. *The Order and Wording of Questions Asked:* For instance, according to Claire Hoy's statement in 1989 (Hoy, *supra*), Angus Reid differs from the other polling organizations in that it asks which of the three leaders is the most popular before asking which of the parties the respondent supports. In addition, Reid asks the question on voting intentions at the end of the questionnaire, whereas Environics, for example, asks it at the beginning (Lachapelle Study, at pp. 90 and 95);
2. *The Different Methods of Distribution of the Undecided Voters:* In the 1988 federal election, no polling organization made a distinction between respondents who intended to refrain from voting, intended to spoil their ballot, did not know how they were going to vote, or refused to answer, although the first two instances are hardly cases of indecision; they express a clear opinion. The treatment of undecided respondents varies considerably and may actually misrepresent reality (Lachapelle Study, at pp. 95-96);
3. *Data-Collection Methods:* During the 1988 federal election campaign, the polling organization Gallup Inc. conducted its surveys both by tele-

1. *L'ordre et le libellé des questions:* Par exemple, suivant les propos formulés par Claire Hoy en 1989 (Hoy, *op. cit.*), la maison Angus Reid diffère des autres organisations de sondage en ce qu'elle demande d'abord lequel des trois chefs est le plus populaire avant de demander lequel des partis le répondant appuie. De plus, chez Angus Reid on pose la question sur les intentions de vote à la fin du questionnaire, alors que chez Environics, par exemple, cette question est posée au début (Étude Lachapelle, à la p. 105);
2. *Les différentes méthodes de répartition des indécis:* Durant la campagne électorale fédérale de 1988, aucune organisation de sondage n'a fait de distinction entre les répondants qui disaient avoir l'intention de s'abstenir, avoir l'intention de voter ou d'annuler leur vote, ne pas savoir pour qui ils allaient voter, ou encore qui refusaient de répondre. Dans les deux premiers cas, on peut difficilement parler d'indécis, puisque ces répondants exprimaient une opinion claire. Le traitement des indécis varie considérablement et peut, dans les faits, fausser la réalité (Étude Lachapelle, aux pp. 110 et 111);
3. *Les méthodes de cueillette:* Durant la campagne électorale fédérale de 1988, la maison de sondage Gallup Inc. a mené des enquêtes télépho-

phone and in face-to-face interviews, separately or together. This poses numerous problems, especially when the results are presented together without comparing telephone results with those obtained through personal interviews (Lachapelle Study, at p. 97). It is difficult for the elector to grasp all the methodological nuances of sampling (Lachapelle Study, at p. 117). The reader requires a certain attentiveness to recognize that Gallup's methodology varied from one poll to the next, although the press reports contain the information (Lachapelle Study, at p. 116);

4. *Margin of Error*: The margin of error for a particular question may be higher than the average margin because not all the interviewees respond to all the questions. This is not expressly mentioned in the polls (Lachapelle Study, at p. 104);
5. *Timeframe for the Interviews*: For a cross-Canada survey, some organizations take up to seven days to interview their respondents, which may reduce the accuracy and reliability of the "snapshot" (Lachapelle Study, at pp. 113-15 and 116);

The last poll of the 1988 campaign, broadcast two days before election day, did not mention the dates of the interviews. As the study put it: "How could even moderately perspicacious citizens be expected to react and exercise their right of rejoinder? Given the amount of time left, this right was rendered ineffective." (Lachapelle Study, at p. 116.)

Predicting regional voting intentions from a cross-Canada survey is also subject to considerable risk, though it became widespread in recent elections. The validity of certain local polls can also be questioned when the interview periods extend over

niques et des entrevues en personne, tantôt séparément tantôt simultanément. Cette façon de faire pose de nombreuses difficultés, surtout lorsque les résultats sont présentés de manière globale dans le rapport, sans comparer les résultats téléphoniques avec ceux des entrevues menées en personne (Étude Lachapelle, aux pp. 111 et 112). Il est difficile pour les électeurs de saisir les nuances qui existent entre les méthodes d'échantillonnage (Étude Lachapelle, à la p. 133). Bien que l'information de presse contienne ces renseignements, il faut tout de même une certaine dose d'attention de la part du lecteur pour bien saisir que la méthodologie de Gallup a varié d'un sondage à l'autre (Étude Lachapelle, à la p. 133);

4. *La marge d'erreur*: La marge d'erreur à l'égard d'une question donnée peut être supérieure à la marge moyenne, étant donné que toutes les personnes interrogées ne répondent pas forcément à toutes les questions. Ce fait n'est pas expressément mentionné dans les sondages (Étude Lachapelle, aux pp. 119 et 120);
5. *La période des entrevues*: Pour ce qui est des sondages pancanadiens, certaines organisations prennent jusqu'à sept jours pour effectuer les entrevues, situation qui est susceptible de réduire l'exactitude et la fiabilité de l'«image éclair» (Étude Lachapelle, aux pp. 129 à 133);

Dans le cas du dernier sondage de la campagne de 1988, diffusé deux jours avant le jour du scrutin, aucune mention n'était faite des dates des entrevues. Comme on le dit dans l'étude: «[C]omment des citoyens auraient-ils pu réagir et exercer leur droit de réplique dans de telles conditions? Ce droit, compte tenu du temps limité mis à leur disposition, devient dès lors tout à fait caduc.» (Étude Lachapelle, aux pp. 129 et 133.)

La prédiction, à partir d'un sondage pancanadien, des intentions de vote à l'échelle régionale comporte également des risques considérables, bien que cela soit devenu une pratique répandue au cours des récentes élections. On peut également s'interroger sur la validité de certains sondages locaux, dans le cadre desquels les entrevues se sont

several weeks if not months (Lachapelle Study, at p. 145).

échelonnées sur plusieurs semaines, voire plusieurs mois (Étude Lachapelle, à la p. 167).

11 In spite of their serious impact on the reliability of polls, these factors, just to name a few, are often overlooked by the public when considering poll results but are carefully taken into account by analysts.

Malgré l'incidence importante qu'ils ont sur la fiabilité des sondages, ces facteurs, pour ne nommer que ceux-là, sont souvent négligés par le public dans l'examen des résultats des sondages, mais en revanche ils sont soigneusement pris en compte par les analystes.

12 On the basis of his analysis of the domestic and international context, Professor Lachapelle made the following recommendations to the Lortie Commission:

À la lumière de son analyse des contextes canadien et international, le professeur Lachapelle a recommandé à la Commission Lortie:

[TRADUCTION]

- (a) that the media be legally required to publish specific technical information regarding public opinion surveys;
- (b) that there be a blackout on publication of public opinion surveys by all print and electronic media during the final three days of an election campaign, in order to permit candidates adequate time to respond to controversial or misleading public opinion surveys before election day; and
- (c) that a polling commission be established to ensure publication of complete methodological information, confidentiality of data, and public access to high quality information.

- a) que les médias soient tenus par la loi de publier des renseignements techniques particuliers concernant les sondages d'opinion;
- b) qu'il soit interdit à tous les médias, tant écrits qu'électroniques, de publier des sondages d'opinion pendant les trois derniers jours des campagnes électorales, afin d'accorder aux candidats suffisamment de temps pour répliquer aux sondages d'opinion controversés ou trompeurs avant le jour du scrutin;
- c) que soit établie une commission des sondages chargée de veiller à ce que des renseignements méthodologiques complets soient publiés, à ce que la confidentialité des données recueillies soit respectée et à ce que le public ait accès à une information de grande qualité.

(Lachapelle's affidavit, at para. 11.)

(Affidavit du professeur Lachapelle, au par. 11.)

13 In its own Final Report, at p. 457, the Lortie Commission made this striking statement:

Dans son Rapport final, à la p. 475, la Commission Lortie fait cette étonnante affirmation:

Although the industry in general has become highly professional since public polling was introduced in Canada in 1941, the incidence of technically deficient and poorly reported polls is still substantial. In recent elections, there have been instances of misleading polls, some because of technical errors and others because of partisan misrepresentation. There have even been allegations of fraudulent polls, where the data were said to have been fabricated to counter a poll showing the opposition in the lead. Such "bogus" polls and the more common misrepresented poll have been released to the media in many democracies. (Cantril 1991, 67; Worcester 1991, 199; Hoy 1989, 189-202) It is the willingness

Bien que l'industrie du sondage en général ait atteint un haut niveau de professionnalisme depuis l'apparition des sondages d'opinion au Canada en 1941, le nombre d'enquêtes techniquement déficientes et mal présentées demeure important. Certains sondages publiés à l'occasion d'élections récentes étaient entachés d'erreurs techniques, et d'autres étaient présentés de façon partielle. On a même signalé des sondages carrément frauduleux, dont les données auraient été fabriquées de toutes pièces pour contrer un sondage plaçant l'adversaire en tête. Les médias de maints pays démocratiques ont publié de tels sondages «bidon» et, de façon plus courante, des sondages présentés de manière trompeuse (Cantril 1991, 67;

of the media to report such polls that makes them significant and troublesome. [Emphasis added.]

Regarding opinion poll regulation, the Lortie Commission recommended that there be, at the end of the election campaign, a 48-hour blackout period on publication of public opinion poll results. It also suggested technical information be provided as recommended by Lachapelle, but not the establishment of a polling commission.

An all-party Special Committee of the House of Commons on Electoral Reform considered the Lortie Commission's Final Report. In its third report to the House of Commons, the Special Committee recommended a 72-hour prohibition period on publication of opinion survey results prior to the closing of the polls, but made no recommendation as to methodology information. The Special Committee's recommendation of a 72-hour publication ban was incorporated into Bill C-114, *An Act to amend the Canada Elections Act*. Bill C-114 was adopted, without division, in the House of Commons on May 6, 1993: S.C. 1993, c. 19.

The Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs examined the legislation. Professor Peter Aucoin, Director of Research for the Lortie Commission, was a witness before the Senate Committee. He stressed the importance of polls during elections and submitted two arguments to support the proposed 72-hour ban:

While I support this particular proposal [the 72-hour blackout period], people must understand its purpose. The purpose is not, as has been said even in the Senate, to give voters a rest or breather from a flood of public opinion polls published just prior to election day. In fact, voters find that polls are useful information to them. They have a right to those polls. In terms of the

Worcester 1991, 199; Hoy 1989, 189-202). En fait, ces «sondages» posent un problème dans la mesure où les médias sont prêts à les diffuser. [Je souligne.]

En ce qui concerne la réglementation des sondages d'opinion, la Commission Lortie recommande l'instauration, à la fin de la campagne électorale, d'un embargo de 48 heures sur la publication des résultats de sondages d'opinion. Elle suggère également que soient communiqués des renseignements techniques, comme l'avait recommandé le professeur Lachapelle. Elle ne propose toutefois pas la création d'une commission des sondages.

Un Comité spécial multipartite de la Chambre des communes sur la réforme électorale a examiné le Rapport final de la Commission Lortie. Dans son troisième rapport à la Chambre des communes, le Comité spécial a recommandé qu'il soit interdit de publier les résultats de sondages d'opinion pendant une période de 72 heures avant la fermeture des bureaux du scrutin, mais n'a fait aucune recommandation sur l'information concernant la méthodologie utilisée. La recommandation du Comité spécial d'interdire la publication des résultats de sondages pendant une période de 72 heures a été incorporée au Projet de loi C-114 intitulé, *Loi modifiant la Loi électorale du Canada*. Le Projet de loi C-114 a été adopté sans opposition par la Chambre des communes le 6 mai 1993: L.C. 1993, ch. 19.

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles a examiné la loi. Le professeur Peter Aucoin, directeur de la recherche pour la Commission Lortie, a témoigné devant ce comité. Il a souligné l'importance des sondages pendant les campagnes électorales et présenté deux arguments en faveur de l'interdiction de 72 heures proposée:

[TRADUCTION] Je suis certes en faveur de cette proposition [l'embargo de 72 heures], mais il faut que les gens comprennent bien l'objectif. Il ne s'agit pas, malgré ce qui a été dit même au Sénat, de laisser un répit aux électeurs et de leur épargner une masse d'informations tirée des sondages d'opinion publique juste avant le jour de l'élection. En réalité, les électeurs ont l'occasion de constater que les sondages leur fournissent des renseignements utiles. Ils y ont droit. Dans les campagnes

14

15

electoral contest as we know it, the more polls the better.

The issue here is twofold. Public opinion polls purport to be scientific and are reported as such by the press. There is a question of the accuracy of public opinion polls in reading public opinion. There is clearly some need for regulation, given that particular assumption.

. . . .

[P]arties and candidates need access to the polls and this requires some time. In particular, it means they have to be able to respond to the poll. They cannot do that if the poll is published either on election day or the day before an election. Therefore, the ban of 72 hours is to ensure that polls cannot be published after a point in time where candidates and parties cannot respond. It has nothing to do with giving voters a breather. [Emphasis added.]

(Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *Proceedings*, Issue No. 41, May 6, 1993, at pp. 41:14-41:15.)

Professor Aucoin also added the following as he responded to a comment from Senator Jean-Claude Rivest:

Senator Rivest: [TRANSLATION] . . . I do not see how you can say that a poll is an important event but it must absolutely be checked in order to ensure that there are no bogus polls, no “hamburger polls”, as you explained. In this regard, in the last 72 hours there is a host of other election information and other statements that are not banned during this period and that cannot be verified before voting day.

Mr. Aucoin: [Text] I think the issue here is that the polls themselves in our culture and in our practice have a claim to scientific validity, notwithstanding the fact that they do have their limitations. In that context, to the degree that one makes a difference between published polls and just any other comments made by those participating in the election campaign, candidates and parties are at a disadvantage if there is an authenticity associated with the very concept of poll. Therefore, it has that character where one must be able to verify whether the poll exists and whether it is a credible poll. It is for those practical reasons that you would limit them.

électorales telles que nous les connaissons, plus il y a de sondages, mieux c’est.

La question est double. Les sondages d’opinion publique se veulent scientifiques et la presse les présente comme tels. Il y a le problème de la fidélité de la représentation que donnent les sondages de l’opinion publique. Il est clair qu’une certaine forme de réglementation est nécessaire dans cette situation.

. . . .

Il est donc nécessaire [. . .] que les partis et les candidats puissent avoir accès aux sondages, et pour cela il faut du temps. Cela signifie, en particulier, qu’ils doivent avoir la possibilité de réagir face au sondage. Ils ne peuvent pas le faire si le sondage est rendu public le jour ou la veille de l’élection. L’interdiction qui couvre une période de 72 heures vise donc à s’assurer que l’on ne publiera pas des sondages à compter du moment où les candidats et les partis ne sont plus en mesure d’y répondre. Cela n’a rien à voir avec la volonté d’accorder un répit aux électeurs. [Je souligne.]

(Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Procédures*, fascicule n° 41, 6 mai 1993, aux pp. 41:14 et 41:15.)

En outre, le professeur Aucoin a ajouté ce qui suit, en réponse à une remarque du sénateur Jean-Claude Rivest:

Le sénateur Rivest: [Texte] . . . Je ne vois pas en quoi on peut dire qu’un sondage est un fait important mais doit être vérifié absolument pour qu’il n’y ait pas des sondages bidons ou des sondages «hamburger», comme vous l’avez expliqué. À ce compte-là, dans les derniers 72 heures, il y a une foule d’autres faits électoraux, d’autres déclarations qui ne sont pas interdites dans cette période et qui ne peuvent être vérifiés parce que le jour du scrutin arrive.

M. Aucoin: [TRADUCTION] Le problème ici, à mon avis, c’est que les sondages prétendent à l’exactitude scientifique dans notre culture et compte tenu de notre pratique, en dépit du fait qu’ils ont leurs limites. De ce point de vue, et dans la mesure où l’on fait la différence entre les sondages publiés et les simples commentaires faits par les participants à la campagne électorale, les candidats et les partis sont placés dans une position d’infériorité si le concept même de sondage a un air d’authenticité. La nature du phénomène fait donc que l’on doit pouvoir vérifier dans quelle mesure le sondage a bien existé et s’il est crédible. C’est pour ces raisons que je suis d’accord pour les limiter.

If all polls were only done by certain kinds of organizations using certain kinds of standards, there would not be that problem. [Emphasis added.]

(Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *supra*, at pp. 41:17-41:18.)

The following incident serves to illustrate the usefulness of a ban on the publication of opinion poll results in the last 72 hours of an election campaign. In the midst of the 1993 federal election, the *Globe and Mail* made an error in its publication of the results of an Angus Reid poll (*Globe and Mail*, October 8, 1993). The *Globe and Mail* does not have a Sunday edition. If the erroneous article had been published on the last day of the campaign or on the Saturday prior to voting day, it would have been practically impossible for the pollster to convey the correct information, and for the newspaper to correct its report, before polling day. There would not have been an adequate opportunity to criticize and correct the inaccurate information before election day. The error was certainly not intentional, still it could have had far-reaching consequences, had it occurred in the last hours of an election campaign (Lachapelle's affidavit, at paras. 30-34).

The appellants themselves acknowledge that opinion polls on election issues influence voters' decisions: "[i]f voters paid no attention to polls there would be no point in suppressing them" (Appellants' Factum, at para. 35). The very fact that voters pay attention to opinion surveys and rely on them as objective, non-partisan information makes it important that the information they convey not be misleading or inaccurate. The impugned provision responds to this need by requiring that election polls be published in sufficient time to allow for timely scrutiny and criticism.

I agree with my colleague that there are various activities subject to restriction during a federal

Si tous les sondages n'étaient effectués que par certains organismes ayant recours à certaines normes, le problème ne se poserait pas. [Je souligne.]

(Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *op. cit.*, aux pp. 41:17 et 41:18.)

L'incident suivant permet d'illustrer l'utilité d'interdire la publication des résultats de sondages d'opinion pendant les 72 dernières heures d'une campagne électorale. À l'occasion de la campagne électorale fédérale de 1993, le *Globe and Mail* a fait une erreur lorsqu'il a publié les résultats d'un sondage effectué par la maison Angus Reid (*Globe and Mail*, 8 octobre 1993). Le *Globe and Mail* ne paraît pas le dimanche. Si l'article erroné était paru la dernière journée de la campagne ou encore le samedi précédant le jour du scrutin, il aurait été concrètement impossible pour la maison de sondage de corriger l'information et pour le journal de rectifier son article avant le jour du scrutin. Il n'aurait pas été vraiment possible de critiquer et corriger l'information erronée avant le jour du scrutin. L'erreur n'était certes pas intentionnelle, mais elle aurait tout de même pu être lourde de conséquences si elle était survenue dans les dernières heures de la campagne (Affidavit du professeur Lachapelle, aux par. 30 à 34).

Les appelantes elles-mêmes ont reconnu que les sondages sur des enjeux électoraux influencent les décisions des électeurs: [TRADUCTION] «[s]i les électeurs ne prêtaient pas attention aux sondages, il ne servirait à rien de les supprimer» (mémoire des appelantes, au par. 35). Le fait même que les électeurs prêtent attention aux sondages d'opinion et s'y réfèrent en tant que source d'information objective et non partisane fait en sorte qu'il est important que l'information qu'ils communiquent ne soit pas erronée ou trompeuse. La disposition contestée tient compte de ce besoin, en exigeant que les sondages électoraux soient publiés de manière à accorder un délai suffisant pour permettre que l'on en fasse, en temps utile, l'examen et la critique.

Je suis d'accord avec mon collègue que diverses activités font l'objet de restrictions pendant les

16

17

18

election, that it is inappropriate to pronounce generally as to the scope or constitutional validity of these provisions, and that each type of restriction must be considered in its own context since each restriction is adopted to address a particular set of circumstances. However, these restrictions, including s. 322.1, stem from the same concerns. They are strong evidence that elections constitute, in our society, a unique event which calls for special treatment in order to promote voter autonomy and rational choice. Modern Canadian electoral law has sought to curb the excesses, enhance the democratic process and enable the voter to make a rational choice. Implicit to its regulations are the notions of integrity and fairness. As was aptly stated by the Ontario Court of Appeal in *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819, at p. 826:

Central to the whole democratic process is the election of legislative bodies by the vote of electors who by their ballots have expressed their choice, through a process, evolved over the years, designed to remove or at least reduce the possibility of the electors' choice being unduly influenced by pressures put upon them.

Because of their claim to scientific validity, unscrutinized polls may have an influence that they do not actually deserve and may distort the electoral process.

II. Analysis

A. *The Right to Vote (Section 3 of the Charter)*

¹⁹ I agree with my colleague that a restriction on information would constitute an infringement of the right to vote under s. 3 of the *Charter* only if it undermines the guarantee of effective representation (*Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 183, McLachlin J.). In the instant case, I believe that the short blackout period has no such effect. On the contrary, such a period assists effective representation. A strategic voter cannot cast a significant vote if the information required to exercise that vote can-

campagnes électorales fédérales, qu'il ne convient pas de se prononcer globalement sur la portée ou la validité constitutionnelle de ces dispositions et que chaque restriction doit être examinée suivant le contexte qui lui est propre, car chacune vise une situation particulière. Cependant, ces restrictions, y compris celle prévue à l'art. 322.1, découlent des mêmes préoccupations. Elles constituent de solides indications que, dans notre société, les élections sont des événements exceptionnels qui commandent la prise de mesures spéciales, propres à favoriser l'autonomie des électeurs et la prise de décisions rationnelles. Le droit électoral en vigueur au Canada vise à réfréner les abus, à renforcer le processus démocratique et à permettre aux électeurs de faire des choix rationnels. Le régime qu'il instaure s'inspire de notions d'intégrité et d'équité. Comme l'a dit avec justesse la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819, à la p. 826:

[TRADUCTION] L'élection de corps législatifs par des électeurs, qui ont exprimé leur choix par leur bulletin de vote, est au cœur de tout le processus démocratique. Ce processus, qui a été établi au fil des ans, vise à éliminer ou, à tout le moins, à réduire la possibilité qu'on influence indûment le choix des électeurs en faisant pression sur eux.

Comme les sondages prétendent à la validité scientifique, il est possible que des sondages soustraits à la critique aient une influence dont ils ne sont pas dignes dans les faits et qu'ils faussent le processus électoral.

II. L'analyse

A. *Le droit de vote (art. 3 de la Charte)*

Je suis d'accord avec mon collègue que, pour qu'il y ait violation du droit de vote prévu à l'art. 3 de la *Charte*, la limitation de l'information doit compromettre la garantie d'une représentation effective (*Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, à la p. 183, le juge McLachlin). En l'espèce, j'estime que la courte période d'interdiction en litige n'a pas cet effet. Au contraire, une telle interdiction favorise la représentation effective. L'exercice du vote stratégique n'est pas possible si l'information

not be discussed and scrutinized in order to assess its real value. It follows that poll results which cannot be assessed in a timely manner may actually deprive voters of the effective exercise of their franchise. Therefore, there is no infringement of the right to vote under s. 3 of the *Charter*.

B. *Freedom of Expression (Section 2(b) of the Charter)*

It is not in dispute, and I agree with my colleague, that s. 322.1 infringes freedom of expression within the meaning of s. 2(b) of the *Charter* (*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697). The issue then is whether this infringement constitutes, under s. 1 of the *Charter*, a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society. I am in agreement with my colleague that this section serves a pressing and substantial objective, but must respectfully disagree with his conclusion that the section fails to minimally impair freedom of expression or is disproportionate in its effect. His conclusion rests on reasoning belied by the evidence and denies Parliament a choice of reasonable alternatives, holding it to a standard of perfection of uncertain reach. In the result, his reasons lead to the lifting of all restrictions as to the timing of the publication of opinion polls.

Justification Under Section 1 of the *Charter*

1. *Preliminary Note: Evidence and Standard of Proof*

In the course of the s. 1 analysis, the standard of proof to be used is proof on a balance of probabilities (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 137). As was stated in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 39, scientific evidence is not required to meet the standard. Also McLachlin J., in writing for the majority in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*,

requis à cette fin ne peut être discutée et examinée minutieusement pour en évaluer la valeur réelle. Il s'ensuit que des résultats de sondages qui ne peuvent être évalués en temps utile peuvent, dans les faits, empêcher les électeurs d'exercer effectivement leur droit de vote. Par conséquent, il n'y a pas violation du droit de vote prévu à l'art. 3 de la *Charte*.

B. *La liberté d'expression (al. 2b) de la Charte)*

Il n'est pas contesté — et je souscris à l'opinion de mon collègue sur ce point — que l'art. 322.1 porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697). La question en litige consiste donc à déterminer si cette atteinte constitue, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je conviens avec mon collègue que cette disposition sert un objectif urgent et réel, mais je dois respectueusement exprimer mon désaccord avec sa conclusion que la disposition porte une atteinte plus que minimale à la liberté d'expression ou a un effet disproportionné. Sa conclusion repose sur un raisonnement qui ne trouve pas appui dans la preuve en plus de nier au législateur le choix de solutions de rechange raisonnables, assujettissant ce dernier à une norme de perfection dont l'atteinte est incertaine. En bout de ligne, ses motifs ont pour effet de lever toute restriction quant au moment de publication de sondages.

La justification conformément à l'article premier de la *Charte*

1. *Remarques préliminaires: Preuve et norme de preuve*

La norme de preuve applicable dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier est la prépondérance des probabilités (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 137). Comme il a été dit dans l'arrêt *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, au par. 39, il n'est pas nécessaire de faire une preuve scientifique pour satisfaire à cette norme. En outre, Madame le juge

20

21

[1995] 3 S.C.R. 199, at para. 137, expressed the unanimous view of the Court:

Discharge of the civil standard does not require scientific demonstration; the balance of probabilities may be established by the application of common sense to what is known, even though what is known may be deficient from a scientific point of view. . . . [Emphasis added.]

To paraphrase the Court's findings in *Libman*, *supra*, at para. 39, election campaigns, just as referendum campaigns, fall within the realm of social science, which does not lend itself to precise evidence.

2. Legislative Objective

22

In the material before the Court, reference is made to three suggested legislative objectives: first, to reduce the "undue influence" of all polls in general; second, to provide for a rest period so as to allow electors time to reflect before polling day; and third, to prevent the potentially distorting effect of public opinion survey results that are released late in an election campaign leaving insufficient time to assess their validity. This latter objective is the only one that the respondent advanced before this Court. Although my analysis will focus on this particular objective, the first two objectives may not be without merit. However, they need not be considered here. As I mentioned earlier, opinion polls have reshaped Canadian elections. It is now a fact that election campaigns take on an aura of "horse races", and that discussion of issues that concern Canadians tends to be preempted. Voters are of course completely free to choose the information upon which they want to make their decision. For instance, strategic voters, who may want to vote for their second-choice candidate in order to avoid the election of a leading candidate, rely on polls. Thus, while suppressing

McLachlin, écrivant pour la majorité dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, au par. 137, a exprimé le point de vue unanime de la Cour sur ce point:

Pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile, on n'a pas à faire une démonstration scientifique; la prépondérance des probabilités s'établit par l'application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique . . . [Je souligne.]

Pour paraphraser les conclusions de notre Cour dans l'arrêt *Libman*, précité, au par. 39, les campagnes électorales, tout comme les campagnes référendaires, participent du domaine des sciences sociales et ce domaine ne se prête pas à une preuve exacte.

2. L'objectif législatif

La preuve dont dispose notre Cour fait état de trois objectifs législatifs: premièrement, réduire l'«influence indue» de tous les sondages en général; deuxièmement, accorder une période de répit aux électeurs avant le jour du scrutin; troisièmement, prévenir l'effet déformant possible suite à la publication de résultats de sondages au terme d'une campagne électorale, alors qu'il ne reste plus assez de temps pour évaluer leur validité. Ce dernier objectif est le seul invoqué par l'intimé devant notre Cour. Le fait que mon analyse porte principalement sur cet objectif ne veut pas dire que les deux autres sont dénués de fondement. Cependant, il n'est pas nécessaire de les examiner en l'espèce. Comme je l'ai mentionné plus tôt, les sondages d'opinion ont transformé les campagnes électorales au Canada. Le fait est que les campagnes électorales ont maintenant des allures de «courses de chevaux» et que la discussion des questions qui préoccupent les Canadiens tend à être écartée. Il va de soi que les électeurs sont entièrement libres de choisir l'information sur laquelle ils désirent fonder leur décision. Par exemple, les électeurs qui peuvent, par stratégie, désirer voter pour le candidat qui constitue leur deuxième choix, afin d'éviter l'élection du candidat en avance, se fient aux sondages. Par conséquent, alors qu'on ne saurait supprimer les sondages pour la seule raison qu'ils peuvent être

polls simply because they may be used by voters is not permissible, regulating polls may be.

(a) Criteria

The Court must first assess the objective of the infringing legislative measure, as distinguished from the means chosen to implement it. The question is whether the concern which prompted the enactment of the impugned legislation is pressing and substantial and whether the purpose of the legislation is one of sufficient importance (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 987, Dickson C.J. and Lamer J. (as he then was) and Wilson J.). The distinction between “objective” and “means” is important since at this stage, the Court must ensure that the said objective is consistent with the principles integral to a free and democratic society, pressing and substantial, and directed to the realisation of collective goals of fundamental importance (*Oakes, supra*, at p. 138).

In *Oakes, supra*, at p. 136, Dickson C.J. stated that in determining whether *Charter* rights and freedoms should be limited,

[t]he Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [Emphasis added.]

As La Forest J. put it in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 77, ultimately, any attempt to determine whether the impugned limit is a justifiable infringement of the freedom of expression must involve a weighing of the essential principles of a

utilisés par les électeurs, il est possible que leur réglementation soit admise.

a) Les critères

La Cour doit d’abord évaluer l’objectif de la mesure législative attentatoire, par opposition aux moyens choisis pour l’appliquer. La question est de savoir si la préoccupation qui a incité à l’adoption de la loi contestée est urgente et réelle, et si l’objet de la loi est suffisamment important (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 987, le juge en chef Dickson et les juges Lamer (maintenant Juge en chef) et Wilson). La distinction entre l’«objectif» et les «moyens» est importante étant donné que, à cette étape, la Cour doit s’assurer qu’il s’agit d’un objectif urgent et réel, conforme aux principes qui constituent l’essence même d’une société libre et démocratique et visant la réalisation d’objectifs collectifs d’une importance fondamentale (*Oakes, précité*, à la p. 138).

Dans *Oakes, précité*, à la p. 136, le juge en chef Dickson a affirmé que, pour déterminer si les droits et libertés garantis par la *Charte* doivent être restreints,

[l]es tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d’une société libre et démocratique sont à l’origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu’une restriction d’un droit ou d’une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Je souligne.]

Comme l’a dit le juge La Forest dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 77, en dernière analyse, toute tentative en vue de déterminer si la limite contestée constitue une atteinte justifiable à la liberté d’expression doit comporter une évalua-

23

24

free and democratic society. The enhancement of the electoral process, through the provision of quality, timely information, serves one of these fundamental principles, i.e., good participation and faith of individuals in the most important political institution of all — the electoral process.

(b) Purposes of Freedom of Expression: Access to Information

25 As to the purposes underlying freedom of expression, La Forest J. in *Ross*, at para. 59, and McLachlin J. in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 752, noted that s. 2(b) of the *Charter* aims at permitting free expression “to the end of promoting truth, political or social participation, and self-fulfilment”. Following these purposes, freedom of expression should not be considered as an end *per se*. The promotion of an informed vote over a misinformed vote meets the three purposes and truly serves the core values of the freedom of expression in a free and democratic society: by allowing timely discussion of all published poll results, s. 322.1 aims at fostering truth; by keeping open the possibility of timely debate as to the validity of poll results, it promotes active political and social participation, rather than condone passiveness as to poll results; by allowing for full scrutiny of the information carried by poll results late in the election campaign, it promotes voters’ self-fulfilment by ensuring that the intention voters really want to convey in casting their vote is actually expressed.

26 The quest for better information gives more meaning to voter participation in the electoral process. The very fact that some voters base their decision on opinion survey polls may justify the means taken to promote voters’ right to good information. This is consistent with the findings of this Court that one of the objectives underlying freedom of expression is the ability of voters to make informed choices (*Libman, supra*, at para.

tion des principes essentiels d’une société libre et démocratique. La valorisation du processus électoral grâce à une information de qualité, disponible en temps utile, sert l’un de ces principes fondamentaux, c.-à-d. la participation utile des citoyens à l’institution politique la plus importante qui soit — le processus électoral — et leur foi dans ce processus.

b) Les objectifs de la liberté d’expression: l’accès à l’information

En ce qui concerne les objectifs qui sous-tendent la liberté d’expression, le juge La Forest dans *Ross*, précité, au par. 59, et le juge McLachlin dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, à la p. 752, ont souligné que l’al. 2b) de la *Charte* vise à permettre la liberté d’expression «dans le but de promouvoir la vérité, la participation politique ou sociale et l’accomplissement de soi». Selon ces objectifs, la liberté d’expression ne devrait pas être considérée comme une fin en soi. Le fait de favoriser le vote éclairé pour éliminer le vote «à l’aveuglette» est compatible avec ces trois objectifs et sert vraiment les valeurs fondamentales de la liberté d’expression dans une société libre et démocratique: en permettant la discussion, en temps utile, de tous les résultats de sondages publiés, l’art. 322.1 vise à faire ressortir la vérité; en rendant possible la tenue, en temps utile, d’un débat sur la validité des résultats des sondages, il favorise la participation active des citoyens à la vie politique et sociale, au lieu d’encourager la passivité face aux résultats des sondages; en permettant un examen valable de l’information fournie par les résultats des sondages communiqués tard dans les campagnes électorales, il favorise l’épanouissement individuel des électeurs en faisant en sorte que leur vote soit l’expression véritable de leurs intentions.

La recherche d’une meilleure information donne davantage de sens à la participation des électeurs au processus électoral. Le fait même que certains électeurs fondent leur décision sur les sondages d’opinion peut justifier les moyens utilisés pour appuyer le droit des électeurs à une bonne information. Cela est compatible avec la conclusion de notre Cour qu’un des objectifs qui sous-tendent la liberté d’expression est la possibilité pour les élec-

54; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767).

As a matter of fact, in 1979, the committee on polling of the Regroupement québécois des sciences sociales suggested ways to improve the use of polls by journalists and to encourage increased accessibility to poll results broadcast during referendum campaigns. Quebec academics were concerned that with so many polls being conducted the public would not be able to distinguish between “good” and “poor” polls in the heat of the moment and that certain minimum standards of polling would lose out to partisan considerations. One of the committee’s recommendations was that publication and broadcast of opinion polls during the week prior to the election be prohibited. Public discussion on published surveys, however, would still be allowed (Lachapelle Study, *supra*, at pp. 40-41). The foregoing recommendations were analysed by the Commission des droits de la personne du Québec in the light of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. As Lachapelle noted at pp. 45-46:

According to the human rights commission of Quebec, three basic corollaries affect the public’s right to be fully informed, and these must be respected in the context of an election or referendum campaign:

1. the availability of accessible, unrestricted information;
2. access to plentiful, diversified information; and
3. access to accurate, high-quality information, which implicitly guarantees the freedom to criticize that information.

As to the appropriateness of a blackout period, Lachapelle mentioned that the Commission des droits de la personne du Québec expressed reservations and urged public debate on the issue, but decided against taking a position. According to Lachapelle, “[t]he reasons for the commission’s indecision were that although such a prohibition would interfere with freedom of expression, it might also encourage public debate and afford vot-

teurs de faire des choix éclairés (*Libman*, précité, au par. 54; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 767).

De fait, en 1979, le comité des sondages du Regroupement québécois des sciences sociales a proposé des moyens en vue d’améliorer le traitement journalistique des sondages d’opinion et de favoriser une plus grande accessibilité aux résultats de sondages diffusés lors de campagnes référendaires. Les universitaires québécois craignaient que, dans l’effervescence du moment, l’avalanche des sondages ne permette pas au public de distinguer les «bons» des «mauvais» sondages, et que certaines normes minimales de production ne soient pas respectées au profit de considérations partisans. Une des recommandations du Comité a été que la publication et la diffusion de tout sondage d’opinion soient interdites pendant la semaine précédant le jour du scrutin. La discussion publique des sondages publiés serait cependant permise (*Étude Lachapelle, op. cit.*, aux pp. 45 et 46). Ces recommandations ont été étudiées par la Commission des droits de la personne du Québec à la lumière de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12. Comme l’a souligné le professeur Lachapelle, à la p. 53:

Selon la Commission des droits de la personne du Québec, trois corollaires fondamentaux touchant directement le droit du public à une information pleine et entière doivent être respectés dans le contexte précis d’une campagne électorale ou référendaire:

1. l’accès à une information libre et sans entrave;
2. l’accès à une information abondante et diversifiée;
3. l’accès à une information rigoureuse et de qualité, qui permet implicitement l’exercice d’une critique libre sur cette information.

Relativement à l’opportunité d’une période d’embargo, le professeur Lachapelle a mentionné que la Commission des droits de la personne du Québec avait exprimé quelques réticences, au point où elle a décidé de ne pas prendre position et de réclamer un débat public sur la question. Au dire du professeur Lachapelle, «[t]out en reconnaissant que cette interdiction allait à l’encontre de la liberté d’expression, la Commission des droits de la personne

ers a better opportunity to consider the real issues at stake. The commission also emphasized that in a system with no restrictions, it would be impossible to correct any erroneous information published or broadcast during the final hours of a campaign. In short, this proposal would restrict the right to information, as defined in the commission's first two principles [corollaries], in order to promote the third." (Lachapelle Study, at p. 46.)

du Québec a par contre admis qu'elle pouvait également favoriser la discussion publique et déclencher chez les électeurs et électrices une réflexion plus poussée sur les enjeux véritables. La commission a également souligné le fait que dans un régime sans interdits, il est impossible, à la toute fin d'une campagne électorale, d'apporter les correctifs nécessaires à la suite de la diffusion ou de la publication d'information erronée. En somme, cette proposition a pour caractéristique de restreindre le droit à l'information défini dans les deux premiers corollaires au profit de l'exercice du troisième.» (Étude Lachapelle, aux pp. 53 et 54.)

28

The position of the appellants and the intervener Canadian Civil Liberties Association regarding free expression in democracy is couched on the rationale that truth emerges through vigorous debate and more publication of polls. My colleague adopts this view, at para. 108:

La thèse des appelantes et de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles en ce qui concerne la place de la liberté d'expression dans une démocratie est fondée sur le raisonnement que la vérité émerge d'un débat vigoureux des enjeux et de la publication du plus grand nombre possible de sondages. Mon collègue adopte ce point de vue, au par. 108:

But an opinion poll does not appear in a vacuum. Rather, it is published chronologically after a series of other polls which have been measuring public opinion throughout the election. In all likelihood, other polls conducted by other polling organizations will appear in other media outlets during the three days prior to election day. . . . The more polls which appear during this period, the less likely that voters will base their decisions on the inaccurate poll.

Mais un sondage n'est pas fait dans l'abstrait. Au contraire, il est publié chronologiquement, dans une série de sondages mesurant l'opinion publique durant une campagne électorale. Selon toute vraisemblance, d'autres sondages effectués par d'autres maisons seront diffusés par d'autres médias au cours des trois derniers jours précédant le scrutin. [. . .] Plus il y a de sondages durant cette période, moins grand est le risque que les électeurs basent leur décision sur le sondage inexact.

This philosophical underpinning was expressed by McIntyre J., speaking for the majority, in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, where he wrote at p. 583:

Ce fondement philosophique a été décrit par le juge McIntyre qui s'exprimait pour la majorité dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où il écrit ceci, à la p. 583:

The importance of freedom of expression has been recognized since early times: see John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), and as well John Stuart Mill, "On Liberty" in *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), at p. 14:

La reconnaissance de l'importance de la liberté d'expression ne date pas d'hier: voir John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), et John Stuart Mill, «On Liberty» dans *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), à la p. 14:

If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.

[TRADUCTION] Si tous les hommes sauf un étaient du même avis et qu'une seule personne fût d'avis contraire, il ne serait pas justifié que l'ensemble des hommes bâillonnent ce seul individu, pas plus qu'il ne serait justifié que ce dernier, s'il en avait le pouvoir, bâillonne tous les autres hommes.

And, after stating that “All silencing of discussion is an assumption of infallibility”, he said, at p. 16:

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

Nothing in the vast literature on this subject reduces the importance of Mill’s words. The principle of freedom of speech and expression has been firmly accepted as a necessary feature of modern democracy.

According to this rationale, if there are distorting effects, these should be dealt with through corrective response of civil society (e.g., the media, political parties, private individuals, etc.), not through coercive action by the state. There is a serious problem with relying unreservedly on this rationale when it comes to elections. To say that truth most reliably emerges by means of correction through more polls is to assume an ongoing debate. In elections, the debate ends with the vote. A multiplicity of potentially inaccurate polls, none of which are in time to permit debate, fosters confusion and offers little protection to the public. Errors and misinformation may be corrected after the election, but the value of the correction is lost. Elections suggest that a special remedy may be in order: namely, a requirement that information be timely so as to avoid the harm occurring in the first place.

(c) Purpose of Section 322.1

The purpose of s. 322.1 is to improve information to the public during election campaigns. Its primary objective is positive rather than negative. Section 322.1 does not purport to suppress an evil *per se*, such as obscenity in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, or hate propaganda in *Keegstra*, *supra*.

Puis, après avoir dit que [TRADUCTION] «Tout acte ayant pour effet de supprimer la discussion suppose l’infaillibilité de son auteur», il a ajouté à la p. 16:

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

L’importance des propos de Mill n’est nullement diminuée par l’abondante documentation qui traite de ce sujet. Le principe de la liberté de parole et d’expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie moderne.

Suivant ce raisonnement, s’il y a effet déformant, il appartient aux moyens disponibles dans le milieu de la contrer (par exemple les médias, les partis politiques, de simples particuliers) et non à l’État de le faire par mesures correctives. Toutefois, l’application sans réserve de ce raisonnement aux élections soulève un problème sérieux. Affirmer que la vérité émerge de l’effet correcteur de la publication de sondages supplémentaires, c’est présumer l’existence d’un débat qui se continue. Or, dans les campagnes électorales, le débat prend fin le jour du scrutin. Une multiplicité de sondages potentiellement inexacts, dont aucun ne serait publié en temps utile pour qu’il puisse être débattu, engendre la confusion et offre peu de protection au public. Il est possible, après l’élection, de corriger des erreurs et de rectifier une mauvaise information, mais de telles mesures n’ont plus d’utilité. Dans le cas des élections, une mesure spéciale semble s’imposer, soit l’obligation de communiquer l’information en temps utile, de manière à prévenir le mal.

c) L’objet de l’art. 322.1

L’article 322.1 a pour objet d’améliorer la qualité de l’information dont dispose le public pendant les campagnes électorales. Son principal objectif est de nature positive plutôt que prohibitive. L’article 322.1 ne vise pas à éliminer un mal proprement dit, telle l’obscénité dans *R. c. Butler*, [1992]

It aims at balancing and enhancing *Charter* rights, namely the informed exercise of the right to vote and a fundamental purpose of freedom of expression, i.e., informed participation in the electoral process. If one wants to identify a harm in the instant case, it would be a lack of enhancement of the electoral process through timely information. Section 322.1 aims at improving the search for truth, by providing for the timeliness of the publication of poll results, so as to allow discussion, not simply proscribing polls. It in no way dictates or deals with the content of expression.

1 R.C.S. 452, ou la propagande haineuse dans *Keegstra*, précité. Il tend plutôt à concilier et à renforcer des droits garantis par la *Charte*, savoir l'exercice éclairé du droit de vote ainsi qu'un aspect fondamental de la liberté d'expression, c.-à-d. la participation éclairée au processus électoral. Si on tient à identifier un mal en l'espèce, il s'agit de l'affaiblissement du processus électoral par l'absence de communication de l'information en temps utile. L'article 322.1 n'a pas pour but l'interdiction des sondages mais il vise plutôt à favoriser la recherche de la vérité en pourvoyant à la publication de leurs résultats en temps utile, pour qu'ils puissent être discutés. En aucune façon concerne-t-il ou dicte-t-il le contenu de cette forme d'expression.

30 The *Charter* should not become an impediment to social and democratic progress. It should not be made to serve substantial commercial interests in publishing opinion poll results, by defeating a reasonable attempt by Parliament to allay potential distortion of voter choice.

La *Charte* ne doit pas devenir un obstacle au progrès social et démocratique. Elle ne doit pas être mise au service de puissants intérêts commerciaux désireux de publier des résultats de sondages, en faisant échouer une tentative raisonnable du Parlement de prévenir la dénaturation potentielle du choix exprimé par les électeurs.

31 Parliament adopted s. 322.1 without expressed opposition, following lengthy, extensive, in-depth studies and consideration over several decades, in response to a long-standing concern. Being themselves the very objects of elections, members of Parliament were in the best position to assess the effects of polls in electoral campaigns and their impact on individual voters. In the proceedings, it has not been suggested that members of Parliament had any interest other than to foster the integrity of the electoral process by avoiding voters being misled on facts through denial of an opportunity for scrutiny and discussion.

En réponse à une préoccupation de longue date, le Parlement a adopté sans opposition l'art. 322.1, au terme de dizaines d'années de réflexion et d'études longues et approfondies. Étant les principaux acteurs du processus électoral, les députés étaient les personnes les mieux placées pour évaluer les effets des sondages pendant les campagnes électorales ainsi que leur influence sur les électeurs. Personne n'a prétendu, au cours des présentes procédures, que les députés étaient motivés par quelque autre intérêt que celui de renforcer l'intégrité du processus électoral en évitant que les électeurs soient induits en erreur sur des faits parce qu'on leur refuse la possibilité de bien les examiner et d'en discuter.

(d) Evidence

d) La preuve

32 Social science studies composed much of the evidence submitted before the motions judge. In that respect, Somers J. rightly stated, at p. 142:

Une grande partie de la preuve présentée au juge des requêtes était composée d'études réalisées dans le domaine des sciences sociales. À cet égard, le juge Somers a, avec raison, affirmé ce qui suit, à la p. 142:

[I]t would be a mistake to look only at social science evidence in assessing whether the objective is pressing and substantial. . . . Of course, social science data are ready evidence of the importance of different problems, but it is not the only evidence courts should consider, nor should it be given decisive weight or considered requisite to government action. Thus, even if social science evidence is found to be inconclusive, it is still possible to ground a pressing objective on evidence of extended public debate of an issue or by looking at the actions of other democracies. On this application, it is clear from the number of times a concern about polling was raised by the public and in reports stemming from public consultation, that many considered this to be a pressing issue. . . . In a democracy, it is to be expected that representatives will react to such a debate, either through private members bills or government legislation; it might be an institutional failure if they did not. [Emphasis added.]

As outlined earlier in these reasons, Somers J. had ample material to support his position that, taken as a whole, the evidence “serves to buttress the respondent’s contention that the unregulated distribution of poll results is not without its potential problems” (p. 121). It must be pointed out that the Court of Appeal unanimously accepted Somers J.’s observations and findings of facts regarding his s. 1 analysis (see (1996), 30 O.R. (3d) 350, at pp. 359-60). The evidence shows that there exists a long-standing concern about the publication of opinion survey results during election campaigns in Canada. In the last 30 years at least, several reports have studied and discussed this issue in depth.

In the instant case, at p. 143, Somers J. rightly found that

it is reasonable to presume that polls can harm the electoral process. I rely here on the following evidence:

[TRADUCTION] [C]e serait une erreur que d’examiner seulement la preuve fondée sur les sciences sociales pour évaluer si l’objectif est urgent et réel. [. . .] Bien entendu, les données produites par les sciences sociales sont des éléments de preuve disponibles sur l’importance de divers problèmes, mais il ne s’agit pas des seuls éléments de preuve que les tribunaux doivent examiner et il ne faut pas non plus leur accorder un poids décisif ni les considérer comme un préalable à l’action gouvernementale. En conséquence, même si la preuve fondée sur les sciences sociales est jugée non concluante, il demeure possible d’étayer l’existence d’un objectif urgent en prouvant qu’une question fait l’objet d’un large débat public ou en examinant les mesures prises dans d’autres démocraties. Dans le cadre de la présente requête, il ressort clairement du nombre de fois que des préoccupations concernant les sondages ont été soulevées par le public et dans des rapports issus de consultations publiques que de nombreuses personnes estiment qu’il s’agit d’une question urgente. [. . .] Dans une démocratie, on s’attend à ce que les élus réagissent à un tel débat, soit par le dépôt par des députés de projets de loi, soit par des mesures législatives sur initiative du gouvernement; le défaut d’agir des élus pourrait bien constituer un manquement institutionnel. [Je souligne.]

Comme je l’ai souligné, le juge Somers disposait amplement d’éléments au soutien de sa conclusion que la preuve, prise globalement, [TRADUCTION] «étaye la prétention de l’intimé que la distribution non réglementée des résultats de sondages n’est pas sans problèmes potentiels» (p. 121). Il convient de souligner que la Cour d’appel a unanimement accepté les observations et les conclusions de fait du juge Somers en ce qui concerne son analyse selon l’article premier (voir (1996), 30 O.R. (3d) 350, aux pp. 359 et 360). Il ressort de la preuve que la publication des sondages d’opinion pendant les campagnes électorales constitue une préoccupation de longue date au Canada. Au cours des 30 dernières années tout au moins, plusieurs rapports ont examiné et analysé la question en profondeur.

En l’espèce, le juge Somers a à juste titre conclu, à la p. 143,

[TRADUCTION] [qu’i]l est raisonnable de présumer que les sondages peuvent porter atteinte au processus électoral. Je me fonde à cet égard sur les éléments de preuve suivants:

33

34

- (1) the sheer prevalence of polling results (22 national polls reported during the 1988 election, mentioned in some 30 per cent of television coverage);
- (2) awareness of poll results amongst 70 to 80 per cent of the public;
- (3) methodological information necessary of critical evaluation is very frequently absent from reporting;
- (4) the lack of a corrective response time when polls are published close to election day.

In reaching these conclusions, Somers J. makes specific reference to several findings of the Lortie Commission. Referring to its finding, at p. 457 of its Final Report, that “recent research provides strong support for the proposition that published opinion polls can significantly influence campaigns and voters”, he commented (at p. 118) that “[t]he Commission based this conclusion on the fact that ‘[o]ur research demonstrates that polls did have measurable effects on the conduct of election campaigns and the choice voters make’ (p. 456).”

35

As he stated, at p. 119:

... the evidence presented dealt not only with the effect of polls on voters, but also with problems associated with the undue influence, late publication and accuracy of polls. The evidence pointed to a general worry about the “undue influence” of opinion polls on the election process. This influence is said to flow from two related factors. The first is that the polls are presented as scientific and authoritative. The second is that despite this presentation, the public is often not given the information needed to gauge a poll’s true accuracy. [Emphasis added.]

This is further explained in the Lortie Commission Final Report (p. 455 quoted at p. 119 of the judgment):

Because they are presented as “scientific”, published opinion polls raise issues of public confidence in the integrity of the electoral process. Notwithstanding their

- 1) le simple fait de l’omniprésence des sondages (22 sondages nationaux ont été recensés pendant la campagne électorale de 1988 et mentionnés dans 30 pour 100 des reportages télévisés);
- 2) la connaissance, par 70 à 80 pour 100 du public, des résultats des sondages;
- 3) l’absence très fréquente, dans les reportages, de l’information nécessaire sur la méthodologie utilisée pour faire une appréciation critique des sondages;
- 4) l’absence d’un délai de rectification lorsque les sondages sont publiés peu de temps avant le jour du scrutin.

À l’appui de ses conclusions, le juge Somers réfère expressément à plusieurs constatations de la Commission Lortie. Se référant à la conclusion suivante, qui figure à la p. 475 du Rapport final de la Commission Lortie: «Bien que les maisons de sondage ne cessent de répéter que leurs données affectent peu le vote, des recherches récentes tendent à prouver le contraire», le juge Somers fait le commentaire qui suit (à la p. 118): [TRADUCTION] «[L]a Commission a fondé cette conclusion sur le fait qu’il ressortait de ses recherches que “les sondages ont effectivement une influence mesurable sur la conduite des campagnes électorales et sur les choix de l’électorat” (pp. 473 et 474).»

Comme dit le juge Somers, à la p. 119:

[TRADUCTION] ... la preuve présentée portait non seulement sur l’effet des sondages sur les électeurs, mais également sur des problèmes liés à l’influence indue des sondages, à leur publication tard dans les campagnes électorales et à leur exactitude. La preuve a révélé l’existence d’une inquiétude généralisée à l’égard de l’«influence indue» des sondages d’opinion sur le processus électoral. Cette influence découlerait, affirme-t-on, de deux facteurs connexes. Le premier est le fait que les sondages sont présentés comme ayant un caractère scientifique et faisant autorité. Le deuxième est que, malgré qu’ils soient présentés ainsi, il arrive souvent qu’on ne fournisse pas au public l’information nécessaire pour évaluer leur exactitude. [Je souligne.]

Des explications supplémentaires sont données dans le Rapport final de la Commission Lortie (à la p. 473, et citées à la p. 119 du jugement):

Parce qu’ils sont présentés comme «scientifiques», les sondages d’opinion diffusés par les médias suscitent des inquiétudes quant à la confiance du public dans l’in-

claims to scientific validity and accuracy in representing the views of all potential voters, opinion polls are susceptible to many forms of error and misrepresentation. The apparent precision of the data they report fails to reflect the fact that they are estimates of the distribution of opinion at a given time. Yet their apparent authority gives them considerable influence over the conduct of campaigns and the choices made by voters. [Emphasis added.]

Somers J. also found, at p. 142, that the international review of legislation regarding publication of opinion poll results during elections was “strong evidence of a pressing objective”. At least six European Union countries have some form of polling blackout, ranging in duration from five days in Spain to the entire length of the election in Portugal. French regulations prohibit publication during the last week before a round of voting for presidential, legislative, or European elections. In Belgium, the prohibition lasts 30 days. Greece, Brazil, South Africa, South Korea, Japan, and Australia enacted legislation to regulate or ban the publication of poll results. The Lachapelle Study, *supra*, concluded its international survey, at p. 68, by asserting that:

A review of the legislation of various countries reveals that governments tend toward outright banning of polls near the end of election campaigns rather than requiring the publication of a specifications sheet. Only France has chosen both options. However, every law is imperfect and can only partially regulate as multifaceted a practice as polling. [Emphasis added.]

The fact that so many democratic, industrialized nations have passed legislation in this particular area is further evidence of the importance of the problem. Extensive polling is a relatively recent phenomenon. That some countries have not responded does not detract from the fact that many have. To make the response of others to political or

tégrité du processus électoral. En dépit de la précision scientifique revendiquée par leurs auteurs, les sondages sont sujets à maintes erreurs et distorsions. La précision apparente de leurs données occulte le fait qu'ils ne sont jamais qu'une estimation de la distribution de l'opinion à un moment donné. Leur apparence de rigueur leur confère néanmoins une influence considérable sur la conduite des campagnes et l'issue des scrutins. [Je souligne.]

Le juge Somers conclut également, à la p. 142, que l'examen des dispositions législatives en vigueur dans d'autres pays relativement à la publication des résultats de sondages d'opinion pendant les campagnes électorales apportait [TRADUCTION] «une preuve solide de l'existence d'un objectif urgent». Au moins six pays membres de l'Union européenne interdisent, dans une plus ou moins large mesure, la publication des sondages pendant les campagnes électorales. La durée de cette interdiction va de cinq jours en Espagne à toute la durée de la campagne électorale au Portugal. En France, il est interdit de publier des sondages pendant la semaine qui précède un tour de scrutin dans le cadre des élections présidentielles, législatives ou européennes. En Belgique, la durée de l'interdiction est de 30 jours. En outre, des mesures législatives réglementant ou interdisant la publication de sondages ont été adoptées en Grèce, au Brésil, en Afrique du Sud, en Corée du Sud, au Japon et en Australie. L'Étude Lachapelle, *op. cit.*, a conclu son survol de la situation à l'échelle internationale, en affirmant ce qui suit, à la p. 79:

Il ressort de ce survol de la législation de divers pays que les gouvernements ont davantage tendance à interdire carrément les sondages vers la fin des campagnes électorales plutôt que d'exiger la publication d'une fiche technique, seule la France ayant choisi ces deux options. Toutefois, toute législation demeure en soi imparfaite et ne peut que partiellement réglementer une pratique, telle celle des sondages, ayant de multiples facettes. [Je souligne.]

Le fait qu'autant de nations industrialisées de tradition démocratique aient adopté des mesures législatives en la matière est une preuve supplémentaire de l'importance du problème. La prolifération des sondages est un phénomène relativement récent. Le fait que certains pays n'ont pas réagi à ce phénomène n'enlève rien au fait que de nom-

social concerns a pre-requisite to legislation would transform the *Charter* into a sword against social progress and stultify government action.

breux autres l'ont fait. Ériger la prise de mesures par d'autres pays à l'égard de problèmes politiques ou sociaux en préalable à l'adoption de mesures législatives en la matière aurait pour effet de faire de la *Charte* une arme contre le progrès social et d'étouffer l'action gouvernementale.

37

In their factum, the appellants refer to a decision of the Alberta Court of Appeal, *Canada (Attorney General) v. Somerville*, [1996] 8 W.W.R. 199, to support the view that Parliament's objective as to the impugned legislation is not permissible under the *Charter*. In *Somerville*, the Court of Appeal held that certain provisions of the *Canada Elections Act* which, among other things, limited third party advertising expenses during a federal election campaign to a maximum of \$1,000 per individual, were contrary to freedom of expression under the *Charter*. Conrad J.A., Harradence J.A. concurring, stated, at pp. 228 and 231, that:

Dans leur mémoire, les appelantes se sont référées à l'arrêt *Canada (Attorney General) c. Somerville*, [1996] 8 W.W.R. 199, de la Cour d'appel de l'Alberta au soutien de leur prétention que l'objectif que vise le Parlement par la disposition législative contestée n'est pas autorisé par la *Charte*. Dans cet arrêt, la Cour d'appel a conclu que certaines dispositions de la *Loi électorale du Canada* ayant notamment pour effet de limiter à 1 000 \$ par personne les frais de publicité que peuvent engager des tiers lors des campagnes électorales fédérales étaient incompatibles avec la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Le juge Conrad a déclaré ceci, avec l'appui du juge Harradence, aux pp. 228 et 231:

The Attorney General argues that unrestricted third party advertising could distort the political process.

[TRADUCTION] Le procureur général prétend que la publicité illimitée par les tiers peut dénaturer le processus politique.

. . .

. . .

This legislation bans input. This is a case where the objective of the legislation is not trying to balance expenditures of outside groups, the press and parties. Rather, one is led to conclude that the very aim or purpose of this legislation is to ensure that third parties cannot be heard in any effective way and that political parties are entitled to preferential protection. Its objective strikes at the core of these fundamental rights and freedoms, and is arguably *legislation which has as its very purpose the restriction of these rights and freedoms, which can never be justified*. [Emphasis added by the appellants.]

La mesure législative en cause interdit à des personnes de s'exprimer. Dans la présente affaire, l'objectif de la mesure législative n'est pas d'établir un équilibre entre les dépenses engagées par des groupes extérieurs, la presse et les parties. On est plutôt amené à conclure que le but ou l'objet même de cette mesure est de faire en sorte que les tiers ne puissent se faire entendre de manière efficace et que certains partis politiques jouissent d'une protection préférentielle. Son objectif touche au cœur même de ces libertés et droits fondamentaux, et il est possible de soutenir qu'il s'agit d'une *mesure législative qui a pour objet la restriction de ces droits et libertés, restriction qui ne peut jamais être justifiée*. [Soulignement et italiques ajoutés par les appelantes.]

In *Libman*, *supra*, at para. 56, the *Somerville* decision was unanimously criticized inasmuch as this Court declared "that the objective of Quebec's referendum legislation [of promoting fairness in a democratic process through a certain equality of resources] is highly laudable, as is that of the *Canada Elections Act*". In *Libman*, the system set

Dans l'arrêt *Libman*, précité, au par. 56, l'arrêt *Somerville* a été unanimement critiqué dans la mesure où notre Cour a déclaré que «l'objectif de la loi référendaire québécoise [qui consiste à favoriser l'équité du processus démocratique en visant à égaliser les ressources disponibles] est fort louable, au même titre que l'objectif de la *Loi électo-*

up by the referendum legislation restricted independent spending, thus freedom of expression, in order “to preserve a balance in the promotion of the options and favour an informed and truly free exercise of the right to vote” (para. 54 (emphasis added)). The instant case aims at this very objective.

Considering that the legislative objective of s. 322.1 of the *Canada Elections Act* is consistent with and indeed enhances the objectives underlying freedom of expression, among them the ability of voters to make informed choices and the promotion of political and social participation, that Parliament’s concern is clearly pressing and substantial, in that it is directed to the realisation of the important collective goal of safeguarding the integrity of the electoral process (*Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 38), I conclude that the objective of preventing the potentially distorting effect of public opinion survey results that are released late in an election campaign when there is no longer a sufficient opportunity to respond is a sufficiently important objective which meets the first step of the analysis under s. 1 of the *Charter*.

3. Proportionality Test

(a) Rational Connection

Parliament has chosen to ban the publication, dissemination and broadcast of poll results from midnight on Friday before polling day through the end of polling day. “The essence of rational connection is a causal relationship between the objective of the law and the measures enacted by the law. This is often a difficult matter to establish by evidence, and the Supreme Court of Canada has not always insisted on direct proof of the causal relationship.” (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 35-29.) In *RJR-MacDonald*, *supra*, the Court unanimously agreed that a causal relationship between advertising and tobacco product consumption could be

rale du Canada». Dans *Libman*, le régime établi par la loi référendaire limitait les sommes que les particuliers pouvaient engager et, de ce fait, portait atteinte à la liberté d’expression de ces derniers «pour préserver l’équilibre dans la diffusion des options et favoriser un exercice éclairé et véritablement libre du droit de vote» (par. 54 (je souligne)). L’objectif visé en l’espèce est exactement le même.

Étant donné que l’objectif visé par l’art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* est compatible avec les objectifs qui sous-tendent la liberté d’expression, notamment la capacité des électeurs de faire des choix éclairés et l’encouragement de la participation des citoyens à la vie politique et sociale et de fait les favorise, et que la préoccupation du législateur est clairement urgente et réelle, en ce qu’elle tend à la réalisation d’un but collectif important — savoir la sauvegarde de l’intégrité du processus électoral (*Harvey c. Nouveau Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, au par. 38), je conclus que l’objectif qui consiste à prévenir l’effet déformant susceptible de découler de la publication de résultats de sondages tard dans les campagnes électorales, lorsqu’il ne reste plus assez de temps pour y répondre, constitue un objectif suffisamment important pour satisfaire au premier volet de l’analyse selon l’article premier de la *Charte*.

3. Le critère de la proportionnalité

a) Le lien rationnel

Le Parlement a choisi d’interdire la publication, l’annonce et la diffusion de résultats de sondages entre minuit le vendredi qui précède le jour du scrutin et la fermeture des bureaux de scrutin. [TRADUCTION] «L’essence du lien rationnel est l’existence d’un lien de causalité entre l’objectif de la règle de droit et les mesures édictées par celle-ci. Ce lien de causalité est souvent difficile à établir en preuve, et la Cour suprême du Canada n’a pas toujours insisté pour qu’on en fasse la preuve directe». (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. à feuilles mobiles), vol. 2, à la p. 35-29.) Dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, la Cour a accepté à l’unanimité qu’un lien de causalité

38

39

based either on common sense, reason, or logic (La Forest J., at para. 86; McLachlin J., at paras. 156-58; and Iacobucci J., at para. 184), even though the evidence may be admittedly inconclusive. In *Butler, supra*, Sopinka J. found, at p. 502, that it was “reasonable to presume” that there is a causal relationship between obscenity and harm to society. Similarly, in *Ross, supra*, La Forest J., writing for the Court, held, at para. 101, that it was “reasonable to anticipate” that there is a causal link between anti-Semitic activity by school teachers outside school and discriminatory attitudes within school.

entre la publicité et la consommation de produits du tabac pouvait être fondé sur le bon sens, la raison ou la logique (le juge La Forest, au par. 86; le juge McLachlin, aux par. 156 à 158; et le juge Iacobucci, au par. 184), même si la preuve peut, reconnaît-on, être non concluante. Dans *Butler*, précité, le juge Sopinka a conclu, à la p. 502, qu’il est «raisonnable de supposer» qu’il existe un lien de causalité entre l’obscénité et le préjudice causé à la société. De même, dans *Ross*, précité, le juge La Forest, s’exprimant au nom de la Cour, a conclu, au par. 101, qu’il était «raisonnable de s’attendre» à ce qu’il existe un lien de causalité entre les activités antisémites d’enseignants à l’extérieur des écoles et les attitudes discriminatoires qui avaient cours à l’intérieur de celles-ci.

40 In the instant case, the rational connection is self-evident. Opinion polls significantly influence voter choice and electoral campaigns. It follows that the publication of inaccurate, though authoritative, opinion survey results that go uncorrected may well lead to voters making misinformed decisions. Logically, there is a reasoned apprehension that voters will be deprived of the full exercise of their franchise. Its importance is measured by the significant influence of polls on voters and the prevalence of misleading polls. Ensuring that polls that cannot be adequately, publicly and independently evaluated as to their correctness because of insufficient time are not published clearly addresses this problem. Voters are free to cast their ballot as they see fit; however, the democratic process cares about each voter and should not tolerate the fact that, in the pooling booth, some voters would express themselves on the basis of misleading, or potentially misleading, information that is *de facto* immunized from scrutiny and criticism.

En l’espèce, le lien rationnel est évident. Les sondages d’opinion influencent de façon importante le choix des électeurs et les campagnes électorales. Il s’ensuit que la publication de résultats de sondages qui, quoiqu’ils fassent autorité, sont inexacts et ne sont pas rectifiés, peut fort bien amener les électeurs à prendre des décisions mal éclairées. Logiquement, il existe une appréhension raisonnée que certains électeurs soient privés de la possibilité d’exercer pleinement leur droit de vote. L’importance de cette appréhension se mesure à l’influence des sondages sur les électeurs et à la fréquence des sondages trompeurs. Or, le fait d’interdire la publication de sondages dont l’exactitude ne peut, par manque de temps, être évaluée de manière adéquate, publique et indépendante, vise clairement à résoudre ce problème. Les électeurs sont libres de voter comme ils l’entendent. Cependant, le processus démocratique implique chaque électeur et ne devrait pas tolérer le fait que, dans l’isoloir, certains électeurs expriment leur choix sur la foi de renseignements trompeurs ou potentiellement trompeurs, renseignements qui sont *de facto* à l’abri de tout examen ou critique.

(b) Minimal Impairment

b) L’atteinte minimale

41 In my view, there is no doubt that s. 322.1 constitutes a genuine mediation between the rights of voters to receive information in a timely fashion, and the right of pollsters and publishers freely to provide the information they want. Not only does

À mon avis, il ne fait aucun doute que l’art. 322.1 constitue un véritable compromis entre le droit des électeurs d’obtenir de l’information en temps utile et celui des sondeurs et des diffuseurs de fournir librement l’information de leur choix.

the legislation protect the rights of voters but it does so by serving one of the very purposes of freedom of expression, that is informing while allowing for political debate and discussion. As mentioned earlier, the provision also strikes a balance between two basic aspects of voters' right to information, that are, on the one hand, the availability of accessible, unrestricted, plentiful, diversified information and, on the other, the timely availability of factual information that may be misleading so as to allow for scrutiny and criticism.

In matching means to ends and asking whether rights are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck (*Irwin Toy, supra*, at p. 993). As the majority also held in *Irwin Toy*, at p. 999: "This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups." I share the respondent's view that this Court should not second-guess the wisdom of Parliament in its endeavour to draw the line between competing credible evidence, once it has been established, on the civil standard of proof, that Parliament's objective was pressing and substantial:

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

(*Irwin Toy*, at p. 993.)

Non seulement cette mesure législative protège-t-elle les droits des électeurs, mais elle le fait en servant l'un des objectifs mêmes de la liberté d'expression, celui d'informer le public tout en permettant la discussion et les débats politiques. Comme je l'ai déjà dit, cette disposition établit également un équilibre entre deux aspects fondamentaux du droit des électeurs à l'information: d'une part, la disponibilité d'une information accessible, abondante, diversifiée et non assortie de restrictions; d'autre part, l'accès en temps utile à l'information factuelle qui est susceptible d'être trompeuse, de manière à en permettre l'examen minutieux et la critique.

En comparant la fin et les moyens et en se demandant s'il a été porté atteinte le moins possible aux droits en cause, le législateur qui est appelé à arbitrer les revendications de groupes concurrents sera obligé de trouver le point d'équilibre sans certitude absolue quant à la réponse optimale (*Irwin Toy*, précité, à la p. 993). Comme ont également conclu les juges de la majorité dans cet arrêt, à la p. 999: «Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables.» Je suis d'avis comme l'intimé que notre Cour ne devrait pas mettre en doute la sagesse du Parlement dans ses efforts pour faire la part des choses à même les éléments de preuve contradictoires mais par ailleurs crédibles, une fois qu'il a été établi, suivant la norme de preuve applicable en matière civile, que l'objectif du législateur est urgent et réel:

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

(*Irwin Toy*, à la p. 993.)

43

At this stage, the question is whether there is a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that a blackout on all opinion polls during the last weekend of an election campaign and during election day impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective (*Irwin Toy*, at p. 994). Parliament is not bound to find the least intrusive nor the best means. This would be too high a standard for our elected representatives to meet. In *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160, McLachlin J. stated:

[T]he government must show that the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement. . . . [Emphasis added.]

(See also *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*, at para. 47, *per* La Forest J.)

In *Keegstra*, *supra*, Dickson C.J. also noted at pp. 784-85:

In assessing the proportionality of a legislative enactment to a valid governmental objective, however, s. 1 should not operate in every instance so as to force the government to rely upon only the mode of intervention least intrusive of a *Charter* right or freedom. It may be that a number of courses of action are available in the furtherance of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not, and is in all

À ce stade-ci la question est de savoir s'il existe, à la lumière de la preuve présentée, un fondement raisonnable permettant de conclure que l'imposition d'un embargo visant tous les sondages d'opinion durant la fin de semaine précédant le jour du scrutin et le jour du scrutin lui-même porte atteinte le moins possible à la liberté d'expression compte tenu de l'objectif urgent et réel poursuivi par le gouvernement (*Irwin Toy*, à la p. 994). Le législateur n'est pas tenu de trouver le moyen le moins attentatoire ni encore le meilleur moyen. Il s'agirait d'une norme trop élevée pour nos élus. Dans *RJR-MacDonald*, précité, au par. 160, le juge McLachlin déclare ceci:

[L]e gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d'expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif. La restriction doit être «minimale», c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif de la violation . . . [Je souligne.]

(Voir également *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, au par. 47, le juge La Forest.)

Dans *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson dit aussi, aux pp. 784 et 785:

Dans l'appréciation de la proportionnalité d'une disposition législative avec un objectif gouvernemental valable, toutefois, l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi, qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportion-

other respects proportionate to a valid s. 1 aim. [Emphasis added.]

One can conceive of alternatives to the impugned measure. In *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160, McLachlin J. stated: “if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail” (emphasis added). I conclude that these alternative measures cannot pretend to equally serve the objective of preventing the potentially distorting effect of public opinion survey results that are released late in an election campaign when there is no longer a sufficient opportunity to respond, and be as effective when compared to the measure at issue.

One of the suggested alternatives is mandatory publication of methodological information. Since poll results would be allowed to be published up until the last minute of the election campaign, it supposes that voters can, looking at that methodological information, decide for themselves if the poll was properly conducted and ascertain whether the results are reliable. Absent sufficient time for public discussion of the poll results, it is unlikely that this alternative would be of real assistance as voters may lack the requisite knowledge to properly assess the results. The publication of methodological information is useful when analysts and political parties have sufficient time to evaluate its validity.

The second proposed solution is to create a punishment for publishing false poll results. Once again, the proposal suffers from serious shortcomings. Firstly, the prohibition is unlikely to prevent voters from being misled. Despite successful prosecution, the damage to voters would already have been done. Secondly, even if one were to assume that such a prohibition, coupled with severe sanctions, would serve as a deterrent, it would only aim at intentional deception. Consequently erroneous polls whose results will not have been considered

née à un objectif légitime aux fins de l’article premier. [Je souligne.]

On peut concevoir des solutions autres que la mesure contestée. Dans *RJR-MacDonald*, précité, au par. 160, le juge McLachlin déclare que «si le gouvernement omet d’expliquer pourquoi il n’a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide» (je souligne). J’arrive à la conclusion qu’aucune de ces solutions de rechange ne saurait prétendre servir aussi bien l’objectif visé, savoir éviter l’effet potentiellement déformant de résultats de sondages publiés tard dans la campagne électorale, alors qu’il ne reste plus assez de temps pour y répliquer, et être aussi efficace que la mesure en litige.

L’une des solutions de rechange proposées est la publication obligatoire d’information sur la méthodologie utilisée. Comme la publication de résultats de sondages serait autorisée jusqu’à la toute fin de la campagne électorale, les électeurs seraient en mesure, à partir de cette information, de décider par eux-mêmes si un sondage a été établi convenablement et de déterminer si ses résultats sont fiables. En l’absence d’une période qui soit suffisamment longue pour permettre la discussion publique des résultats des sondages, il est peu probable que cette solution soit vraiment utile, car il est possible que les électeurs n’aient pas les connaissances requises pour évaluer convenablement ces résultats. La publication d’information méthodologique est utile lorsque analystes et partis politiques ont suffisamment de temps pour évaluer sa validité.

La deuxième solution proposée est de pénaliser la publication de faux résultats de sondages. Cette proposition présente elle aussi de sérieuses lacunes. Premièrement, l’interdiction n’empêcherait vraisemblablement pas les électeurs d’être induits en erreur. Même si des poursuites étaient intentées avec succès, le tort aurait déjà été causé. Deuxièmement, même dans l’hypothèse qu’une telle interdiction, assortie de peines sévères, aurait un effet dissuasif, elle ne viserait que les cas de tromperie intentionnelle. En conséquence, des son-

44

45

46

due to lack of time will still mislead voters and remain unpunished.

47 In summary, there is simply no equally effective alternative to the current short-term blackout for achieving the legislative objective.

48 What is then the scope of s. 322.1? It is claimed that s. 322.1 is overbroad in that it prohibits polls of all kinds regardless of their scientific nature or quality. I agree with the Court of Appeal's finding that the provision prohibits all opinion surveys, regardless of how informal they may be, "hamburger polls" included. The expression "hamburger polls" describes what is sometimes used as a marketing device during elections where goods are matched to political candidates or parties. The sales of each item are then claimed to reflect public sentiment. As amusing as it may sound, the expression "hamburger polls" tends to suggest a clear cut line between reliable poll results and misleading poll results. There is no such clear demarcation. To limit the ban to polls that are acceptable to the scientific community leaves out polls that, some voters may wrongly be led to believe, are representative or based on scientific methodology, and complicates enforcement of the provision. On the other hand, the information conveyed by "hamburger polls" is of such questionable nature that any infringement of *Charter* rights is minimal, at best.

49 I add that, considering the main legislative objective, I share my colleague's view that the impugned legislation does not apply to the discussion of previously released poll results. After stating two purposes for s. 322.1, namely to provide voters with a rest period and to guard them against

dages erronés, dont les résultats n'auraient pas été examinés faute de temps, continueraient d'induire en erreur les électeurs, et leur publication resterait impunie.

En résumé, il n'existe tout simplement pas de solution de rechange aussi efficace que le court embargo en vigueur actuellement pour réaliser l'objectif visé par la loi.

Quelle est donc alors la portée de l'art. 322.1? On prétend que l'art. 322.1 a une portée trop large en ce qu'il interdit la publication de tous les types de sondages, indépendamment de leur nature ou qualité scientifiques. Je souscris à la conclusion de la Cour d'appel que la disposition visée interdit tous les sondages d'opinion, si informels qu'ils soient, y compris les [TRADUCTION] «votes au hamburger» («*hamburger polls*»). Cette expression désigne un truc de marketing parfois utilisé lors de campagnes électorales et au moyen duquel on vend des biens de consommation en les associant à des partis politiques ou à des candidats. Le nombre d'articles de chaque type ainsi vendus est ensuite présenté comme le reflet de l'opinion publique. Aussi amusante qu'elle puisse paraître, l'expression «votes au hamburger» tend à indiquer l'existence d'une ligne de démarcation nette entre les résultats de sondages fiables et les résultats trompeurs. Or, une telle ligne de démarcation n'existe pas. Le fait de limiter l'application de l'interdiction aux sondages jugés acceptables par la communauté scientifique a pour effet de permettre la publication de sondages que certains électeurs pourraient à tort considérer comme représentatifs ou fondés sur une méthodologie scientifique, en plus de rendre plus difficile la mise en œuvre de la mesure. Par ailleurs, l'information communiquée par les «votes au hamburger» est à ce point douteuse que toute atteinte à des droits garantis par la *Charte* est minimale, tout au plus.

J'ajoute que, compte tenu du principal objectif de la mesure législative en cause, je suis d'avis comme mon collègue que la disposition contestée n'interdit pas l'analyse des résultats de sondages déjà publiés. Après avoir fait état de deux objectifs sous-tendant l'art. 322.1, c'est-à-dire le fait d'ac-

an inaccurate poll which occurs late in the campaign, my colleague writes, at para. 99:

Accepting these as the two objectives of s. 322.1, it is my view that any ambiguity in the words of the section should be interpreted in accordance with those purposes, rather than to frustrate them. I conclude, therefore, that Somers J. was correct in interpreting the prohibition in s. 322.1 as applying only to “new” poll results, i.e. results that are undisclosed as of midnight on the Friday before election day. Far from preventing old poll results from being mentioned, the very *raison d’être* of the section is that those old poll results should be aired and discussed in the media so that their accuracy can be fully determined in public debate.

The legislation prohibits broadcast, publication and dissemination. *Ejusdem generis*, these expressions refer only to the initial release of poll results. In comparison, French and Belgian regulations more clearly ban the publication, broadcast and commentary of the surveys.

The impugned limitation minimizes the risks of publication and dissemination of misleading poll results on or just before the crucial moment of the polling day, by allowing just enough time (72 hours approximately), from Friday prior to election day to the closing of polling stations on election day, to collect any undisclosed methodological information, assess poll results, discuss the assessment, criticize the analyses, and disseminate the results of the discussions throughout the electorate. This period is very shortlived, especially for the analysis of a cross-Canada opinion poll and the airing of the analysis, having regard to the time allotted for voting and the restriction on broadcasting and advertising on polling day and the day preceding.

The Lachapelle Study suggested 72 hours, while the Lortie Commission recommended 48. Profes-

tioner aux électeurs une période de répit et de les protéger contre la publication, tard dans les campagnes électorales, de sondages inexacts, mon collègue écrit ceci au par. 99:

Acceptant qu’il s’agit là des deux objectifs de l’art. 322.1, je suis d’avis que toute ambiguïté des mots employés dans cette disposition doit être dissipée de manière à favoriser et non à contrecarrer la réalisation de ces objectifs. En conséquence, je conclus que le juge Somers a eu raison de considérer que l’interdiction prévue à l’art. 322.1 s’applique uniquement aux résultats de «nouveaux» sondages, c’est-à-dire aux résultats qui n’ont pas encore été communiqués à minuit le vendredi qui précède le jour du scrutin. Loin d’empêcher que l’on fasse état des résultats de sondages déjà publiés, la raison d’être même de cet article est la diffusion et la discussion de ces sondages dans les médias de sorte que leur exactitude puisse être débattue pleinement en public.

La disposition en cause interdit l’annonce, la publication et la diffusion des résultats de sondages. Or, suivant la règle *ejusdem generis*, ces expressions ne visent que la communication initiale des résultats de sondages. Par comparaison, en France et en Belgique, la réglementation applicable interdit plus clairement la publication, l’annonce et le commentaire de sondages.

La restriction contestée réduit au minimum les risques de publication et de diffusion de résultats de sondages trompeurs au moment décisif, soit le jour du scrutin, ou tout juste avant celui-ci, en accordant tout juste assez de temps (environ 72 heures) — soit du vendredi précédant le jour du scrutin jusqu’à la fermeture des bureaux de scrutin le jour de l’élection — pour recueillir toute information méthodologique non divulguée, évaluer les résultats des sondages, discuter cette évaluation, critiquer les analyses et communiquer les résultats des discussions à l’électorat. Ce délai est très court, surtout pour faire l’analyse d’un sondage pancanadien et la diffuser, compte tenu du temps consacré au vote et des restrictions en matière de radiodiffusion et de publicité applicables le jour du scrutin et le jour qui le précède.

L’Étude Lachapelle proposait une période de 72 heures, alors que la Commission Lortie recomman-

sor Lachapelle submitted, at p. 157 of his study, that:

The 72-hour blackout suggested here would put print and broadcast journalists on the same footing and would respond to a long-standing grievance among broadcast journalists that they face more restrictions than their print colleagues. The legislator could envisage eliminating the 48-hour rule entirely, but such a route might jeopardize a relative consensus on the need to limit all partisan information at the end of a campaign. A supplementary 24 hours would enable citizens to exercise their moral right to reply, which would encourage public discussion, especially when it is a matter of deciding who will govern us for the next few years. Broadcasters and citizens should, therefore, draw dividends from this measure.

The 48-hour rule mentioned by Professor Lachapelle refers to s. 213(1) of the *Canada Elections Act* which provides that:

213. (1) Any person is guilty of an offence who, for the purpose of promoting or opposing a particular registered party or the election of a particular candidate, directly or indirectly,

(a) . . . the one day immediately preceding polling day or on polling day, advertises on the facilities of any broadcasting undertaking; or

(b) procures for publication or acquiesces in the publication, . . . on the one day preceding polling day or on polling day of an advertisement in a periodical publication.

In *Irwin Toy, supra*, at issue was the determination of the upper age limit for the protection of children from advertising. This Court held that the legislature was not obliged to confine itself solely to protecting the most clearly vulnerable group. It was only required to exercise reasonable judgment in specifying the vulnerable group. The Court quoted Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 781-82:

I might add that I do not believe there is any magic in the number seven as distinct from, say, five, ten, or fifteen employees as the cut-off point for eligibility for the

dait une période de 48 heures. Le professeur Lachapelle écrit, à la p. 181 de son étude:

Une période de restriction totale de soixante-douze heures ne fera que corriger une situation législative anormale qui place les radiodiffuseurs et les diffuseurs dans des catégories différentes, et répondre aux historiques demandes des journalistes des médias électroniques qui affirment être davantage réglementés que leurs collègues de la presse écrite. Le législateur pourrait envisager d'éliminer complètement la règle du quarante-huit heures, mais une telle avenue pourrait remettre en cause un certain consensus sur la nécessité de limiter l'information partisane en fin de campagne. Une période de vingt-quatre heures supplémentaires permettrait aux citoyens et citoyennes d'exercer un droit de réplique qui ne peut que favoriser la discussion publique, surtout lorsqu'il s'agit de décider qui gouvernera le pays pour les prochaines années. Diffuseurs et citoyens devraient donc retirer les dividendes de cette mesure.

La règle des 48 heures mentionnée par le professeur Lachapelle est celle prévue au par. 213(1) de la *Loi électorale du Canada*, qui se lit:

213. (1) Est coupable d'une infraction quiconque, dans le but de favoriser ou de contrecarrer, directement ou indirectement, un parti enregistré en particulier ou l'élection d'un candidat en particulier:

a) soit, [. . .] la veille du scrutin ou le jour du scrutin, fait de la publicité en utilisant les installations d'une entreprise de radiodiffusion;

b) soit, fait obtenir [. . .], la veille du scrutin ou le jour du scrutin, la publication d'une annonce dans une publication périodique, ou y consent.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, la question en litige était de déterminer jusqu'à quel âge les enfants devaient être protégés contre la publicité. Notre Cour a conclu que le législateur n'était pas tenu de se contenter de protéger uniquement le groupe le plus manifestement vulnérable. Il était seulement tenu d'exercer de façon raisonnable son jugement dans la définition du groupe vulnérable. La Cour a cité les propos du juge en chef Dickson dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 781 et 782:

J'ajouterais que je ne vois rien de magique dans le choix du chiffre sept plutôt que, disons, cinq, dix ou quinze employés comme étant le nombre limite pour

exemption. In balancing the interests of retail employees to a holiday in common with their family and friends against the s. 2(a) interests of those affected the Legislature engaged in the process envisaged by s. 1 of the *Charter*. A “reasonable limit” is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line. [Emphasis added.]

Based upon the current legislation, the reports and the studies available, Parliament reasonably determined, as it was entitled to do, that a 72-hour period was necessary to allow meaningful scrutiny of poll results during an election campaign.

Furthermore, the limitation period only affects one mode of expression: opinion poll results respecting how electors will vote at an election or respecting an election issue that would permit the identification of a political party or candidate. This mode of expression is not a primary source of information concerning relevant political facts. It mainly constitutes information as to the effect of relevant political information on potential voters. Candidates and political parties, through the media, are still allowed to disseminate their program across the electorate and to carry on their campaign, within the other limits prescribed by the *Canada Elections Act*, which are not currently at issue.

Many elements of information can factor into influencing voters: statistics, financial information, speeches, news, etc. When Parliament identifies one matter of concern, it has no absolute duty to identify and regulate each and every factor. It is entitled to determine the urgency of addressing a particular problem and the appropriate means of doing so. As La Forest J. put it for the majority in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 317-18:

être admissible à l'exemption. En évaluant les intérêts qu'ont les salariés du commerce de détail à bénéficier d'un jour commun de congé avec leurs familles et leurs amis par rapport aux droits que possèdent les personnes touchées en vertu de l'al. 2a), le législateur s'est engagé dans le processus envisagé par l'article premier de la *Charte*. Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation. [Je souligne.]

Se fondant sur la législation qui existait ainsi que sur les rapports et études disponibles, le Parlement a décidé, comme il avait le droit de le faire, qu'une période de 72 heures était nécessaire pour permettre un examen utile de l'ensemble des résultats de sondages dévoilés durant une campagne électorale.

En outre, la période d'interdiction ne touche qu'un seul mode d'expression: les résultats de sondages d'opinion sur les intentions de vote des électeurs ou sur une question électorale qui permettrait d'identifier un parti politique ou un candidat. Ce mode d'expression n'est pas une source primaire d'information sur les faits politiques pertinents. Il constitue principalement une source d'information sur l'effet de renseignements politiques pertinents sur les électeurs. Les candidats et les partis politiques, par l'entremise des médias, continuent d'être autorisés à diffuser leur programme parmi l'électorat et à poursuivre leur campagne, dans le respect des autres limites prévues par la *Loi électorale du Canada*, lesquelles ne sont pas en cause dans le présent pourvoi.

Bon nombre d'éléments d'information peuvent contribuer à influencer les électeurs: notamment les statistiques, l'information financière, les discours et les nouvelles. Lorsqu'il décèle un sujet de préoccupation, le Parlement n'a pas l'obligation absolue de relever et de régler chacun des facteurs en cause. Il a le droit de décider s'il est urgent de s'attaquer à un problème particulier et de choisir les moyens appropriés de le faire. Comme l'a dit le juge La Forest, au nom de la majorité, dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 317 et 318:

52

53

In looking at this type of issue, it is important to remember that a Legislature should not be obliged to deal with all aspects of a problem at once. It must surely be permitted to take incremental measures. . . . This Court has had occasion to advert to possibilities of this kind. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.* [[1986] 2 S.C.R. 713], Dickson C.J., there dealing with the regulation of business and industry, had this to say, at p. 772:

I might add that in regulating industry or business it is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or to constituencies that seem especially needy. In this context, I agree with the opinion expressed by the United States Supreme Court in *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), at p. 489:

Evils in the same field may be of different dimensions and proportions, requiring different remedies. Or so the legislature may think. . . . Or the reform may take one step at a time, addressing itself to the phase of the problem which seems most acute to the legislative mind. . . . The legislature may select one phase of one field and apply a remedy there, neglecting the others. [Emphasis added.]

Both the motions judge and the Court of Appeal held that inaccurate polls at the end of an election campaign constitute a reasonable concern. The respondent has not to show that this concern is more serious or is causing more harm to the electoral process or to individual voters than any other potentially misleading information. There is no such standard under the *Charter*. Holding so would have the effect of transforming the *Charter* into an impediment to social progress. As Somers J. found, studies and reports, as well as bills in the House of Commons, and legislation in other democratic countries support Parliament's reasonable finding that the concern at bar was serious.

Dans l'examen de ce genre de questions, il est important de se rappeler qu'un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois. Il doit certainement pouvoir adopter des mesures progressives. [. . .] Notre Cour a eu l'occasion de discuter de possibilités de ce genre. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.* [[1986] 2 R.C.S. 713], le juge en chef Dickson, traitant de la réglementation du commerce et de l'industrie, dit, à la p. 772:

Je pourrais ajouter qu'en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire. À cet égard, je partage l'opinion exprimée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), à la p. 489:

[TRADUCTION] Les maux que l'on trouve dans un même domaine peuvent avoir des dimensions et des proportions différentes, et exiger des redressements différents. Du moins, le législateur peut le croire. . . . Ou la réforme peut se faire étape par étape, en ne s'attaquant qu'à la phase du problème que le législateur estime la plus critique. . . . Le législateur peut sélectionner une phase dans un domaine et y apporter un redressement, tout en négligeant les autres. [Je souligne.]

Tant le juge des requêtes que la Cour d'appel ont décidé que la publication de sondages inexacts en fin de campagne électorale constituait une préoccupation raisonnable. L'intimé n'a pas à établir que cette préoccupation est plus sérieuse ou cause davantage préjudice au processus électoral ou aux électeurs que toute autre information susceptible d'induire en erreur. Il n'existe aucune norme de la sorte dans l'application de la *Charte*. Conclure ainsi aurait pour effet de faire de la *Charte* un obstacle au progrès social. Comme a conclu le juge Somers, plusieurs études et rapports, ainsi que les projets de loi déposés devant la Chambre des communes et les mesures législatives en vigueur dans d'autres pays démocratiques appuient la conclusion raisonnable du Parlement qu'il y avait là motif sérieux d'inquiétude.

⁵⁴ My colleague asserts, at paras. 112 and 113, that:

Mon collègue affirme, aux par. 112 et 113, que:

In this case, however, the social science evidence did not establish that the Canadian voter is a vulnerable group relative to pollsters and the media who publish polls. The presumption in this Court should be that the Canadian voter is a rational actor who can learn from experience and make independent judgments about the value of particular sources of electoral information. . . . However, no evidence has been presented before this Court that voters have suffered from any misapprehensions regarding the accuracy of any single poll. Indeed, the fact that polls conducted contemporaneously yield differing results, or that poll results can fluctuate dramatically over time, suggests that voters have experience with the shortcomings of some polls. . . . Voters are constantly exposed to opinion poll results throughout the election and a single inaccurate poll result is likely to be spotted and discounted appropriately.

. . . What I have said in the previous paragraph suggests, as a matter of logic, that there is reason to believe that, notwithstanding the scientific “aura” of polls, the Canadian voter is likely to be aware of a seriously inaccurate poll. Indeed, the more serious the inaccuracy, the more likely the awareness of the error. [Emphasis added.]

With respect, I must differ for two reasons. While voters may be credited with some knowledge of the reliability of poll results generally, surely it is legitimate for Parliament to provide them with an opportunity of distinguishing “poor” from “good” polls. As I mentioned earlier, it is concern as to the prevalence of the publication of “poor” polls which has prompted the legislation. An opportunity to analyse, discuss and criticize published poll results is required in all cases, be it by any individual voter or more likely by analysts and others, in sufficient time for a public airing of diverse opinions. In addition, while my colleague acknowledges the pressing and substantial legislative objective and its rational connection to the impugned measure, he apparently finds the evidence submitted by the government insufficiently specific and conclusive to justify the impairment. The effect of potentially inaccurate opinion poll results must be measured having regard to the effect of opinion poll results generally. Reasoning based on the belief that voters will show discern-

En l'espèce, toutefois, la preuve fondée sur les sciences sociales n'a pas établi que les électeurs canadiens forment un groupe vulnérable par rapport aux sondeurs et aux médias qui publient les sondages. Notre Cour doit présumer que l'électeur canadien est un être rationnel, capable de tirer des leçons de son expérience et de juger de façon indépendante de la valeur de certaines sources d'information électorale. [. . .] Toutefois, il n'a été présenté à la Cour aucun élément de preuve établissant que les électeurs ont été victimes de méprise quant à l'exactitude d'un sondage. En effet, le fait que des sondages effectués simultanément produisent des résultats différents ou que les résultats des sondages peuvent fluctuer radicalement dans le temps permet de supposer que les électeurs connaissent les imperfections des sondages. [. . .] Les électeurs sont constamment bombardés de sondages pendant toute la campagne, et il est probable qu'un sondage aux résultats inexacts sera repéré et écarté comme il se doit.

. . . Les observations que j'ai formulées au paragraphe précédent suggèrent, d'un point de vue logique, qu'il y a des raisons de croire que, malgré l'«aura» de caractère scientifique des sondages, il est probable que les électeurs canadiens se rendent compte que les résultats d'un sondage sont sérieusement inexacts. À vrai dire, plus l'inexactitude est grande, plus il y a de chances que les électeurs en soient conscients. [Je souligne.]

Avec égards, je dois exprimer mon désaccord et ce pour deux raisons. Même si on peut reconnaître aux électeurs certaines connaissances sur la fiabilité des résultats de sondages, de façon générale, il est bien sûr légitime pour le Parlement de leur donner la possibilité de distinguer les «bons» sondages des «mauvais». Comme je l'ai dit précédemment, c'est l'inquiétude découlant de la publication fréquente de «mauvais» sondages qui a incité à l'adoption de la disposition législative en cause. Dans tous les cas, il faut que les électeurs ou plus vraisemblablement les analystes et d'autres personnes intéressées aient la possibilité d'analyser, de discuter et de critiquer les résultats des sondages, et qu'ils disposent à cette fin d'un délai suffisant pour que les divers points de vue puissent être rendus publics. En outre, bien que mon collègue reconnaisse l'existence de l'objectif urgent et réel et son lien rationnel avec la mesure contestée, il juge apparemment la preuve soumise par le gouvernement insuffisamment précise et concluante pour justifier l'atteinte. L'effet de résultats de son-

ment in their reliance on polls and that only some voters are influenced does not belie nor answer the fact that the influence of polls both on the choice of voters and on the conduct of electoral campaigns is significant.

dage potentiellement inexacts doit être mesuré en tenant compte de l'effet des résultats des sondages en général. Le fait de raisonner que les électeurs vont, croit-on, faire montre de discernement avant de se fier aux sondages, et que seulement certains électeurs sont influencés par les sondages ne contredit ni ne réfute le fait que les sondages ont une influence importante sur le choix des électeurs et sur le déroulement des campagnes électorales.

55 My colleague also asserts, at para. 117:

The Canadian voter is not a historically vulnerable or disadvantaged group. Nor, as has been explained above, is the autonomy or dignity of any single group under attack from, or even facing the contrary interests of, another potentially more powerful group. Nor can it be said that there is a shared understanding amongst Canadians that a single inaccurate poll will mislead Canadians to an extent which . . . is “undue”. I am, therefore, unable to accept that the harm which the government is seeking to prevent affects a large number of voters, or that such possible distortions are significant to the conduct of an election, without more specific and conclusive evidence to that effect. [Emphasis added.]

Mon collègue affirme également ce qui suit, au par. 117:

Les électeurs canadiens ne constituent pas, historiquement, un groupe vulnérable ou défavorisé. Pas plus d'ailleurs, comme il a été expliqué précédemment, que l'autonomie ou la dignité de quelque groupe que ce soit n'est attaquée par un autre groupe potentiellement plus puissant, ni même confrontée aux intérêts opposés d'un tel groupe. En outre, il est impossible d'affirmer qu'il existe, au sein de la population canadienne, une perception commune voulant qu'un seul sondage inexact puisse tromper les Canadiens dans une mesure qui [. . .] est «indue». Je ne puis donc accepter que le préjudice que le gouvernement cherche à prévenir affecte un grand nombre d'électeurs ou que de telles déformations potentielles de la réalité ont une influence importante sur le déroulement des élections, sans disposer de preuves plus précises et concluantes à cet effet. [Je souligne.]

56 With respect, everyone is vulnerable to misinformation which cannot be verified. As I have pointed out, a multiplicity of potentially inaccurate polls offers little protection to the public. Our democracy, and its electoral process, finds its strength in the vote of each and every citizen. Each citizen, no matter how politically knowledgeable one may be, has his or her own reasons to vote for a particular candidate and the value of any of these reasons should not be undermined by misinformation.

Avec égards, chacun est vulnérable à une mauvaise information qui ne peut être vérifiée. Comme je l'ai souligné, une multiplicité de sondages potentiellement inexacts offre peu de protection au public. Notre démocratie — et son processus électoral — tire sa force du vote de chacun des citoyens. Chaque citoyen, quel que soit son degré de connaissance de la politique, a ses raisons bien à lui de voter pour un candidat donné, et la valeur de ces raisons ne doit pas être amoindrie par une mauvaise information.

57 The findings of the Lortie Commission in its Final Report (at p. 457) bear repeating:

Although the industry in general has become highly professional since public polling was introduced in Canada in 1941, the incidence of technically deficient and poorly reported polls is still substantial. In recent

Il vaut de répéter les conclusions suivantes formulées par la Commission Lortie dans son Rapport final (à la p. 475):

Bien que l'industrie du sondage en général ait atteint un haut niveau de professionnalisme depuis l'apparition des sondages d'opinion au Canada en 1941, le nombre d'enquêtes techniquement déficientes et mal présentées

elections, there have been instances of misleading polls, some because of technical errors and others because of partisan misrepresentation. There have even been allegations of fraudulent polls, where the data were said to have been fabricated to counter a poll showing the opposition in the lead. Such “bogus” polls and the more common misrepresented poll have been released to the media in many democracies. (Cantril 1991, 67; Worcester 1991, 199; Hoy 1989, 189-202) It is the willingness of the media to report such polls that makes them significant and troublesome. [Emphasis added.]

In other words, opinion poll results have a significant influence. They are subject to error, misrepresentation and open to manipulation. Elections, by their very nature, are a battleground for diverging interests, each striving for the favour of electors. Polls are one instrument in the armoury of the contestants. The intense conflicts of interest in an election are an inducement to manipulation. Parliament, acting on the conclusions of extensive studies and research after consideration over many years and in response to a broad public concern with the benefit of the background experience of its own members, has chosen to enact a modest measure of protection of voters against factual misinformation.

(c) Proportionate Effects

In *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889, Lamer C.J. rephrased the third part of the *Oakes* test of proportionality:

... there must be a proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and there must be a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures. [Emphasis in original.]

The salutary effect of s. 322.1 is to promote the right of voters not to be misled in the exercise of their right to vote. At the end of an election campaign, opinion poll results have the potential to irreparably mislead voters, particularly strategic

demeure important. Certains sondages publiés à l’occasion d’élections récentes étaient entachés d’erreurs techniques, et d’autres étaient présentés de façon partielle. On a même signalé des sondages carrément frauduleux, dont les données auraient été fabriquées de toutes pièces pour contrer un sondage plaçant l’adversaire en tête. Les médias de maints pays démocratiques ont publié de tels sondages «bidon» et, de façon plus courante, des sondages présentés de manière trompeuse (Cantril 1991, 67; Worcester 1991, 199; Hoy 1989, 189-202). En fait, ces «sondages» posent un problème dans la mesure où les médias sont prêts à les diffuser. [Je souligne.]

En d’autres mots, les résultats des sondages d’opinion ont une influence importante. Ils peuvent être l’objet d’erreurs, de fausses représentations ou de manipulation. De par leur nature même, les élections sont le champ de bataille où s’affrontent des intérêts divergents, qui luttent pour s’attirer la faveur des électeurs. Les sondages sont un instrument dans l’arsenal des concurrents. Les intenses chocs d’intérêts qui se produisent durant une élection sont autant d’incitations à la manipulation. Au terme de nombreuses années de réflexion, le Parlement, répondant à une préoccupation largement répandue dans le public, donnant suite aux conclusions de longues études et recherches et profitant de l’expérience en la matière de ses propres membres, a choisi d’édicter une mesure modeste, qui vise à protéger les électeurs contre la mauvaise information factuelle.

c) La proportionnalité des effets

Dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 889, le juge en chef Lamer a reformulé la troisième étape du volet de la proportionnalité du critère établi dans l’arrêt *Oakes*:

... il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l’objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques. [Souligné dans l’original.]

L’effet bénéfique de l’art. 322.1 est qu’il favorise le droit des électeurs de ne pas être induits en erreur lorsqu’ils exercent leur droit de vote. Les résultats de sondages d’opinion diffusés en fin de campagne électorale peuvent induire les électeurs

58

59

60

voters, because of the purportedly scientific, reliable nature of most opinion poll results. The deleterious effect of the measure is that s. 322.1 deprives some voters, who rely on polls to make their decision, of some late campaign opinion poll results. This deleterious effect is quite limited, when one considers the delay between conducting the poll and ultimately publishing its results. In fact, what is prohibited is the publication of results of polls conducted at best three days or more before polling day, as against polls conducted five or more days before polling day. And as we can see from Table 1.11 of the Lachapelle Study, *supra*, at pp. 113-15, a polling organization could take up to seven days to interview their respondents for a cross-Canada survey. This tends to detract from both the accuracy and the timeliness of the “snapshot”. As I pointed out earlier, a strategic voter cannot cast a significant vote if the information required to exercise that vote is not discussed and scrutinized in order to assess its real value. Poll results which cannot be assessed in a timely manner may actually deprive voters of the effective exercise of their franchise.

en erreur de façon irrémédiable, particulièrement ceux qui votent de manière stratégique, étant donné que la plupart des sondages se veulent scientifiques et fiables. L’effet préjudiciable de l’art. 322.1 est qu’il prive des électeurs qui se fondent sur les sondages pour prendre leur décision des résultats de certains sondages d’opinion effectués tard dans les campagnes électorales. Or, cet effet préjudiciable est très limité, si l’on tient compte du délai entre la réalisation du sondage et la publication de ses résultats. En fait, ce qui est interdit c’est la publication des résultats de sondages effectués au mieux trois ou quatre jours avant la date du scrutin, par opposition à la publication de résultats de sondages effectués au moins cinq jours avant l’élection. Comme nous pouvons le constater à la lecture du Tableau 1.11 qui figure aux pp. 130 à 132 de l’Étude Lachapelle, *op. cit.*, une maison de sondage met parfois jusqu’à sept jours pour faire les entrevues avec les répondants dans le cadre d’un sondage pancanadien. Ce fait tend à réduire l’exactitude et à l’à-propos de «l’image éclair». Comme je l’ai déjà souligné, la personne qui désire voter stratégiquement ne peut pas le faire de façon utile si l’information requise à cette fin n’est pas examinée minutieusement et discutée afin d’en évaluer la valeur réelle. Les résultats de sondages qui ne peuvent être évalués en temps utile peuvent, dans les faits, avoir pour effet d’empêcher les électeurs d’exercer leur droit de vote de façon effective.

61

As to the effects of the measure on freedom of expression, on the one hand, s. 322.1 precludes the media from publishing polls on the last weekend of the election campaign and on polling day. This ban causes minimal impairment to freedom of expression because of its very short duration and because of the lack of satisfactory alternatives available to tailor the measure to the legislative objective. On the other hand, s. 322.1 has a positive impact on freedom of expression. It promotes debate and truth in political discussion since it gives voters the opportunity to be informed about the existence of misleading factual information. The salutary effects of the measure concerning both the right to vote and freedom of expression

Pour ce qui est des effets de la mesure sur la liberté d’expression, d’une part, l’art. 322.1 empêche les médias de publier des résultats de sondages pendant le dernier week-end de la campagne électorale ainsi que le jour du scrutin. En raison de sa très courte durée et de l’absence de solutions de rechange permettant d’adapter la mesure à l’objectif de la loi, cette interdiction porte atteinte de façon minimale à la liberté d’expression. D’autre part, l’art. 322.1 a un effet positif sur la liberté d’expression. En effet, il favorise l’échange des idées et l’émergence de la vérité dans les discussions politiques puisqu’il permet aux électeurs d’être informés de l’existence de renseignements factuels trompeurs. Les effets bénéfiques qu’a la

thus outweigh the deleterious effects caused by the impugned provision.

III. Conclusion

I therefore find that s. 322.1 of the *Canada Elections Act* does not infringe the right to vote as guaranteed under s. 3 of the *Charter* and that, while it restricts freedom of expression within the meaning of s. 2(b) of the *Charter*, it constitutes a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter* and hence does not violate the *Charter*.

IV. Disposition

For the above reasons, I would answer the constitutional questions posed by Lamer C.J. as follows:

1. Does s. 322.1 of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, as amended, infringe s. 2(b) and/or s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Section 322.1 of the *Canada Elections Act* does not infringe s. 3 of the *Charter* but infringes s. 2(b) of the *Charter*.

2. If s. 322.1 of the *Canada Elections Act* infringes s. 2(b) and/or s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 322.1 a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: The infringement of s. 2(b) of the *Charter* by s. 322.1 is a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Charter*.

I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

disposition contestée à la fois sur le droit de vote et sur la liberté d'expression l'emportent donc sur ses effets préjudiciables.

III. La conclusion

Je conclus donc que l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* ne porte pas atteinte au droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte* et que, même s'il restreint la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*, il constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*, et que, de ce fait, il ne viole pas celle-ci.

IV. Le dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles énoncées par le juge en chef Lamer:

1. L'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, et ses modifications, contrevient-il à l'al. 2b) ou à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou aux deux à la fois?

Réponse: L'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada* ne porte pas atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, mais contrevient à l'al. 2b) de ce texte.

2. Si l'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada* contrevient à l'al. 2b) ou à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou aux deux à la fois, constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: L'atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* par l'art. 322.1 est une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte*.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

62

63

64

The judgment of Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache rendu par

65 BASTARACHE J. — This appeal concerns the constitutional validity of s. 322.1 of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, which prohibits the broadcasting, publication, or dissemination of opinion survey results in the final days of a federal election campaign. More specifically, the provision is challenged in light of freedom of expression and the right to vote as protected by ss. 2(b) and 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

LE JUGE BASTARACHE — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, qui interdit d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de vote au cours des derniers jours des campagnes électorales fédérales. Plus précisément, la disposition est contestée sur le fondement de la liberté d'expression et du droit de vote protégés respectivement par l'al. 2b) et l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

I. Factual Background

I. Les faits

66 The appellants Thomson Newspapers Company Limited and Southam Inc. brought an application under rule 14.05(3)(g.1) of the Ontario Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, for the following relief:

Les appelantes Thomson Newspapers Company Limited et Southam Inc. ont présenté, en application de l'al. 14.05(3)g.1) des Règles de procédure civile de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, une requête sollicitant les mesures de redressement suivantes:

(a) a declaration that s. 322.1 of the *Canada Elections Act* is of no force and effect in that it violates ss. 2(b) and 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not justified under s. 1; and

a) une déclaration portant que l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* est inopérant parce qu'il viole l'al. 2b) et l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il n'est pas justifié au sens de l'article premier;

(b) a declaration directing that no proceedings may be brought under s. 322.1 pursuant to s. 126 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, or any other statute or law.

b) une déclaration portant qu'aucune procédure pour contravention à l'art. 322.1 ne peut être engagée sur le fondement de l'art. 126 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ou de toute autre loi ou règle de droit.

67 On May 15, 1995, Somers J. of the Ontario Court (General Division) denied the appellants' application on the basis that the impugned provision, although violating freedom of expression, was nonetheless justified under s. 1 of the *Charter*. Somers J. found no violation of the right to vote. On August 19, 1996, the Ontario Court of Appeal (Catzman, Carthy and Charron JJ.A.) dismissed the appeal and agreed with Somers J. that the right to vote had not been violated and the infringement of freedom of expression was justified.

Le 15 mai 1995, le juge Somers de la Cour de l'Ontario (Division générale) a rejeté la requête des appelantes pour le motif que, même si la disposition contestée portait atteinte à la liberté d'expression, elle était néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Il a conclu à l'absence de violation du droit de vote. Le 19 août 1996, la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Catzman, Carthy et Charron) a rejeté l'appel et statué, à l'instar du juge Somers, que le droit de vote n'avait pas été violé et que l'atteinte à la liberté d'expression était justifiée.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . . .

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

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2

255. The Chief Electoral Officer shall appoint a Commissioner of Canada Elections, in this Act referred to as the “Commissioner”, whose duties, under the general supervision of the Chief Electoral Officer, shall be to ensure that the provisions of this Act are complied with and enforced.

256. (1) No prosecution for an offence under this Act or for an offence under section 126 of the *Criminal Code* in relation to anything that this Act forbids or requires to be done shall be instituted except with the prior consent in writing of the Commissioner.

322.1 No person shall broadcast, publish or disseminate the results of an opinion survey respecting how electors will vote at an election or respecting an election issue that would permit the identification of a political party or candidate from midnight the Friday before polling day until the close of all polling stations.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

126. (1) Every one who, without lawful excuse, contravenes an Act of Parliament by wilfully doing anything that it forbids or by wilfully omitting to do anything that it requires to be done is, unless a punishment is expressly provided by law, guilty of an indictable

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . . .

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

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2

255. Le directeur général des élections doit nommer un commissaire aux élections fédérales, appelé dans la présente loi le «commissaire», qui a pour fonctions, sous la surveillance générale du directeur général des élections, de veiller à ce que les dispositions de la présente loi soient respectées et appliquées.

256. (1) Le consentement écrit du commissaire aux élections fédérales doit être préalablement obtenu avant d’intenter toute poursuite pour une infraction à la présente loi ou pour une infraction prévue à l’article 126 du *Code criminel* relativement à une obligation ou une prohibition prévue à la présente loi.

322.1 Il est interdit d’annoncer, de publier ou de diffuser les résultats d’un sondage sur les intentions de vote des électeurs ou sur une question électorale qui permettrait d’identifier un parti politique ou un candidat entre minuit le vendredi qui précède le jour du scrutin et la fermeture de tous les bureaux de scrutin.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

126. (1) À moins qu’une peine ne soit expressément prévue par la loi, quiconque, sans excuse légitime, contrevient à une loi fédérale en accomplissant volontairement une chose qu’elle défend ou en omettant volontairement de faire une chose qu’elle prescrit, est coupable

offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1995), 24 O.R. (3d) 109

69

In the course of a survey of the social science evidence concerning the nature of opinion polls, Somers J. found that they have a recognized impact on the electoral choice of individual voters. Although the precise extent of this impact was difficult to characterize, he also found that there was widespread concern amongst experts, the public and participants in the electoral process about the effect of opinion polls. This concern related to the influence of polls generally, as well as to the potential influence of inaccurate polls published late in an election campaign. Somers J. observed that there was disagreement in the evidence about the overall effect of polls on elections and that no consensus existed in favour of the ban imposed by s. 322.1. He considered the polling ban to be part of a wider package of restrictions in the *Canada Elections Act* whose general purpose was to ensure fair elections.

70

With respect to the scope of s. 322.1, Somers J. concluded that the polling ban does not cover internal communications between clients and pollsters, but is directed at the dissemination of poll results to the electorate. He also excluded from the scope of s. 322.1 “hamburger polls”, namely marketing ploys used to sell consumer goods which are matched with political parties or candidates. In Somers J.’s view, these polls are clearly not statistical representations of opinion in general, and therefore, do not qualify as “opinion surveys”. Finally, Somers J. considered whether s. 322.1 prohibits discussion of all poll results including results that were published prior to the commencement of the ban. He concluded, at p. 132, that it

d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de deux ans.

III. L’historique des procédures

A. *Cour de l’Ontario (Division générale)* (1995), 24 O.R. (3d) 109

Au cours de l’examen de la preuve fondée sur les sciences sociales concernant la nature des sondages d’opinion, le juge Somers a conclu que ceux-ci ont un effet reconnu sur les choix électoraux des individus. Même si l’étendue précise de cet effet était difficile à quantifier, il a également conclu à l’existence d’une préoccupation répandue au sein des experts, du public en général et des participants au processus électoral quant à l’effet des sondages d’opinion. Cette préoccupation concernait l’influence des sondages de façon générale ainsi que l’influence potentielle de sondages inexacts publiés tard dans les campagnes électorales. Le juge Somers a souligné que la preuve révélait l’existence d’un désaccord relativement à l’effet général des sondages sur les élections, et qu’il ne se dégageait aucun consensus en faveur de l’interdiction prévue à l’art. 322.1. Il a estimé que les restrictions touchant les sondages font partie d’un ensemble plus vaste de restrictions établies par la *Loi électorale du Canada* et dont l’objectif général est d’assurer l’équité du processus électoral.

Au sujet du champ d’application de l’art. 322.1, le juge Somers a conclu que l’interdiction frappant la publication des résultats des sondages ne vise pas les communications internes entre clients et sondeurs, mais plutôt la diffusion à l’électorat des résultats de ces sondages. Il a également exclu du champ d’application de l’art. 322.1 les [TRADUCTION] «votes au hamburger» («*hamburger polls*»), c’est-à-dire des trucs de marketing qui sont utilisés pour vendre des biens de consommation en les associant à des partis politiques ou à des candidats. De l’avis du juge Somers, ces enquêtes ne donnent manifestement pas une représentation statistique de l’opinion des électeurs en général et, de ce fait, ne peuvent pas être assimilées à des «sondages». Enfin, le juge Somers s’est demandé si l’art. 322.1 interdit l’analyse des résultats de tous les sondages,

would be absurd to prohibit discussion of these earlier polls:

One of the purposes of the legislation is to provide a response time to those who consider themselves victims of misleading polls. One of the most effective ways of responding is to refer to previous polls and show how the new poll is inconsistent with or less accurate than earlier polls. If such discussion of earlier polls is barred then the right to full response contemplated by Parliament is seriously weakened.

On the constitutional issues, Somers J. found, as the respondent conceded, that s. 322.1 infringed s. 2(b) of the *Charter*. Moreover, with regard to the type of expression at stake, Somers J. stated, at p. 135, that “even if polling is not, properly speaking, the political or partisan expression that is deemed most deserving of protection, it is by its very subject matter close to the core of s. 2(b)”. The right to vote contained in s. 3 of the *Charter* was found not to have been infringed. Somers J. wrote, at p. 137:

While the right to information gives substance to the right to vote, it remains ancillary to it. This means that under s. 3, the constitutional question is not directly whether the “right to information” was breached but whether a restriction placed on information has diminished or undermined the right to vote in a genuine election.

On the facts of this case, Somers J. concluded that the 72-hour polling ban was sufficiently short that it did not vitiate or truly undermine strategic voting based on poll results.

Somers J. found that s. 322.1 is a justifiable limit on freedom of expression under s. 1 of the *Charter*. He observed, at p. 142, that “even if

y compris ceux publiés avant le début de la période d’interdiction. Concluant, à la p. 132, qu’il serait absurde d’interdire l’analyse de sondages déjà réalisés, il a dit ceci:

[TRADUCTION] L’un des objectifs de la loi est d’accorder un temps de réplique aux personnes qui s’estiment victimes de sondages trompeurs. L’un des moyens de réplique les plus efficaces est de faire état de sondages antérieurs et de montrer en quoi le nouveau sondage est incompatible avec les précédents ou moins précis qu’eux. Si l’analyse des sondages antérieurs est interdite, alors le droit de réplique envisagé par le législateur est sérieusement affaibli.

En ce qui concerne les questions constitutionnelles, le juge Somers a statué — tout comme a concédé l’intimé — que l’art. 322.1 portait atteinte à l’al. 2b) de la *Charte*. En outre, pour ce qui est du type d’expression en cause, le juge Somers a déclaré, à la p. 135 que, [TRADUCTION] «même si le sondage n’est pas, à strictement parler, la forme d’expression politique ou partisane considérée la plus digne de protection, cette activité est néanmoins, de par son objet même, étroitement rattachée aux valeurs fondamentales protégées à l’al. 2b)». Il a été jugé que le droit de vote prévu à l’art. 3 de la *Charte* n’avait pas été violé. Le juge Somers a dit ce qui suit, à la p. 137:

[TRADUCTION] Même si le droit à l’information donne corps au droit de vote, il lui demeure néanmoins accessoire. Cela signifie que la question constitutionnelle que soulève l’art. 3 ne consiste pas directement à se demander si le «droit à l’information» a été violé, mais plutôt si la restriction de l’information a eu pour effet de limiter ou de compromettre le droit de voter dans une élection honnête.

À la lumière des faits de l’espèce, le juge Somers a conclu que la période de 72 heures pendant laquelle il est interdit de publier les résultats des sondages n’est pas assez longue pour gêner ou véritablement compromettre l’exercice du vote stratégique sur la foi des résultats en question.

Le juge Somers a statué que l’art. 322.1 est une limite justifiable apportée à la liberté d’expression au sens de l’article premier de la *Charte*. Il a sou-

71

72

social science evidence is found to be inconclusive, it is still possible to ground a pressing objective on evidence of extended public debate of an issue or by looking at the actions of other democracies". The widespread concern about the effects of polls and the presence of polling bans in other democratic countries was, in Somers J.'s view, strong evidence of a pressing objective. A rational connection between the publication of polls and harm to the electoral process was also found. Parliament was said to have a "reasoned apprehension of harm" in the present case, following the test applied in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452. In Somers J.'s opinion, this apprehension of harm was based on: (a) the sheer prevalence of poll results; (b) the public's awareness of poll results; (c) the failure to publish methodological information along with poll results; and (d) the potentially undue impact of polls published late in an election campaign. Further, Somers J. found that s. 322.1 minimally impairs freedom of expression and that alternative means — such as the mandatory publication of methodological information or measures designed to deter false polls — would be less effective. He added that these alternative measures would fail to adequately further one of Parliament's objectives: to give the voter a period of rest and reflection prior to the vote. Finally, Somers J. indicated that the present case is similar to the situation in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, where Parliament had to balance the claims of competing groups and evaluate uncertain social science evidence. In Somers J.'s view, Parliament should be accorded a wide margin of flexibility in legislating in this area. The application was therefore dismissed with costs.

ligné, à la p. 142, que [TRADUCTION] «même si la preuve fondée sur les sciences sociales est jugée non concluante, il demeure possible d'étayer l'existence d'un objectif urgent en prouvant qu'une question fait l'objet d'un large débat public ou en examinant les mesures prises dans d'autres démocraties». L'existence d'une préoccupation répandue en ce qui concerne les effets des sondages ainsi que les interdictions de publication frappant ceux-ci dans d'autres pays démocratiques constituait, de l'avis du juge Somers, une preuve solide de l'existence d'un objectif urgent. Il a aussi conclu à l'existence d'un lien rationnel entre la publication des sondages et un préjudice causé au processus électoral. Il a affirmé que le législateur fédéral avait, dans le présent cas, une «appréhension raisonnée du préjudice», suivant le critère appliqué dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452. De l'avis du juge Somers, cette appréhension se fondait sur les éléments suivants: a) le simple fait de l'omniprésence des sondages; b) la connaissance par le public des résultats de ces sondages; c) l'omission de publier avec les sondages de l'information sur la méthodologie utilisée; d) l'effet potentiellement indu de la publication de sondages tard dans les campagnes électorales. En outre, le juge Somers a conclu que l'art. 322.1 constitue une atteinte minimale à la liberté d'expression et que les solutions de rechange proposées — par exemple la publication obligatoire de données sur la méthodologie utilisée ou des mesures visant à dissuader la publication de faux sondages — seraient moins efficaces. Il a précisé que ces solutions de rechange ne permettraient pas de favoriser adéquatement un des objectifs poursuivis par le législateur, savoir celui d'accorder aux électeurs une période de répit et de réflexion avant la tenue du scrutin. Enfin, le juge Somers a indiqué que le présent cas était assimilable à la situation en cause dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, où le législateur devait soupeser les droits de groupes ayant des intérêts opposés et évaluer des éléments de preuve incertains fondés sur les sciences sociales. Le juge Somers a dit être d'avis qu'il faut accorder au législateur une grande marge de manœuvre afin de légiférer sur ce domaine. La requête a donc été rejetée avec dépens.

B. *Ontario Court of Appeal* (1996), 30 O.R. (3d) 350

The Court of Appeal disagreed with Somers J. regarding the ambit of s. 322.1. It held that the phrase “opinion surveys” should be read broadly to include not only scientific surveys, but also phone-in or mail-in polls, and even less scientific methods of gathering information, such as exit and “hamburger” polls. The Court of Appeal also disagreed with Somers J.’s conclusion that the prohibition in s. 322.1 is limited to new survey results. In the Court of Appeal’s view, s. 322.1 applies to publication or discussion of all opinion survey results, whether in the public domain prior to the commencement of the ban or not. There was agreement, however, with Somers J.’s view that internal or private communications are not caught by s. 322.1.

On the constitutional issues, the Court of Appeal was in substantial agreement with the analysis of Somers J. As to the character of the harm addressed by the publication ban, the Court of Appeal described the purpose somewhat more narrowly, at p. 353:

There is, however, no empirical evidence as to the extent or nature of the influence of opinion polls upon the voter, nor can it be said with certainty that the impact of opinion polls is undue. The real concern is that when opinion surveys are published as bare results, without methodological information, they have the potential to be deceiving, and even with such information they may require a response to explain their true significance.

The court found, at p. 359:

It is surely a substantial and pressing objective to respond to widespread perceptions that opinion surveys can be distorting and that response time is needed to avoid that danger, all in aid of creating a level playing

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (1997), 30 O.R. (3d) 350

La Cour d’appel a exprimé son désaccord avec le juge Somers relativement au champ d’application de l’art. 322.1. Elle a statué qu’il faut interpréter de manière large l’expression «sondages» et considérer qu’elle vise non seulement les sondages scientifiques, mais aussi les sondages téléphoniques ou postaux, et même les méthodes de cueillette d’information encore moins scientifiques, tels les sondages effectués à la sortie des bureaux de scrutin et les «votes au hamburger». La Cour d’appel a également exprimé son désaccord avec la conclusion du juge Somers selon laquelle l’interdiction prévue à l’art. 322.1 se limite aux résultats de nouveaux sondages. De l’avis de la Cour d’appel, cette disposition s’applique aux résultats de tous les sondages, qu’ils soient ou non dans le domaine public avant l’entrée en vigueur de l’interdiction. Elle a toutefois souscrit à l’opinion du juge Somers que les communications internes ou privées échappent à l’application de l’art. 322.1.

Pour ce qui est des questions constitutionnelles, la Cour d’appel a été d’accord dans l’ensemble avec l’analyse du juge Somers. Quant à la nature du préjudice visé par l’interdiction de publication, la Cour d’appel a décrit l’objet de cette mesure de façon relativement plus étroite, à la p. 353:

[TRADUCTION] Il n’existe cependant aucune preuve empirique concernant l’étendue ou la nature de l’influence qu’exercent sur les électeurs les sondages d’opinion, et il n’est pas non plus possible d’affirmer avec certitude que ces sondages ont un effet indu. La véritable inquiétude est le fait que, lorsque les sondages publiés ne font état que des résultats bruts, sans aucune donnée sur la méthodologie utilisée, ils peuvent induire en erreur, et que même lorsque de telles données sont fournies, une réplique peut être nécessaire pour expliquer leur sens véritable.

La Cour d’appel a tiré la conclusion suivante, à la p. 359:

[TRADUCTION] Constitue certes un objectif urgent et réel le fait de tenir compte de la perception répandue que les sondages d’opinion peuvent déformer la réalité et qu’un temps de réplique est nécessaire pour parer à ce danger,

73

74

75

field at that critical point in the electoral process when the candidates are about to be selected.

76 The Court of Appeal also agreed with Somers J. that the ban on opinion survey results does not violate the right to vote under s. 3 of the *Charter*. The court held, at p. 358:

We accept that, as a general principle, the right to cast an informed ballot carries with it the right to information necessary to permit electors to vote rationally and in an informed manner. . . . The right to cast an informed ballot does not, in our view, elevate the provision of a snapshot of the mood of the electorate at a particular time to the level of a constitutional entitlement during the last three days of an election campaign.

77 The Court of Appeal found the infringement of the freedom of expression to be justified under s. 1 of the *Charter*. The court stated, at p. 360:

There was serious controversy on a social scientific subject as to the effect of polls upon the electorate, combined with the manifest fact that the publication of bare results does not tell the whole story and thus may well be misleading. This constitutes a reasonable apprehension of harm and the rational connection is then further exhibited by directing the legislation to the final three days of the election.

Even the broader interpretation of s. 322.1 favoured by the Court of Appeal was found to pass the minimal impairment analysis. In the result, the appeal was dismissed with costs.

IV. Issues

78 The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on March 27, 1997:

1. Does s. 322.1 of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, as amended, infringe s. 2(b) and/or s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 322.1 of the *Canada Elections Act* infringes s. 2(b) and/or s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 322.1 a reasonable limit pre-

tout cela afin de favoriser l'égalité des chances à cette étape cruciale du processus électoral où on est sur le point de choisir parmi les divers candidats.

La Cour d'appel a également convenu avec le juge Somers que l'interdiction frappant les résultats de sondages ne viole pas le droit de vote conféré par l'art. 3 de la *Charte*. Elle a statué ainsi, à la p. 358:

[TRADUCTION] Nous acceptons, en tant que principe général, que le droit des électeurs de voter de façon éclairée emporte celui d'obtenir l'information nécessaire pour leur permettre de le faire de manière rationnelle et éclairée. [. . .] Selon nous, le droit de voter de façon éclairée n'a pas pour effet d'ériger en garantie constitutionnelle la fourniture, au cours des trois derniers jours d'une campagne électorale, d'une image ponctuelle de l'humeur de l'électorat à un moment particulier.

La Cour d'appel a conclu que la violation de la liberté d'expression était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Elle a déclaré ce qui suit, à la p. 360:

[TRADUCTION] Il existait une sérieuse controverse sur un sujet touchant les sciences sociales, soit l'effet des sondages sur l'électorat, conjuguée au fait manifeste que la publication de données brutes ne brosse pas un tableau complet de la situation et peut donc fort bien induire en erreur. Cela constitue une appréhension raisonnable de préjudice, et l'existence d'un lien rationnel ressort en outre du fait que la disposition vise les trois derniers jours de la campagne électorale.

Même l'interprétation plus large de l'art. 322.1 favorisée par la Cour d'appel a été jugée acceptable suivant l'analyse de l'atteinte minimale. En conséquence l'appel a été rejeté avec dépens.

IV. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été énoncées par le Juge en chef le 27 mars 1997:

1. L'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, et ses modifications, contrevient-il à l'al. 2b) ou à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou aux deux à la fois?
2. Si l'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada* contrevient à l'al. 2b) ou à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou aux deux à la fois,

scribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. The Right to Vote

I find it necessary, at the outset of my analysis on the right to vote, to distinguish between the two *Charter* rights at issue in the present case. It is significant, for instance, that s. 3 of the *Charter*, which guarantees the citizen's right to vote, is not subject to override under s. 33 of the *Charter*. This means that a statutory provision which violates s. 3, and is not saved by s. 1, cannot be insulated from *Charter* review by Parliament or a provincial legislature. By contrast, s. 2(b) of the *Charter*, which protects free expression, is subject to override under s. 33. Even though the override power is rarely invoked, the fact that s. 3 is immune from such power clearly places it at the heart of our constitutional democracy.

Moreover, in cases where freedom of expression and the right to vote may overlap or come into conflict, it is necessary to find an appropriate balance between both sets of rights. Support for this conclusion may be found in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. In that decision, this Court considered the balance to be achieved between the right to a fair trial and freedom of expression, in the context of publication bans. Lamer C.J. wrote for the majority, at p. 877:

A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict, as can occur in the case of publication bans, *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Le droit de vote

J'estime nécessaire, en commençant l'analyse du droit de vote, d'établir une distinction entre les deux droits garantis par la *Charte* qui sont en jeu dans le présent cas. Par exemple, il est significatif que l'art. 3 de la *Charte*, qui garantit le droit de vote des citoyens, ne puisse faire l'objet d'une dérogation fondée sur l'art. 33 de la *Charte*. Il s'ensuit que ni le Parlement ni les législatures provinciales ne peuvent soustraire à un examen fondé sur la *Charte* une disposition législative qui viole l'art. 3 et dont la validité n'est pas sauvegardée par l'article premier. À l'opposé, il est possible, en vertu de l'art. 33, de déroger à l'al. 2b) de la *Charte*, qui garantit la liberté d'expression. Même si ce pouvoir de dérogation est rarement invoqué, le fait que l'art. 3 soit soustrait à son application fait clairement de cette disposition un des éléments centraux de notre démocratie constitutionnelle.

Qui plus est, dans les cas où il y a soit chevauchement de la liberté d'expression et du droit de vote soit conflit entre ces droits, il est nécessaire d'établir un équilibre approprié entre ces deux catégories de droits. Cette conclusion trouve appui dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Dans cet arrêt, notre Cour s'est interrogée, dans le contexte d'interdictions de publication, sur l'équilibre qui doit être établi entre le droit à un procès équitable et la liberté d'expression. Le juge en chef Lamer a dit ceci, au nom de la majorité, à la p. 877:

Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

79

80

In my view, these comments are equally applicable where the right to vote overlaps with the right to free expression. Each right is distinct and must be given effect.

81 It is noteworthy, as well, that the scope of s. 2(b), unlike the scope of s. 3, has been well canvassed by this Court. Most recently, the broad interpretation of the scope of s. 2(b) was affirmed in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569. There, the Court wrote, at para. 31: “Unless the expression is communicated in a manner that excludes the protection, such as violence, the Court recognizes that any activity or communication that conveys or attempts to convey meaning is covered by the guarantee of s. 2(b) of the Canadian Charter”.

82 Turning to s. 3, this Court has only dealt with the scope of the right to vote in limited contexts, namely electoral boundaries, the disqualification of inmates from voting, and voting in a referendum; see *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438; and *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995. This Court has not addressed the scope of s. 3 in the context of access to information during an election. In my view, it is not necessary to decide on the informational content of s. 3 in the context of this case. The purpose of s. 3 was stated clearly by McLachlin J. in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, *supra*, at p. 183, as the “right to ‘effective representation’”; see also *Haig*, *supra*, at p. 1031. Accordingly, to constitute an infringement of the right to vote, a restriction on information would have to undermine the guarantee of effective representation.

83 This position accords with the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Commission of Human Rights. Article 3 of the First Protocol to the European *Convention for the Protection of Human Rights and Funda-*

À mon avis, ces observations sont également applicables en cas de chevauchement du droit de vote et du droit à la liberté d’expression. Chacun de ces droits est un droit distinct et il faut lui donner effet.

De plus, il convient de signaler que le champ d’application de l’al. 2b), contrairement à celui de l’art. 3, a été examiné de manière approfondie par notre Cour. Tout récemment, l’interprétation large du champ d’application de l’al. 2b) a été confirmée dans *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569. Notre Cour y a dit ceci, au par. 31: «À moins que l’expression ne soit communiquée d’une manière qui exclut la protection, telle la violence, la Cour reconnaît que toute activité ou communication qui transmet ou tente de transmettre un message est comprise dans la garantie de l’al. 2b) de la Charte canadienne».

En ce qui concerne l’art. 3, la Cour ne s’est penchée sur la portée du droit de vote que dans des contextes limités, c’est-à-dire les circonscriptions électorales, l’inhabilité des détenus à voter et l’exercice du droit de vote dans le cadre d’un référendum; voir *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438; et *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995. Notre Cour n’a pas été appelée à examiner le champ d’application de l’art. 3 dans le contexte de l’accès à l’information pendant une campagne électorale. À mon avis, il n’est pas nécessaire, dans le cadre du présent pourvoi, de statuer sur l’aspect informationnel de l’art. 3. Dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, précité, à la p. 183, le juge McLachlin a clairement énoncé l’objet de cette disposition comme étant le «droit à une “représentation effective”»; voir également l’arrêt *Haig*, précité, à la p. 1031. Par conséquent, pour qu’il y ait violation du droit de vote, la limitation de l’information doit compromettre la garantie d’une représentation effective.

Ce point de vue est compatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et celle de la Commission européenne des droits de l’homme. Aux termes de l’art. 3 du Premier protocole à la *Convention de sauvegarde*

mental Freedoms, March 20, 1952, Europ. T.S. No. 9, provides that parties to the Convention “undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature”. The European Court has held that this provision guarantees the right to vote; see Eur. Court H.R., *Mathieu-Mohin and Clerfayt* case, judgment of 2 March 1987, Series A No. 113. However, neither the European Court nor the European Commission has equated the right to vote with a right to information *per se*. Rather, in *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, *supra*, the European Court equated the right to vote with the right to participate in the electoral process. This same principle was applied by the European Commission in *Bowman v. United Kingdom* (1996), 22 E.H.R.R. C.D. 13. In that case, the Commission considered legislation that restricted “single-issue” campaigning by individuals other than the electoral candidates. The applicant, who had been charged for distributing leaflets outlining the views of three electoral candidates on abortion, complained that her right to free expression had been violated. The Commission agreed and held that there was an unjustified violation of freedom of expression. With regard to the applicant’s right to vote, the Commission wrote, at p. CD18:

The Commission has had regard to whether the expression of opinion or information on “single issues” addressed by individuals or groups with strongly-held views may operate in particular constituencies so as to “distort” election results. It has previously considered in the context of Article 3 of the First Protocol . . . that one of the legitimate objectives of national electoral systems is to channel currents of thought so as to promote the emergence of a sufficiently clear and coherent political will. . . . The Government has not, however, produced any argument to the effect that “single issue” campaigning of the kind illustrated in the applicant’s case would distract voters from the political platforms which are the basis of national party campaigns to such a degree as would hinder the electoral process. [Emphasis added.]

des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 20 mars 1952, S.T. Europ. n° 9, les parties à la Convention «s’engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l’opinion du peuple sur le choix du corps législatif». La Cour européenne a statué que cette disposition garantissait le droit de vote; voir Cour eur. D.H., affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113. Cependant, ni la Cour européenne ni la Commission européenne n’ont assimilé le droit de vote au droit à l’information en soi. Au contraire, dans l’affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précitée, la Cour européenne a assimilé le droit de vote au droit de participer au processus électoral. Le même principe a été appliqué par la Commission européenne dans la décision *Bowman c. United Kingdom* (1996), 22 E.H.R.R. C.D. 13. Dans cette affaire, la Commission a examiné une mesure législative qui limitait le droit des individus qui n’étaient pas candidats aux élections de faire campagne sur une «question unique». La demanderesse, qui avait été accusée d’avoir distribué des feuillets exposant la position de trois candidats sur la question de l’avortement, a prétendu que son droit à la liberté d’expression avait été violé. La Commission lui a donné raison et a conclu qu’il y avait eu atteinte injustifiée à la liberté d’expression. Voici ce qu’elle a dit au sujet du droit de vote de la demanderesse, à la p. CD18:

[TRADUCTION] La Commission s’est demandé si le fait que des particuliers ou des groupes aux idées bien arrêtées expriment une opinion ou donnent de l’information sur une «question unique» peut avoir pour effet de «fausser» le résultat du scrutin dans certaines circonscriptions. La Commission a déjà jugé, dans le contexte de l’article 3 du Premier protocole, [. . .] qu’un des objectifs légitimes d’un système électoral national est de canaliser les courants de pensée de façon à promouvoir l’émergence d’une volonté politique suffisamment claire et cohérente [. . .] Le gouvernement n’a cependant pas présenté d’arguments établissant que le fait de faire campagne sur une «question unique», campagne du genre de celle menée par la demanderesse, est de nature à distraire les électeurs des programmes électoraux sur lesquels sont fondées les campagnes des partis nationaux au point d’entraver le processus électoral. [Je souligne.]

84 In the present instance, it was argued that the partial ban on election polls hinders the electoral process because some of the voters are deprived of information relevant to the exercise of their right to vote. The Court of Appeal considered, at p. 358, that s. 3 only guarantees access to information “necessary to permit electors to vote rationally and in an informed manner”, and that poll results did not fall into that category. My conclusion that s. 322.1 is an unjustified limit on free expression makes it unnecessary to deal with this issue. I prefer to leave the issue aside mostly because the evidence with regard to the relationship between the kind of information banned and the integrity of the election process is too sparse.

VI. Freedom of Expression

A. *Section 2(b) of the Charter*

85 Before this Court, the respondent conceded, as it did in the courts below, that there was a *prima facie* infringement of freedom of expression. This concession was well-founded. Section 322.1 clearly infringes on the guarantee in s. 2(b) of the *Charter*, in accordance with the test set out in *Irwin Toy, supra*. First, there can be no doubt that the publication of polling information, and more specifically opinion survey results, is an activity that conveys meaning and, therefore, falls within the ambit of s. 2(b). Second, s. 322.1 restricts freedom of expression by prohibiting the broadcasting, publication or dissemination of opinion survey results during the final three days of an election campaign. The freedom of expression is clearly infringed by this ban.

86 Before turning to the justification analysis under s. 1 of the *Charter*, I pause to note that, in addition to polling, there are various other activities subject to restriction during a federal election. These restrictions, as set out in the *Canada Elections Act*, include limits on spending and controls on advertising. In my view, it is impossible to make any

Dans la présente affaire, on a prétendu que l’interdiction partielle de publier les résultats de sondages sur les intentions de vote constitue une entrave au processus électoral, car certains électeurs sont privés d’information pertinente à l’exercice de leur droit de vote. La Cour d’appel a conclu, à la p. 358, que l’art. 3 ne garantit l’accès qu’à l’information [TRADUCTION] «nécessaire pour [. . .] permettre [aux électeurs] de [voter] d’une manière rationnelle et éclairée» et que cette information n’inclut pas les résultats des sondages. Ma conclusion selon laquelle l’art. 322.1 constitue une limite injustifiée de la liberté d’expression rend inutile l’examen de cette question. Je préfère la laisser de côté, principalement parce que la preuve relative au lien existant entre le type d’information visé par l’interdiction et l’intégrité du processus électoral est trop limitée.

VI. La liberté d’expression

A. *L’alinéa 2b) de la Charte*

L’intimé a reconnu, tant devant notre Cour que devant les juridictions inférieures, qu’il y avait atteinte *prima facie* à la liberté d’expression. Cette concession était bien fondée. En effet, l’art. 322.1 porte manifestement atteinte à la garantie prévue par l’al. 2b) de la *Charte*, selon le critère dégagé dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité. Premièrement, il ne fait aucun doute que la publication d’information touchant les sondages, et plus précisément les résultats de ceux-ci, est une activité qui transmet un message et qui, par conséquent, entre dans le champ d’application de l’al. 2b). Deuxièmement, l’art. 322.1 limite la liberté d’expression en interdisant d’annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de vote au cours des trois derniers jours de la campagne électorale. La liberté d’expression est nettement violée par cette interdiction.

Avant de passer à l’analyse de la justification conformément à l’article premier de la *Charte*, je tiens à signaler que, outre les sondages, diverses autres activités font l’objet de restrictions au cours des campagnes électorales fédérales. Ces restrictions, prévues par la *Loi électorale du Canada*, sont notamment les limites visant les dépenses et

generalizations regarding the scope or constitutional validity of these provisions. Each type of restriction, including s. 322.1, must be considered in its own context. Although Somers J. noted that the partial ban on polling is part of a larger package of restrictions, there is no justification for finding that all restrictions must be considered globally. Each restriction is adopted to address a particular set of circumstances and it is in that light that each one must be analysed.

B. *Justification Under Section 1 of the Charter*

1. Contextual Factors

The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

Characterizing the context of the impugned provision is also important in order to determine the type of proof which a court can demand of the legislator to justify its measures under s. 1. This question is suitably addressed at the outset because it affects the entirety of the s. 1 analysis, and because of the nature of the evidence in this case. In discussing whether a ban on advertising aimed at children minimally impaired the freedom of

les mesures de contrôle visant la publicité. Il est selon moi impossible de généraliser en ce qui concerne le champ d'application ou la validité constitutionnelle de ces dispositions. Chaque restriction, y compris celle prévue à l'art. 322.1, doit être examinée suivant le contexte qui lui est propre. Même si le juge Somers a souligné que l'interdiction partielle visant les sondages s'inscrit dans un ensemble plus vaste de restrictions, rien ne justifie de conclure que toutes les restrictions doivent être considérées globalement. Chacune vise une situation particulière et c'est sous cet éclairage qu'elle doit être analysée.

B. *La justification conformément à l'article premier de la Charte*

1. Les facteurs contextuels

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

Il importe également de qualifier le contexte de la disposition contestée pour déterminer le type de preuve que le tribunal peut demander au législateur d'apporter pour justifier ses mesures au regard de l'article premier. Il convient de régler cette question dès le départ, d'une part parce qu'elle a une incidence sur l'ensemble de l'analyse fondée sur l'article premier, et, d'autre part, en raison de la nature de la preuve dans le cas qui nous occupe. Examinant la question de savoir si l'interdiction visant la publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression, le

87

88

expression, Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. observed in *Irwin Toy, supra*, at pp. 993-94:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. . . . Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. . . .

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

In the instant case, the Court is called upon to assess competing social science evidence respecting the appropriate means for addressing the problem of children's advertising. The question is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the ban on all advertising directed at children impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective. [Emphasis added.]

In *Butler, supra*, Sopinka J. found the social science evidence relating pornography to violence or other harms directed at women by men to be inconclusive. Nonetheless, he found that there was a rational connection between the impugned provision and the measures adopted by the legislature (at pp. 502 and 504):

While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs.

I am in agreement with . . . the view that Parliament was entitled to have a "reasoned apprehension of harm" resulting from the desensitization of individuals exposed to materials which depict violence, cruelty, and dehumanization in sexual relations. [Emphasis added.]

juge en chef Dickson a fait les observations suivantes dans *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994:

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

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

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement. [Je souligne.]

Dans *Butler*, précité, le juge Sopinka a déclaré non concluante la preuve fondée sur les sciences sociales qui faisait un lien entre la pornographie et la violence et d'autres torts faits aux femmes par les hommes. Néanmoins, il a conclu à l'existence d'un lien rationnel entre la disposition attaquée et les mesures adoptées par le législateur (aux pp. 502 et 504):

Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance.

Je suis d'accord avec [. . .] [l']avis que le Parlement avait le droit d'avoir [TRADUCTION] «une appréhension raisonnée du préjudice» résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation. [Je souligne.]

In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, McLachlin J. addressed more explicitly the relationship between the standard of proof required under s. 1 and the nature of the problem which Parliament was seeking to remedy. That case involved the application of s. 2(b) to certain restraints on tobacco advertising and promotion which had been adopted by Parliament. After noting that the distinction described in *Irwin Toy* between the government as social mediator and the government as singular antagonist “may not always be easy to apply”, she observed, at para. 135:

This said, I accept that the situation which the law is attempting to redress may affect the degree of deference which the court should accord to Parliament’s choice. The difficulty of devising legislative solutions to social problems which may be only incompletely understood may also affect the degree of deference that the courts accord to Parliament or the Legislature.

She emphasized, however, that this does not diminish the usual standard of proof required under s. 1, simply that that standard might be satisfied in different ways depending on the nature of the legislative objective (at para. 137):

As the s. 1 jurisprudence has established, the civil standard of proof on a balance of probabilities at all stages of the proportionality analysis is more appropriate: *Oakes, supra*, at p. 137; *Irwin Toy, supra*, at p. 992. . . . Discharge of the civil standard does not require scientific demonstration; the balance of probabilities may be established by the application of common sense to what is known, even though what is known may be deficient from a scientific point of view; see *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311. [Emphasis added.]

McLachlin J. applied this test under the rational connection stage of the proportionality analysis based on the following characterization (at para. 154):

Where, however, legislation is directed at changing human behaviour, as in the case of the *Tobacco Products Control Act*, the causal relationship may not be sci-

Dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, le juge McLachlin a traité plus explicitement du rapport entre la norme de preuve applicable dans le cadre de l’article premier et la nature du problème que le législateur cherchait à régler. L’affaire concernait l’application de l’al. 2b) à certaines restrictions adoptées par le Parlement en matière de publicité et de promotion des produits du tabac. Après avoir souligné que la distinction faite dans l’arrêt *Irwin Toy* entre le rôle du gouvernement en tant qu’arbitre dans la société et celui d’adversaire singulier «pourrai[t] ne pas être toujours facil[e] d’application», elle a fait observer ceci, au par. 135:

Cela dit, je reconnais que le problème auquel la loi tente de remédier risque d’avoir une incidence sur le degré de respect dont le tribunal devrait faire preuve à l’égard du choix du Parlement. De même, la difficulté de concevoir des solutions législatives à des problèmes sociaux qui pourraient bien n’être que partiellement compris peut aussi avoir une incidence sur le degré de respect dont les tribunaux feront preuve envers le législateur fédéral ou provincial.

Elle a toutefois souligné que cela n’avait pas pour effet d’abaisser la norme de preuve appliquée habituellement dans le cadre de l’article premier, mais tout simplement d’indiquer qu’il est possible d’y satisfaire par des moyens différents compte tenu de la nature de l’objectif visé par la loi (au par. 137):

Comme l’établit la jurisprudence relative à l’article premier, la norme de preuve qui convient, à toutes les étapes de l’analyse de la proportionnalité, est celle qui s’applique en matière civile, c’est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités: *Oakes*, précité, à la p. 137; *Irwin Toy*, précité, à la p. 992. [. . .] Pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile, on n’a pas à faire une démonstration scientifique; la prépondérance des probabilités s’établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique; voir l’arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311. [Je souligne.]

Le juge McLachlin a appliqué ce critère à l’étape de l’examen du lien rationnel, dans le cadre de l’analyse de la proportionnalité, en s’appuyant sur la qualification suivante (au par. 154):

Par contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, comme dans le cas de la *Loi réglementant les produits du tabac*, le lien causal pour-

entifically measurable. In such cases, this Court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 768 and 777; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503. [Emphasis added.]

rait bien ne pas être mesurable du point de vue scientifique. Dans ces cas, notre Cour s'est montrée disposée à reconnaître l'existence d'un lien causal entre la violation et l'avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 768 et 777; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 503. [Je souligne.]

89 The issue of the standard and type of proof required under s. 1 arises with particular acuity in the case at bar because the social science evidence, as in these previous cases, is in a state of some controversy. In light of this inconclusive evidence, the government submitted it is not for this Court to second-guess the judgment of the legislature when it has made a reasonable assessment that an apprehension of harm exists. It also argued that "common sense applied to what is known establishes the reasonableness of Parliament's assessment of the situation".

La question de la norme et du type de preuve que commande l'article premier se pose avec une acuité particulière dans la présente instance parce que, tout comme dans ces arrêts antérieurs, la preuve fondée sur les sciences sociales est, dans une certaine mesure, encore controversée. Vu cette preuve non concluante, le gouvernement a soutenu qu'il n'appartient pas à la Cour de remettre en question le jugement du législateur qui, après avoir fait une appréciation raisonnable de la situation, a conclu à l'existence d'une appréhension de préjudice. Le gouvernement a également plaidé que [TRADUCTION] «l'application du bon sens aux éléments connus établit le caractère raisonnable de l'appréciation de la situation qu'a faite le législateur».

90 I agree with McLachlin J.'s remarks in *RJR-MacDonald* that it is difficult to draw a sharp distinction between legislation in which the state is the antagonist of the individual, and that in which it is acting as a mediator between different groups. Indeed, nothing in these cases suggests that there is one category of cases in which a low standard of justification under s. 1 is applied, and another category in which a higher standard is applied. In my view, these cases further the contextual approach to s. 1 by indicating that the vulnerability of the group which the legislator seeks to protect (as in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 995; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 88), that group's own subjective fears and apprehension of harm (as in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, *per* McLachlin J., at p. 857), and the inability to measure scientifically a particular harm in question, or the efficaciousness of a remedy (as in *Butler*, *supra*, at p. 502), are all factors of which the court must take account in assessing whether a limit has been demonstrably justified according to

Je souscris aux propos du juge McLachlin dans *RJR-MacDonald* selon lesquels il est difficile d'établir une distinction nette entre les mesures législatives dans le cadre desquelles l'État agit en tant qu'adversaire singulier de l'individu et celles où il agit en tant que médiateur entre différents groupes. De fait, rien dans les arrêts susmentionnés ne tend à indiquer qu'il existe une catégorie de cas auxquels s'applique une norme peu exigeante de justification dans le cadre de l'article premier et une autre catégorie à laquelle s'applique une norme plus élevée. À mon avis, ces précédents étayaient davantage le recours à une approche contextuelle dans l'application de l'article premier en indiquant que la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger (comme dans *Irwin Toy*, précité, à la p. 995; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 88), les craintes subjectives et la crainte de préjudice entretenue par ce groupe (comme dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, motifs du juge McLachlin, à la p. 857), et l'incapa-

the civil standard of proof. They do not represent categories of standard of proof which the government must satisfy, but are rather factors which go to the question of whether there has been a demonstrable justification. I propose to return to these factors in more detail in the course of a contextual approach to s. 1.

Another contextual factor to be considered is the nature of the activity which is infringed. The degree of constitutional protection may vary depending on the nature of the expression at issue (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 246-47; *Keegstra, supra*, at p. 760; *RJR-MacDonald, supra*, at paras. 71-73 and 132; *Libman, supra*, at para. 60). This is not because a lower standard is applied, but because the low value of the expression may be more easily outweighed by the government objective. In this case, the speech infringed is political information. While opinion polls may not be the same as political ideas, they are nevertheless an important part of the political discourse, as manifested by the attention such polls receive in the media and in the public at large, and by the fact that political parties themselves purchase and use such information. Indeed, the government argues that opinion polls have an excessive impact on the electoral choices made by voters. As a genre of speech, unlike hate speech or pornography, this expression is not intrinsically harmful or demeaning to certain members of society because of its direct impact, or its impact on others. It is without moral content, and yet it is widely perceived as a valuable and important part of the discourse of elections in this country. The government urges, however, that under some circumstances polls may

cité de mesurer scientifiquement le préjudice particulier en cause ou l'efficacité d'une réparation (comme dans *Butler*, précité, à la p. 502), sont autant de facteurs que le tribunal doit prendre en considération lorsqu'il décide si une restriction est justifiée suivant la norme de preuve applicable en matière civile. Ce ne sont pas des catégories de norme de preuve auxquelles le gouvernement doit satisfaire, mais bien des facteurs touchant la question de savoir s'il y a une justification démontrable. Je me propose de revenir plus en détail sur ces facteurs dans le cours de l'application de l'approche contextuelle à l'article premier.

Un autre facteur contextuel qui doit être pris en considération est la nature de l'activité à laquelle il est porté atteinte. Le degré de protection constitutionnelle peut varier selon la nature de la forme d'expression en cause (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1355 et 1356; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, aux pp. 246 et 247; *Keegstra*, précité, à la p. 760; *RJR-MacDonald*, précité, aux pp. 71 à 73 et 132; *Libman*, précité, au par. 60). Ce n'est pas parce qu'une norme moins exigeante est appliquée, mais plutôt parce que, compte tenu dans certains cas de la faible valeur de la forme d'expression en cause, l'objectif du gouvernement l'emporte plus facilement sur celle-ci. Dans le présent cas, le discours visé par l'atteinte est l'information politique. Même si les sondages ne sont pas assimilables aux opinions politiques, ils sont néanmoins un élément important du discours politique, comme en témoignent, d'une part, l'attention qu'ils reçoivent dans les médias et au sein du public en général, et, d'autre part, le fait que les partis politiques eux-mêmes achètent et utilisent ce type d'information. De fait, le gouvernement prétend que les sondages ont une influence excessive sur les choix électoraux des citoyens. Contrairement à la propagande haineuse ou à la pornographie, cette forme d'expression n'est pas intrinsèquement préjudiciable ou avilissante pour certains membres de la société à cause soit de son effet direct sur eux soit de son effet sur autrui. Quoique dénuée de contenu moral, elle est pourtant largement perçue comme un élément précieux et impor-

come to have an effect which interferes with the ability of individuals to make an informed choice.

92

According to the purposes I describe below, there are two groups who might be negatively affected by polls: first, there are those who incorrectly assume that polls are a perfect measure of voting results on election day, and rely on them to an excessive degree in consequence; second, there are those voters who are perfectly aware of the general shortcomings of polls as predictions of the result on election day, but who are misled by the publication of an inaccurate poll result. Even assuming there to be some likelihood of these dangers, which shall be discussed more fully in the course of the s. 1 analysis proper, there can be no question that opinion surveys regarding political candidates or electoral issues are part of the political process and, thus, at the core of expression guaranteed by the *Charter*. As Dickson C.J. stated in *Keegstra*, *supra*, at pp. 763-64:

The connection between freedom of expression and the political process is perhaps the linchpin of the s. 2(b) guarantee, and the nature of this connection is largely derived from the Canadian commitment to democracy. Freedom of expression is a crucial aspect of the democratic commitment, not merely because it permits the best policies to be chosen from among a wide array of proffered options, but additionally because it helps to ensure that participation in the political process is open to all persons.

In that case, hate speech was found to interfere with the ability of a specific and identifiable group to participate in the political process by directly undermining their dignity and their membership in the community. The same could be said of pornographic expression in *Butler*. And in *Irwin Toy*, the interest of advertisers meant that there was a likelihood that such speech would be manipulative of children and would play on their vulnerability.

tant du discours électoral dans notre pays. Toutefois, le gouvernement affirme que, dans certaines circonstances, il est possible que les sondages aient pour effet de diminuer la capacité de certains individus de faire un choix éclairé.

Suivant les objectifs que je vais décrire plus loin, deux groupes risquent de subir un préjudice du fait des sondages: premièrement, il y a les personnes qui supposent à tort que les sondages indiquent parfaitement quels seront les résultats du scrutin le jour de l'élection et qui, en conséquence, se fient à ceux-ci d'une manière excessive; deuxièmement, il y a les personnes qui savent parfaitement que les sondages en général ne permettent pas de prédire les résultats le jour du scrutin, mais qui sont induites en erreur par la publication d'un sondage inexact. Même en supposant une certaine vraisemblance à ces dangers, qui seront examinés de manière plus approfondie dans le cours de l'analyse fondée sur l'article premier proprement dite, il ne fait aucun doute que les sondages concernant les candidats ou les enjeux électoraux font partie du processus politique et sont, de ce fait, au cœur de la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans *Keegstra*, précité, aux pp. 763 et 764:

Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b), et ce lien tient dans une large mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous.

Dans cette affaire, il a été jugé que la propagande haineuse entravait la participation d'un groupe précis et identifiable au processus politique en amoindrissant sa dignité et son sentiment d'appartenance à la collectivité. La même affirmation pouvait être faite dans *Butler* qui portait sur l'expression pornographique. Dans *Irwin Toy*, compte tenu de l'intérêt des annonceurs, il était vraisemblable que le discours en cause aurait un effet manipulateur à l'égard des enfants et jouerait sur leur vulnérabilité.

In each of these cases, the type of speech involved systematically and consistently undermined the position of some members of society. There is no evidence in this case that there is any such systematic opposition between the interests or position of the Canadian voter and opinion surveys. The government argues that there is the potential that some inaccurate poll might undermine the freedom of choice of the Canadian voter, or that some voters might be excessively influenced by polls. Leaving those exceptional or potential cases aside, polls are not generally inimical to the interests of Canadian voters. They are sought after and widely valued which, independently of their value to any one voter or specific content, places this type of speech at the core of the political process.

Although the *Libman* case involved expression related to political campaigning, there was a likelihood that the genre of paid political advertising would significantly manipulate the political discourse to the advantage of those with greater financial resources (paras. 50-51). *Libman* is not dissimilar to *Irwin Toy* in the sense that, under certain circumstances, the nature of the interests (i.e., a single party or faction with a great preponderance of financial resources) of the speakers could make the expression itself inimical to the exercise of a free and informed choice by others. The government does not suggest that there is any such systematic or structural danger in the case of opinion surveys, but relies simply on the possibility of an inaccurate poll, or the disproportionate reaction by certain voters to polls generally. These may be important objectives and will be assessed below; but the possibility of harm arising from the unfortuitous publication of an inaccurate poll does not displace the general nature of this expression as political expression at the core of s. 2(b).

Dans chacune de ces affaires, le type d'expression en cause amoindrissait de façon systématique et uniforme la situation de certains membres de la société. Il n'y a aucune preuve, en l'espèce, de l'existence d'une telle opposition systématique entre les intérêts ou la situation des électeurs canadiens et les sondages. Le gouvernement prétend qu'il y a un risque que certains sondages inexacts puissent porter atteinte à la liberté de choix des électeurs ou que certains électeurs canadiens soient influencés de manière excessive par les sondages. Hormis ces cas exceptionnels ou potentiels, les sondages ne sont généralement pas incompatibles avec les intérêts des électeurs canadiens. Ils sont recherchés et largement appréciés, de sorte que, indépendamment de leur valeur pour un électeur donné ou de leur contenu précis, ce type de discours est au cœur du processus politique.

Même si l'arrêt *Libman* concernait une forme d'expression rattachée aux campagnes politiques, il était vraisemblable que le genre d'annonces politiques payées qui étaient en cause dans cette affaire influencent de façon considérable le débat politique en faveur de ceux qui disposent de plus grandes ressources financières (par. 50 et 51). L'affaire *Libman* n'est pas sans similarité avec l'affaire *Irwin Toy* en ce sens que, dans certaines circonstances, la nature des intérêts (c'est-à-dire le fait qu'un parti ou une faction dispose d'une supériorité considérable du point de vue des ressources financières) de ceux qui s'expriment pourrait rendre la forme d'expression elle-même incompatible avec l'exercice par les autres intéressés d'un choix libre et éclairé. Le gouvernement ne suggère pas l'existence d'un tel danger systématique ou structurel dans le cas des sondages, mais invoque simplement la possibilité d'un sondage inexact ou d'une réaction disproportionnée de la part de certains électeurs aux sondages en général. Il s'agit là d'objectifs qui peuvent être importants et qui seront appréciés plus loin, mais la possibilité d'un préjudice résultant de la publication non fortuite d'un sondage inexact ne change pas la nature générale de cette forme d'expression, qui relève de l'expression politique au cœur de l'al. 2b).

95 I would conclude that the nature of the expression in issue here does not *prima facie* suggest that a deferential approach is appropriate in this case.

2. Legislative Objective

96 The characterization of the objective of s. 322.1 and the nature of the harm which it hopes to remedy are virtually correlatives of one another, and constitute the crucial first step in the s. 1 analysis. Unfortunately, the decisions below and some of the submissions before us have been unnecessarily vague in stating the precise objective of the limitation in issue, leaving many unanswered questions as to the proper approach to the s. 1 analysis. The respondent submitted before us that the objective of s. 322.1 is “to prevent the distorting effect of public opinion survey results which are released late in the election when there is no longer a sufficient opportunity to respond”. But what is the exact nature of this “distorting effect”? The Court of Appeal did not elucidate any more precise objective than this. By contrast, Somers J. articulated four objectives from the legislative history of the provision which more precisely characterized the purpose of the limit on freedom of expression: prevention of dissemination of false information; prevention of polling information from being presented in a misleading way that lent an aura of scientific precision to poll results; a period of rest and reflection for voters prior to going to the polls; and a period of response after the final poll has been published, presumably to respond to its potential inaccuracy or simply to question the importance of polls in general. Before this Court, the respondent submitted that the sole objective of the provision on which it was relying was to provide a period during which the accuracy of a poll could be publicly questioned and debated, so that the scientific validity and accuracy of any particular poll would be more fully known to Canadian voters. The harm, then, which the provision purportedly addresses is the possibility that the scientific accuracy of polls may be overestimated by Canadian voters in a particular election and that

Je suis d’avis de conclure que la nature de la forme d’expression en litige dans le présent cas ne tend pas à indiquer, à première vue, qu’une approche empreinte de retenue est appropriée en l’espèce.

2. L’objectif législatif

La qualification de l’objectif de l’art. 322.1 et la nature du préjudice qu’il est censé corriger sont pratiquement en corrélation, et constituent la première étape cruciale de l’analyse fondée sur l’article premier. Malheureusement, les décisions des juridictions inférieures ainsi que certaines des observations qui nous ont été soumises ont énoncé de manière inutilement vague l’objectif précis de la restriction en litige, laissant bien des questions sans réponse en ce qui concerne la démarche appropriée pour l’analyse fondée sur l’article premier. Devant nous, l’intimé a fait valoir que l’art. 322.1 a pour objectif [TRADUCTION] «de prévenir l’effet de déformation de la réalité que peut créer la publication des résultats de sondages tard dans une campagne électorale, lorsqu’il ne reste plus de temps pour y répliquer». Mais en quoi consiste précisément cet «effet déformant»? La Cour d’appel n’a pas énoncé d’objectif plus précis que celui-là. Par contraste, le juge Somers a, à partir de l’historique de la disposition, formulé quatre objectifs définissant plus précisément l’objet de la restriction à la liberté d’expression: prévenir la diffusion de faux renseignements; empêcher que des renseignements touchant les sondages soient présentés d’une manière trompeuse, propre à donner une aura de caractère scientifique aux résultats des sondages; donner aux électeurs une période de répit et de réflexion avant le scrutin; accorder une période de réplique après la publication du dernier sondage, vraisemblablement pour répondre aux inexactitudes qu’il pourrait contenir ou tout simplement pour s’interroger sur l’importance des sondages en général. Devant notre Cour, l’intimé a plaidé que le seul objectif qu’il invoquait était celui qui consiste à accorder une période permettant de remettre en question l’exactitude d’un sondage et d’en débattre publiquement de façon à bien renseigner les électeurs canadiens sur la validité et l’exactitude scientifiques d’un sondage donné. En conséquence, le préjudice censé visé par la disposi-

they may cast their vote based on this inaccurate perception.

As mentioned in the previous section, the voter's misapprehension of the true significance of a poll could be the result of either of two quite different reasons: first, the voter might systematically overestimate the validity and accuracy of poll results; or, second, there might be a poll which falls below the normal standard of accuracy of polling which Canadians are generally entitled to expect. This latter type of poll is more simply described as a bad poll, a false poll, or an inaccurate poll. The respondent is not explicit as to which distorting effect it refers, and the judgments below, as well as legislative pronouncements at the time of its passage, reflect this obscurity. The danger of the systematically overreliant voter is suggested in the purpose described by Somers J. as the need for "a rest period" so that the frenzy of polls will die down and voters will be encouraged to forget about the polls and concentrate on issues. This purpose is evident in the final report of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing ("Lortie Commission") entitled *Reforming Electoral Democracy* (1991), vol. 1, which concluded, at p. 460, that a polling ban was necessary to "provide voters with a period of reflection at the end of campaign to assess the parties and candidates". The second purpose of the legislation, to guard against an inaccurate poll which occurs late in the campaign, has nothing to do with a period of repose or reflection. Rather, the purpose is to provide an opportunity for the last opinion surveys on which the voter might base his or her vote to be subjected to public scrutiny. In this way, the voter will have the best information possible about the accuracy of the latest polls, and will not cast a vote without a potentially inaccurate opinion survey having been publicly scrutinized.

tion est la possibilité que l'exactitude scientifique des sondages puisse être surestimée par les électeurs canadiens au cours d'une campagne électorale donnée et qu'ils votent en fonction de cette perception inexacte.

Comme je l'ai dit dans la section précédente, il est possible qu'un électeur se méprenne sur la signification réelle d'un sondage pour deux raisons très différentes: premièrement, il peut surestimer systématiquement la validité et l'exactitude des résultats des sondages; ou, deuxièmement, il peut arriver qu'un sondage ne respecte pas le niveau normal d'exactitude en la matière auquel les Canadiens sont en droit de s'attendre. On peut qualifier plus simplement ce dernier type de sondage de mauvais sondage, de faux sondage ou de sondage inexact. L'intimé ne précise pas à quel effet déformant il se réfère, et les décisions des juridictions inférieures ainsi que les propos des parlementaires au moment de l'adoption de la disposition sont tout aussi obscurs. Le danger que les électeurs accordent systématiquement aux sondages une importance exagérée est suggéré dans l'objectif que le juge Somers a décrit comme étant la nécessité d'une «période de répit» durant laquelle la frénésie des sondages s'atténuerait et les électeurs seraient encouragés à oublier les sondages et à se concentrer sur les enjeux. Cet objectif est énoncé de façon manifeste dans le rapport final de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis («Commission Lortie») intitulé *Pour une démocratie électorale renouvelée* (1991), vol. 1, qui a conclu, aux pp. 478 et 479, à la nécessité d'interdire la publication des sondages pour «accorde[r] à l'électorat une période de réflexion à la fin de la campagne». Le deuxième objectif de la loi — savoir celui de protéger contre les sondages inexacts publiés tard dans les campagnes — n'a rien à voir avec une période de répit ou de réflexion. Il s'agit plutôt de donner la possibilité de discuter publiquement les derniers sondages sur lesquels les électeurs pourraient se fonder pour voter. De cette façon, ceux-ci possèdent la meilleure information possible au sujet de l'exactitude des derniers sondages et ne se rendent pas aux urnes avant que des sondages potentiellement inexacts aient été débattus publiquement.

98 At a higher level of generality, the purpose of providing more accurate information to Canadian voters is that they are more capable of making a free and informed choice, which engenders a freer and fairer election process. It is said that the election process will also be perceived as fairer by the electorate with this restriction in place. This, in turn, strengthens democracy. For the purpose of the s. 1 analysis, however, it is desirable to state the purpose of the limiting provision as precisely and specifically as possible so as to provide a clear framework for evaluating its importance, and the precision with which the means have been crafted to fulfil that objective (*RJR-MacDonald, supra*, at para. 144; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 110).

À un degré plus élevé de généralité, l'objectif qui consiste à fournir des renseignements plus exacts aux électeurs canadiens vise à les rendre plus aptes à faire un choix libre et éclairé, ce qui engendre un processus électoral plus libre et plus équitable. On affirme que, grâce à la restriction en cause, le processus électoral sera perçu par l'électorat comme plus équitable, situation qui, à son tour, renforcera la démocratie. Pour les besoins de l'analyse fondée sur l'article premier, toutefois, il est souhaitable d'énoncer de façon aussi précise et spécifique que possible, d'une part, l'objectif de la disposition attentatoire afin d'établir un cadre clair pour évaluer son importance, et, d'autre part, la précision avec laquelle les moyens choisis ont été conçus pour réaliser cet objectif (*RJR-MacDonald, précité*, au par. 144; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au par. 110).

99 Accepting these as the two objectives of s. 322.1, it is my view that any ambiguity in the words of the section should be interpreted in accordance with those purposes, rather than to frustrate them. I conclude, therefore, that Somers J. was correct in interpreting the prohibition in s. 322.1 as applying only to "new" poll results, i.e. results that are undisclosed as of midnight on the Friday before election day. Far from preventing old poll results from being mentioned, the very *raison d'être* of the section is that those old poll results should be aired and discussed in the media so that their accuracy can be fully determined in public debate.

Acceptant qu'il s'agit là des deux objectifs de l'art. 322.1, je suis d'avis que toute ambiguïté des mots employés dans cette disposition doit être dissipée de manière à favoriser et non à contrecarrer la réalisation de ces objectifs. En conséquence, je conclus que le juge Somers a eu raison de considérer que l'interdiction prévue à l'art. 322.1 s'applique uniquement aux résultats de «nouveaux» sondages, c'est-à-dire aux résultats qui n'ont pas encore été communiqués à minuit le vendredi qui précède le jour du scrutin. Loin d'empêcher que l'on fasse état des résultats de sondages déjà publiés, la raison d'être même de cet article est la diffusion et la discussion de ces sondages dans les médias de sorte que leur exactitude puisse être débattue pleinement en public.

3. Is the Objective Pressing and Substantial?

3. L'objectif est-il urgent et réel?

100 For clarity, I propose to examine each purpose separately, beginning with the "period of rest" purpose. I will examine this purpose briefly as the respondent all but withdrew this as part of its argument before this Court. However, I still consider this analysis necessary as the vague references to the "distorting effect" of polls could still accommodate this purpose. Moreover, there is little doubt that this was one of the original purposes of Parliament in enacting the provision. In addition to the statement in the final report of the Lortie Commis-

Par souci de clarté, je me propose d'examiner chaque objectif séparément, en commençant par celui fondé sur la «période de répit». Je ne vais m'y arrêter que brièvement car l'intimé l'a pour ainsi dire abandonné dans sa plaidoirie devant notre Cour. Toutefois, je continue de considérer que cette analyse est nécessaire parce que les vagues allusions à l'«effet déformant» des sondages pourraient encore se rattacher à cet objectif. De plus, il fait peu de doute que c'était l'un des objectifs initiaux du législateur lorsqu'il a édicté la

sion mentioned above, Senator Rivest, in introducing the bill containing s. 322.1 in the Upper House, declared that it was an attempt to [TRANSLATION] “reconcile the freedom of speech and the freedom of the press with the right of the voters to make a judgement peacefully, come election time”: *Debates of the Senate*, April 29, 1993, at p. 3117.

An examination of this purpose reveals some disturbing assumptions. First, this purpose does not rely on the inaccuracy of any opinion survey results. Rather, it suggests that Canadians will become so mesmerized by the flurry of polls appearing in the media that they will forget the issues upon which they should actually be concentrating. This reasoning cannot be countenanced. Canadian voters must be presumed to have a certain degree of maturity and intelligence. They have the right to consider the results of polls as part of a strategic exercise of their vote. It cannot be assumed that in so doing they will be so naïve as to forget the issues and interests which motivate them to vote for a particular candidate. Nor can Canadians be presumed to assume that polls are absolutely accurate in predicting outcomes of elections and that they thus will overvalue poll results. Many polls are released in the course of an election campaign which belies the suggestion that any one poll could be perceived as authoritative. These opinion polls yield differing results even when conducted contemporaneously, and, perhaps more importantly, opinion poll results fluctuate dramatically over time. I cannot accept, without gravely insulting the Canadian voter, that there is any likelihood that an individual would be so enthralled by a particular poll result as to allow his or her electoral judgment to be ruled by it.

I am thus unable to perceive, and nor has the government seriously argued before us, that any pressing and substantial objective is served by the existence of a “rest period” for polls prior to the election date. I would, therefore, find that s. 322.1

disposition en litige. Outre les remarques précitées tirées du rapport final de la Commission Lortie, le sénateur Rivest, qui a présenté le projet de loi contenant l’art. 322.1 à la Chambre haute, a déclaré que celui-ci tentait de «marier la liberté d’expression et la liberté de presse avec la liberté et le droit du citoyen de pouvoir porter un jugement en toute quiétude au moment des élections»: *Débats du Sénat*, 29 avril 1993, à la p. 3117.

L’examen de cet objectif révèle quelques suppositions troublantes. Premièrement, cet objectif n’est pas fondé sur l’inexactitude des résultats de sondages donnés. Il suppose plutôt que les Canadiens sont tellement hypnotisés par l’avalanche de sondages publiés dans les médias qu’ils en oublient les enjeux sur lesquels ils devraient plutôt se concentrer. Ce raisonnement ne peut être admis. Il faut présumer aux électeurs canadiens un certain degré de maturité et d’intelligence. Ils ont le droit de tenir compte des résultats des sondages pour voter d’une manière stratégique. On ne peut supposer que, en agissant ainsi, ils sont à ce point naïfs qu’ils oublient les enjeux et les intérêts qui les motivent à voter pour un candidat donné. On ne peut non plus supposer que les Canadiens présumement que les sondages prédisent avec une exactitude absolue l’issue du scrutin et, pour cette raison, surestiment les résultats des sondages. Bon nombre de sondages sont publiés au cours d’une campagne électorale, ce qui contredit l’idée qu’un sondage en particulier puisse être perçu comme faisant autorité. Ces sondages produisent des résultats différents même quand ils sont réalisés en même temps, et, fait plus important peut-être, les résultats des sondages fluctuent radicalement sur une période donnée. Je ne peux admettre, sans faire gravement insulte aux électeurs canadiens, qu’il y ait la moindre chance qu’un individu soit tellement séduit par les résultats d’un sondage donné que, au moment de voter, il laisse ceux-ci l’emporter sur son jugement.

Je suis donc incapable de concevoir — d’ailleurs le gouvernement n’a pas sérieusement plaidé devant nous — que l’existence d’une «période de répit» en matière de sondages avant le jour du scrutin serve un objectif urgent et réel. En consé-

is not justified under s. 1 according to this objective.

103 The more difficult question is whether the blackout period can be justified by the other legislative purpose, which is to prevent an inaccurate poll from having an impact on voter choice because of a lack of response time prior to the voter casting his or her ballot. The first step in determining whether this is a pressing and substantial objective is to determine whether such a poll would actually influence voter choice, and to what extent; the second step is to evaluate the likelihood of an inaccurate poll being published.

104 Although the extent of the influence of polls on voter choice is uncertain, there is evidence suggesting that it may be significant. The key evidence in this case was gathered by the Lortie Commission and presented in its final report. The Lortie Commission, *supra*, at p. 457, concluded that: “Notwithstanding the frequent assertion of pollsters that their data have minimal influence on voters, recent research provides strong support for the proposition that published opinion polls can significantly influence campaigns and voters”. More specifically, the Commission asserted that “the argument that published polls do not influence voter choice or affect the conduct of campaigns is simply untenable” (p. 458). Thus, the Commission found that polls not only have a general impact on the conduct of an election, but that they affect voter choice. The harmful influence, according to the Commission, arose because opinion polls are subject to errors which are not fully disclosed to the public (at p. 455):

Because they are presented as ‘scientific’, published opinion polls raise issues of public confidence in the integrity of the electoral process. Notwithstanding their claims to scientific validity and accuracy in representing the views of all potential voters, opinion polls are susceptible to many forms of error and misrepresentation. The apparent precision of the data they report fails to reflect the fact that they are estimates of the distribution of opinion at a given time. Yet their apparent authority gives them considerable influence over the conduct of

quence, je conclus que, au regard de cet objectif, l’art. 322.1 n’est pas justifié au sens de l’article premier.

La question plus difficile est de savoir si l’embargo peut être justifié par l’autre objectif de la disposition, savoir le fait d’empêcher qu’un sondage inexact influence la décision des électeurs en raison de l’absence d’un temps de réplique avant le scrutin. Pour décider s’il s’agit d’un objectif urgent et réel, il faut, dans un premier temps, se demander si un tel sondage influencerait réellement le choix des électeurs, et, si oui, dans quelle mesure il le ferait. Dans un deuxième temps, il faut évaluer le risque qu’un sondage inexact soit publié.

Quoique la mesure dans laquelle les sondages influencent la décision des électeurs soit incertaine, il existe des éléments de preuve tendant à indiquer qu’elle peut être importante. Les éléments clés dans le cas qui nous intéresse ont été recueillis par la Commission Lortie, qui les a présentés dans son rapport final. À la p. 475, celle-ci a tiré la conclusion suivante: «Bien que les maisons de sondage ne cessent de répéter que leurs données affectent peu le vote, des recherches récentes tendent à prouver le contraire». Plus précisément, la Commission a affirmé qu’«il est impossible de soutenir que la publication des sondages n’influence pas le choix des électeurs et électrices ou la conduite des campagnes» (p. 476). En conséquence, la Commission a conclu que non seulement les sondages ont une incidence générale sur la conduite des élections, mais qu’ils influencent également le choix des électeurs. Suivant la Commission, l’influence préjudiciable des sondages est imputable au fait qu’ils sont sujets à des erreurs qui ne sont pas divulguées intégralement au grand public (à la p. 473):

Parce qu’ils sont présentés comme «scientifiques», les sondages d’opinion diffusés par les médias suscitent des inquiétudes quant à la confiance du public dans l’intégrité du processus électoral. En dépit de la précision scientifique revendiquée par leurs auteurs, les sondages sont sujets à maintes erreurs et distorsions. La précision apparente de leurs données occulte le fait qu’ils ne sont jamais qu’une estimation de la distribution de l’opinion à un moment donné. Leur apparence de rigueur leur confère néanmoins une influence considérable sur la

campaigns and the choices made by voters. [Emphasis added.]

Again, I would observe that there appear to be two strains of thought in this passage: first, that the accuracy of any poll may be overestimated by Canadians, and second, that some polls may fall below the standard of accuracy generally expected through error or misrepresentation. I have found above that the first of these objectives is not of pressing and substantial concern justified under s. 1. However, the Lortie Commission appears also to be concerned about the influence of an inaccurate poll. The Lachapelle Study (*Polls and the Media in Canadian Elections: Taking the Pulse* (1991)) and the *White Paper on Election Law Reform* (1986) were considerably less certain of this influence, however. Drawing on the evidence presented to the Lortie Commission, Professor Lachapelle was able to identify a number of discrete influences of opinion polls, including: the bandwagon effect (rallying to support the leader in the polls); the underdog effect (rallying to support the trailing candidate); the demotivating effect (abstaining from voting); the motivating effect (encouraging voters to cast their ballots); the strategic effect (electors decide how to vote on the basis of the relative popularity of parties); and the free-will effect (voting to prove the polls wrong); see Lachapelle Study, *supra*, at pp. 13-14. There is dispute, however, regarding the overall influence on election results. For instance, it is suggested that one effect is simply counterbalanced by another and, therefore, the overall influence of polls is nil; see White Paper, *supra*, at p. 26. Professor Lachapelle cautioned that “no definitive conclusion about the actual impact of polls can be drawn from these briefs” (p. 14), and that “theories about the decline of political parties and the undue influence of polls on voters have not been convincingly supported” (p. 29).

Although the overall influence of polls may not have been scientifically established as “undue”, I would nevertheless conclude that there is evidence of significant influence of polls on the electoral

conduite des campagnes et l'issue des scrutins. [Je souligne.]

Encore une fois, je ferai observer que ce passage semble traduire deux courants de pensée: premièrement, que l'exactitude de tout sondage peut être surestimée par les Canadiens, et, deuxièmement, que certains sondages peuvent, en raison d'erreurs et de distorsions, ne pas respecter le niveau d'exactitude auquel on s'attend généralement. J'ai déjà conclu que le premier de ces objectifs n'est pas une préoccupation urgente et réelle justifiée au sens de l'article premier. Toutefois, la Commission Lortie semble s'inquiéter aussi de l'influence des sondages inexacts. L'Étude Lachapelle (*Les sondages et les médias lors des élections au Canada: le pouls de l'opinion* (1991)) et le *Livre blanc sur la réforme de la loi électorale* (1986) sont beaucoup moins affirmatifs sur ce point. À partir de la preuve présentée à la Commission Lortie, le professeur Lachapelle a pu recenser différents effets des sondages, entre autres: le ralliement au vainqueur («*bandwagon effect*»); le ralliement au candidat en difficulté («*underdog effect*»); l'effet démobilisateur (on s'abstient par certitude de gagner); l'effet mobilisateur (les sondages incitent à aller voter); le vote stratégique (l'électeur décide pour qui voter en fonction de la popularité des partis); et le libre arbitre (on vote pour faire mentir les sondages); voir l'Étude Lachapelle, *op. cit.*, aux pp. 15 et 16. Il n'y a cependant pas unanimité quant à leur influence globale sur les résultats des élections. Par exemple, certains prétendent qu'un effet donné est tout simplement neutralisé par un autre, de sorte que l'influence globale des sondages serait nulle; voir le Livre blanc, *op. cit.*, à la p. 27. Le professeur Lachapelle a fait les mises en garde suivantes: «[a]ucune réponse définitive ne peut être tirée de ces mémoires quant à l'impact réel des sondages» (p. 16); «[l]es thèses sur le déclin des partis ou les diverses interprétations sur l'influence indue qu'ils [les sondages] exercent sur les électeurs et électrices n'ont jusqu'à présent pas apporté de résultats très convaincants» (p. 32).

Même s'il n'a peut-être pas été scientifiquement établi que les sondages ont globalement une influence «indue», je conclurais néanmoins qu'il y a des preuves d'une influence importante des son-

process and on individual electoral choice. Although the overall effect of these polls may be difficult to discern or predict, this evidence suggests that an uncertain number of voters might be influenced in their electoral choice by this false information. The pernicious aspect of an inaccurate poll is that no voter could discover its true nature because of the lack of response time.

106 The possibility of the publication of an inaccurate poll is not *de minimis*. The Lortie Commission, *supra*, at p. 457, reported that:

Although the industry in general has become highly professional since public polling was introduced in Canada in 1941, the incidence of technically deficient and poorly reported polls is still substantial. In recent elections, there have been instances of misleading polls, some because of technical errors and others because of partisan misrepresentation. There have even been allegations of fraudulent polls, where the data were said to have been fabricated to counter a poll showing the opposition in the lead. Such “bogus” polls and the more common misrepresented poll have been released to the media in many democracies. (Cantril 1991, 67; Worcester 1991, 199; Hoy 1989, 189-202) It is the willingness of the media to report such polls that makes them significant and troublesome.

The close relationship between some polling organizations and political parties also suggests that polls released as purportedly scientific measures of public opinion could be subject to manipulation (Lachapelle Study, *supra*, at p. 133).

107 There is also evidence of public and governmental concern to guard against inaccurate polls which are published late in the campaign and which thus cannot be subject to the same scrutiny as polls published earlier in the election. The respondent submitted the results of a poll indicating that 45 percent of Canadians are in favour of such a ban, 28 percent are opposed, and 27 percent had no opinion. As a simple matter of logic, moreover, clear evidence of the influence of polls on individual voter choice, combined with indications that such inaccurate polls are not a remote possibility, suggests that the voting decision of those who rely

dages sur le processus électoral et sur les choix électoraux individuels. Quoique l'effet global de ces sondages puisse être difficile à cerner ou à prédire, ces preuves tendent à indiquer qu'un nombre indéterminé d'électeurs sont susceptibles d'être influencés par cette information erronée. Un sondage inexact a un effet pernicieux en ce qu'aucun électeur ne peut découvrir sa vraie nature vu l'absence d'un temps de réplique.

La possibilité qu'un sondage inexact soit publié n'est pas négligeable. La Commission Lortie, *op. cit.*, à la p. 475, a signalé ceci:

Bien que l'industrie du sondage en général ait atteint un haut niveau de professionnalisme depuis l'apparition des sondages d'opinion au Canada en 1941, le nombre d'enquêtes techniquement déficientes et mal présentées demeure important. Certains sondages publiés à l'occasion d'élections récentes étaient entachés d'erreurs techniques, et d'autres étaient présentés de façon partielle. On a même signalé des sondages carrément frauduleux, dont les données auraient été fabriquées de toutes pièces pour contrer un sondage plaçant l'adversaire en tête. Les médias de maints pays démocratiques ont publié de tels sondages «bidon» et, de façon plus courante, des sondages présentés de manière trompeuse (Cantril 1991, 67, Worcester 1991, 199; Hoy 1989, 189-202). En fait, ces «sondages» posent un problème dans la mesure où les médias sont prêts à les diffuser.

Les liens étroits qui existent entre des maisons de sondage et des partis politiques tend également à indiquer que des sondages présentés comme des mesures scientifiques pourraient être l'objet de manipulations (Étude Lachapelle, *op. cit.*, à la p. 152).

Il y a également des éléments de preuve indiquant l'existence, tant au sein du grand public que du gouvernement, d'un souci de se prémunir contre les sondages inexacts qui sont publiés tard durant les campagnes et ne peuvent, par conséquent, être examinés aussi attentivement que ceux publiés plus tôt. L'intimé a présenté les résultats d'un sondage indiquant que 45 pour 100 des Canadiens sont pour une telle interdiction, que 28 pour 100 s'y opposent et que 27 pour 100 des répondants n'ont pas exprimé d'opinion. Qui plus est, d'un simple point de vue logique, l'existence d'une preuve claire de l'influence des sondages sur

on polls as part of their decision-making process could be distorted. The possibility of such a distortion is clearly a matter which the government may legitimately be concerned to remedy.

The validity of this concern is attenuated, however, by an important disjunction between the evidence and the harm which the legislation purports to address. The evidence and conclusions presented by the Lortie Commission and the Lachapelle Study relate to the influence of polls in the aggregate; the purported objective of this legislation relates to the inaccuracy of an individual poll which undeservedly benefits from the perception of scientific accuracy as a result of the generally high standards of accuracy maintained by polls, and by its presentation in the media as a scientific measure. But an opinion poll does not appear in a vacuum. Rather, it is published chronologically after a series of other polls which have been measuring public opinion throughout the election. In all likelihood, other polls conducted by other polling organizations will appear in other media outlets during the three days prior to election day. Thus, to the extent that any single poll is inaccurate, this will possibly be apparent to voters who are aware of the results of other polls, both those published immediately prior to this final period before the election, and those appearing in the media at the same time as the inaccurate poll. The more polls which appear during this period, the less likely that voters will base their decisions on the inaccurate poll. Moreover, the severity of the error, which one might speculate might enhance the influence of the error, would be offset by increased ease with which the mistake would be identified. In addition, voters' experience with opinion polls in previous elections will have demonstrated that opinion polls are of variable value and accuracy as predictive measures of the outcome of an election.

les choix électoraux individuels, conjuguée aux indications que de tels sondages inexacts ne sont pas qu'une vague possibilité, tend à indiquer que la décision de ceux qui se basent sur les sondages pour voter pourrait être faussée. La possibilité d'une telle distorsion est manifestement une préoccupation à laquelle le gouvernement peut légitimement vouloir remédier.

La validité de cette préoccupation est toutefois amoindrie par l'important écart qui existe entre la preuve et le tort auquel la loi est censée remédier. La preuve et les conclusions présentées par la Commission Lortie et l'Étude Lachapelle portent sur l'influence des sondages globalement; l'objectif censément visé par la loi se rattache à l'inexactitude d'un sondage donné, qui bénéficie à tort d'une perception d'exactitude scientifique en raison du niveau généralement élevé d'exactitude des sondages et du fait que les médias le présentent comme une mesure scientifique. Mais un sondage n'est pas fait dans l'abstrait. Au contraire, il est publié chronologiquement, dans une série de sondages mesurant l'opinion publique durant une campagne électorale. Selon toute vraisemblance, d'autres sondages effectués par d'autres maisons seront diffusés par d'autres médias au cours des trois derniers jours précédant le scrutin. Par conséquent, dans la mesure où un sondage donné est inexact, cette situation sera possiblement évidente aux électeurs qui sont au fait des résultats d'autres sondages, tant ceux publiés immédiatement avant le sprint final que ceux diffusés par les médias durant la même période que le sondage inexact. Plus il y a de sondages durant cette période, moins grand est le risque que les électeurs basent leur décision sur le sondage inexact. De plus, la gravité de l'erreur, élément qui, peut-on supposer, pourrait augmenter l'influence de celle-ci, serait contrebalancée par la facilité accrue avec laquelle cette erreur serait décelée. Au surplus, l'expérience acquise par les électeurs à l'égard des sondages au cours des élections précédentes leur aura démontré que les sondages ont une valeur et une exactitude variables en tant que moyens de prédire l'issue d'un scrutin.

109

Notwithstanding this qualification, I conclude that the purpose of guarding against the possible influence of inaccurate polls late in the election campaign by allowing for a period of criticism and scrutiny immediately prior to election day, is a pressing and substantial objective. As this Court stated in *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 38, measures that “maintain and enhance the integrity of the electoral process . . . [are] always of pressing and substantial concern in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society”. The purpose of this particular limitation on expression is to ensure that information which the evidence indicates has an important influence on the choice of at least some voters is presented according to the standards of accuracy which polls are normally expected to attain. When pollsters and the media present information which aspires to certain scientific standards of quality, and which invites reliance by voters in the exercise of their vote, then the government may legitimately be concerned. Such information is qualitatively different from partisan rhetoric, or even journalistic reporting which aspires to certain standards of accuracy and objectivity. Polling information is presented scientifically which reflects relatively settled and defined standards for determining accuracy. To the extent that the votes of some might be distorted as a result of polls being presented in a misleading fashion, this is a pressing and substantial objective.

4. Rational Connection

110

The three-day blackout period on the publication of polls will serve, to some degree, the purpose of preventing the use of inaccurate polls by voters. The blackout period gives critics the opportunity to assess the methodological information made available by the pollster and to question the validity of the poll on that basis. To that extent, the ban is rationally connected to the purpose of the legislation. However, s. 322.1 does not prevent an opinion survey from being released without any information as to methodology. Thus, there may be

Malgré cette réserve, je conclus que l’objectif qui consiste à prévenir l’influence possible de sondages inexacts publiés tard dans la campagne électorale par l’instauration d’une période de critique et d’examen immédiatement avant le jour du scrutin est un objectif urgent et réel. Comme l’a dit notre Cour dans *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, au par. 38, des mesures qui «maint[iennent] et [. . .] renforcent] l’intégrité du processus électoral [. . .] [sont] toujours une préoccupation urgente et réelle de toute société qui prétend suivre les préceptes d’une société libre et démocratique». L’objectif de la présente restriction de la liberté d’expression est de faire en sorte que des données qui, selon la preuve, ont une influence importante sur la décision d’au moins certains électeurs soient présentées avec le niveau d’exactitude qu’on attend normalement des sondages. Lorsque les sondeurs et les médias présentent des données qui sont censées respecter certaines normes scientifiques de qualité et auxquelles les électeurs sont invités à se fier dans l’exercice de leur droit de vote, il est alors légitime pour le gouvernement d’être préoccupé. De telles données sont qualitativement différentes de la rhétorique partisane, ou même de la couverture journalistique qui prétend à certaines normes d’exactitude et d’objectivité. L’information touchant les sondages est présentée scientifiquement, ce qui emporte le respect de normes relativement bien établies et définies en matière de détermination de l’exactitude. Dans la mesure où la décision de certains électeurs pourrait être faussée par suite de résultats de sondages présentés d’une manière trompeuse, cet objectif est urgent et réel.

4. Le lien rationnel

L’embargo de trois jours sur les sondages permet, dans une certaine mesure, de réaliser l’objectif qui consiste à empêcher l’utilisation de sondages inexacts par les électeurs. Elle donne aux critiques la possibilité d’évaluer l’information fournie par le sondeur sur la méthodologie qu’il a utilisée et de mettre en doute la validité du sondage sur ce plan. Dans cette mesure, l’interdiction a un lien rationnel avec l’objet de la loi. Toutefois, l’art. 322.1 n’empêche pas la diffusion d’un sondage qui n’est pas accompagné de renseignements

cases where it would be impossible for outside observers to scrutinize or challenge the validity of a poll. In those cases, the most that could be achieved by the blackout period is that the validity of a poll could be undermined by pointing out the failure of the pollster to publish the methodology of the poll. Having mentioned this infirmity in the connection between the purpose of the provision and the means designed to carry out that purpose, I prefer to focus my analysis of the inadequacies of this legislation under the rubric of minimal impairment.

5. Minimal Impairment

Section 322.1 does not minimally impair the right to freedom of expression guaranteed in the *Charter* and is, therefore, not justified under s. 1. Indeed, it is my view that s. 322.1 is a very crude instrument in serving the purpose articulated by the government in this case. To repeat, that objective is to prevent or minimize the distorting effect of inaccurate opinion polls, and, in particular, opinion polls released late in an election which may have an undue influence on voters and which are not subject to adequate criticism prior to the voter relying on them. As I have stated at the outset, the type of proof required to discharge the burden of justification on the government may vary from case to case depending on the context. In this section, I address a number of contextual factors pertaining to the seriousness and likelihood of the harm, as well as the standard and methods of proof in a case such as this one involving the evaluation of social science evidence and human behaviour. These contextual factors bear on the degree of deference which a court should accord to the particular means chosen to implement a legislative purpose; see *RJR-MacDonald, supra*, at paras. 132 and 160.

The first factor which could militate in favour of a deferential approach towards the legislation is the vulnerability of the group sought to be protected. In this case, however, the social science

méthodologiques. En conséquence, il pourrait survenir des cas où il serait impossible à des observateurs indépendants d'examiner ou de contester la validité d'un sondage. En pareils cas, l'embargo permettrait tout au plus d'attaquer la validité d'un sondage en signalant l'omission du sondeur de publier des renseignements sur la méthodologie utilisée pour effectuer le sondage. Ayant mentionné cette déficience du lien entre l'objectif de la disposition et les moyens conçus pour le réaliser, je préfère faire porter mon analyse sur les lacunes de la mesure législative sous la rubrique de l'atteinte minimale.

5. L'atteinte minimale

L'article 322.1 ne porte pas atteinte le moins possible au droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte* et il n'est donc pas justifié au sens de l'article premier. De fait, je suis d'avis que cette disposition est un instrument très grossier pour réaliser l'objectif énoncé par le gouvernement en l'espèce. Je le répète, cet objectif est de prévenir ou de réduire au minimum l'effet déformant des sondages inexacts et, en particulier, des sondages publiés tard dans les campagnes électorales, qui peuvent exercer une influence indue sur les électeurs et qui ne font pas l'objet d'une critique suffisante avant que les électeurs se fondent sur leurs résultats. Comme je l'ai dit au début, le type de preuve requise pour permettre au gouvernement de s'acquitter de son fardeau de justification peut varier d'un cas à l'autre, selon le contexte. Dans la présente section, je m'arrête à divers facteurs contextuels touchant à la gravité du préjudice et à sa vraisemblance, ainsi qu'à la norme et aux méthodes de preuve applicables dans un cas comme celui qui nous occupe, où il faut évaluer les comportements humains et une preuve fondée sur les sciences sociales. Ces facteurs contextuels concernent le degré de retenue dont le tribunal devrait faire montre à l'égard des moyens particuliers choisis pour réaliser un objectif législatif; voir l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, aux par. 132 et 160.

Le premier facteur susceptible de favoriser l'application d'une approche empreinte de retenue vis-à-vis de la loi est la vulnérabilité du groupe que celle-ci vise à protéger. En l'espèce, toutefois, la

111

112

evidence did not establish that the Canadian voter is a vulnerable group relative to pollsters and the media who publish polls. The presumption in this Court should be that the Canadian voter is a rational actor who can learn from experience and make independent judgments about the value of particular sources of electoral information. As Professor Lachapelle's Study indicates, some voters clearly do consider polls to be of some value in making their electoral decision (*supra*, at p. 13). However, no evidence has been presented before this Court that voters have suffered from any misapprehensions regarding the accuracy of any single poll. Indeed, the fact that polls conducted contemporaneously yield differing results, or that poll results can fluctuate dramatically over time, suggests that voters have experience with the shortcomings of some polls. Indeed, perhaps the most important contextual factor in the analysis of this case is that polls are widely available throughout the election period in large numbers and from differing media sources. Professor Lachapelle reports, *supra*, at p. 86, that a total of 59 polls were published during the 1988 national election campaign, 22 of them national in scope, and 37 regional. Voters are constantly exposed to opinion poll results throughout the election and a single inaccurate poll result is likely to be spotted and discounted appropriately.

preuve fondée sur les sciences sociales n'a pas établi que les électeurs canadiens forment un groupe vulnérable par rapport aux sondeurs et aux médias qui publient les sondages. Notre Cour doit présumer que l'électeur canadien est un être rationnel, capable de tirer des leçons de son expérience et de juger de façon indépendante de la valeur de certaines sources d'information électorale. Comme l'indique l'étude du professeur Lachapelle, certains électeurs estiment que les sondages peuvent éclairer leur décision (*op. cit.*, à la p. 15). Toutefois, il n'a été présenté à la Cour aucun élément de preuve établissant que les électeurs ont été victimes de méprise quant à l'exactitude d'un sondage. En effet, le fait que des sondages effectués simultanément produisent des résultats différents ou que les résultats des sondages peuvent fluctuer radicalement dans le temps permet de supposer que les électeurs connaissent les imperfections des sondages. De fait, le facteur contextuel peut-être le plus important dans l'analyse du présent cas est le fait qu'on a accès, durant toute la campagne électorale, à un large éventail de sondages diffusés par des médias différents. D'après le professeur Lachapelle, *op. cit.*, à la p. 100, 59 sondages en tout ont été publiés durant la campagne électorale fédérale de 1988, 22 sondages pancanadiens et 37 régionaux. Les électeurs sont constamment bombardés de sondages pendant toute la campagne, et il est probable qu'un sondage aux résultats inexacts sera repéré et écarté comme il se doit.

113 The government responded to the paucity of evidence relating to this specific issue by stating that it was sufficient "to show a reasoned apprehension of harm. . . . [I]t is sufficient if it is reasonable to presume that there is a casual [*sic*] relationship between them". It relied on a number of cases for the proposition that even in the face of inconclusive social science evidence, the Court has adopted a deferential approach to determining whether the harm exists and in assessing the justification of the measures chosen to prevent those harms: *Butler, supra*, *RJR-MacDonald, supra*, *Libman, supra*, *Keegstra, supra*, and *Irwin Toy, supra*. In my view, the principles developed in those cases are not applicable here for three fundamental reasons. First, the presumptions which the Court made in

Le gouvernement a obvié au manque de preuve sur ce point précis en affirmant qu'il suffisait de [TRADUCTION] «démontrer une appréhension raisonnée de préjudice [. . .] [C]ela suffit s'il est raisonnable de présumer l'existence d'un lien de causalité entre les deux». Il a invoqué un certain nombre d'arrêts au soutien de la proposition selon laquelle, même en présence d'une preuve non concluante fondée sur les sciences sociales, la Cour a adopté une approche empreinte de retenue afin de statuer sur l'existence d'un préjudice et, le cas échéant, de décider si les mesures choisies pour prévenir le préjudice étaient justifiées: *Buttler*, précité, *RJR-MacDonald*, précité, *Libman*, précité, *Keegstra*, précité, et *Irwin Toy*, précité. À mon avis, les principes élaborés dans ces arrêts ne s'ap-

those cases were not refuted by any contrary logical reasoning. That is not the case here. What I have said in the previous paragraph suggests, as a matter of logic, that there is reason to believe that, notwithstanding the scientific “aura” of polls, the Canadian voter is likely to be aware of a seriously inaccurate poll. Indeed, the more serious the inaccuracy, the more likely the awareness of the error. This is not to say, of course, that some voters might not be misled by an inaccurate poll and cast their vote on what amounts to a misrepresentation. Indeed, that possibility is precisely what I have found constitutes the pressing and substantial objective of this provision. The point here is simply that the claims of widespread or significant harm based on logical inferences derived from surrounding factors are not compelling in the context of factors which refute such logical inferences. As a matter of logical reasoning and inference, I find the government’s claims of harm to be controverted by surrounding circumstances which suggest that the Canadian voter is already sensitive to the danger which the government is seeking to remedy.

Second, there is no suggestion in this case that the interests of the voter and of the pollster are opposed, or that the latter will systematically attempt to manipulate the former. This sets this case apart from cases involving advertisers (such as *Irwin Toy*, *Libman* or *RJR-MacDonald*), where advertisers encouraged choices which served their particular interests. Although it was legal for each of them to pursue those interests, and therefore legitimate to do so, there was a danger of undue manipulation in the first two cases, and of serious health consequences for individual Canadians in the third. Thus, not only was the government dealing with a situation in which expression would be used to manipulate vulnerable groups, but also in which there was a balancing of conflicting but

pliquent pas en l’espèce et ce pour trois raisons fondamentales. Premièrement, les présomptions énoncées par la Cour dans ces affaires n’ont pas été réfutées par un raisonnement logique contraire. Tel n’est pas le cas en l’espèce. Les observations que j’ai formulées au paragraphe précédent suggèrent, d’un point de vue logique, qu’il y a des raisons de croire que, malgré l’«aura» de caractère scientifique des sondages, il est probable que les électeurs canadiens se rendent compte que les résultats d’un sondage sont sérieusement inexacts. À vrai dire, plus l’inexactitude est grande, plus il y a de chances que les électeurs en soient conscients. Ce qui ne veut pas dire, bien entendu, que certains électeurs ne pourraient pas être induits en erreur par un sondage inexact et voter en s’appuyant sur ce qui équivaut à une présentation inexacte des faits. De fait, cette possibilité est précisément ce qui, ai-je conclu, constitue l’objectif urgent et réel visé par cette disposition. Le point ici est simplement que les prétentions relatives à l’existence d’un préjudice répandu ou important, qui sont fondées sur des inférences logiques tirées de facteurs contextuels, ne sont pas convaincantes en présence de facteurs réfutant ces inférences. Du point de vue du raisonnement et de l’inférence logiques, j’estime que les prétentions du gouvernement relatives au préjudice sont contredites par les circonstances, qui tendent à indiquer que les électeurs canadiens sont déjà sensibilisés au danger que le gouvernement cherche à écarter.

Deuxièmement, rien ne tend à indiquer, en l’espèce, que les intérêts des électeurs et des sondeurs sont opposés ou que ces derniers vont tenter systématiquement de manipuler les premiers. Ce fait distingue donc le cas qui nous occupe de ceux qui mettaient en cause des annonceurs (par exemple les affaires *Irwin Toy*, *Libman* ou *RJR-MacDonald*), où les annonceurs encourageaient des choix qui servaient leurs propres intérêts. Même s’il était légal pour chacun d’eux de favoriser ces intérêts et, partant, légitime de le faire, il y avait un risque de manipulation induite dans les deux premiers cas, et un risque de conséquences graves pour la santé des consommateurs canadiens dans le troisième. Par conséquent, non seulement le gouvernement était-il aux prises avec une situation

legitimate social interests. None of those elements are present in the case at bar. There is no interest which favours inaccurate or misleading polls being foisted on the Canadian public. The media have an interest in providing poll results which are of interest to Canadians and which uphold their reputation for integrity and accuracy. Pollsters have an interest in maintaining a reputation for accurately measuring public opinion and election results. Although some individual polling firms have close relationships with particular parties which might encourage them, consciously or unconsciously, to tailor their methodologies in favour of their valued client, the polling industry as a whole does not favour one party over another (Lachapelle Study, *supra*, at p. 133). To the extent that individual polls may reflect a bias, divergent opinion survey results reflecting these biases will be obvious to voters and diminish the scientific aura of those polls. Voters, the third interested group, also desire accurate polls so that if they choose to rely on them, the most accurate and timely polls will be available. Unlike the advertising cases, this is not a case in which the government is intervening against a powerful interest to prevent expression from being a means of manipulation and oppression.

dans laquelle la liberté d'expression serait utilisée pour manipuler des groupes vulnérables, mais également où des intérêts sociaux opposés mais légitimes devaient être conciliés. Ni l'un ni l'autre de ces éléments n'est présent en l'espèce. Il n'y a en présence aucun intérêt favorisant la présentation à l'électorat canadien de sondages inexacts ou trompeurs. Les médias ont intérêt à diffuser des sondages qui intéressent les Canadiens et qui étayent leur propre réputation d'intégrité et d'exactitude. Pour leur part, les sondeurs ont intérêt à maintenir leur réputation en ce qui concerne la précision avec laquelle ils mesurent l'opinion publique et prédisent l'issue des scrutins. Bien que certaines maisons de sondage soient étroitement associées à l'un ou l'autre des partis politiques, ce qui pourrait les encourager, consciemment ou non, à adapter leur méthodologie de façon à favoriser le client auquel elles tiennent, dans l'ensemble les sondeurs ne favorisent pas un parti plus qu'un autre (Étude Lachapelle, *op. cit.*, à la p. 153). Dans la mesure où certains sondages pourraient refléter un parti pris, leurs résultats divergents — traduisant ce parti pris — seront évidents aux électeurs et diminueront leur aura de caractère scientifique. Les électeurs, le troisième groupe intéressé, désirent eux aussi des sondages exacts afin de pouvoir compter, si c'est là leur volonté, sur les sondages les plus exacts et les plus à-propos. Contrairement aux affaires de publicité, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un cas où le gouvernement intervient contre des intérêts puissants pour empêcher que la liberté d'expression devienne un moyen de manipulation et d'oppression.

115

Third, the reasonable apprehension of harm test has been applied where it has been suggested, though not proven, that the very nature of the expression in question undermines the position of groups or individuals as equal participants in society. This has been accepted, in particular, when it is difficult or impossible to establish scientifically the type of harm in question. The respondent relied particularly on the reasoning in *Butler*, *supra*, to justify the reasoned apprehension of harm standard. In my view, the reasoning used in that case is not applicable here. In *Butler*, the difficulty of scientifically proving the harm in question was not

Troisièmement, le critère de l'appréhension raisonnable de préjudice a été appliqué dans des cas où l'on affirmait, sans en faire la preuve, que, de par sa nature même, la forme d'expression en cause empêche des individus ou des groupes d'être des membres à part entière de la société. Une telle conclusion est acceptée, en particulier, lorsqu'il est difficile ou impossible de prouver scientifiquement le type de préjudice en cause. Les intimés ont invoqué spécialement le raisonnement énoncé dans *Butler*, précité, pour justifier la norme fondée sur l'appréhension raisonnée du préjudice. À mon avis, le raisonnement fait dans cette affaire n'est

the only feature of the case justifying the application of the reasonable or reasoned apprehension of harm test. First, there was, in that case, “a substantial body of opinion that holds that the portrayal of persons being subjected to degrading or dehumanizing sexual treatment results in harm, particularly to women and therefore to society as a whole” (p. 479). In this regard, at least, the reasonable apprehension of harm test was unnecessary. The difficulty which required the application of the reasonable apprehension of harm test was determining exactly what representations of a sexual nature were degrading or dehumanizing. Sopinka J. quotes, at p. 481, from Wilson J.’s judgment in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494:

The problem is that we know so little of the consequences we are seeking to avoid. Do obscene movies spawn immoral conduct? Do they degrade women? Do they promote violence? The most that can be said, I think, is that the public has concluded that exposure to material which degrades the human dimensions of life to a subhuman or merely physical dimension and thereby contributes to a process of moral desensitization must be harmful in some way. It must therefore be controlled when it gets out of hand, when it becomes “undue”.

Sopinka J. devised a test, at p. 485, which stated that depictions of a sexual nature would not be protected by the *Charter* where society perceived such depictions as likely to “predispos[e] persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men”. He found the anti-pornography provision in that case to be rationally connected to the valid objective of the legislation because Parliament had a “reasoned apprehension of harm” (p. 504) that sexual representations of women which were degrading affected men’s attitudes in such a way that encouraged degrading treatment of women.

pas applicable en l’espèce. Dans *Butler*, la difficulté de prouver scientifiquement le préjudice en question n’était pas le seul aspect de l’affaire qui justifiait l’application du critère de l’appréhension raisonnée ou raisonnable de préjudice. Premièrement, dans cette affaire, il existait «un important courant d’opinions selon lequel la représentation de personnes qui subissent un traitement sexuel dégradant ou déshumanisant entraîne un préjudice, notamment à l’égard des femmes et, par conséquent, de l’ensemble de la société» (p. 479). À cet égard, du moins, le critère de l’appréhension raisonnée de préjudice était inutile. La difficulté qui commandait l’application de ce critère résidait dans la question de savoir quelles représentations de choses sexuelles étaient dégradantes ou déshumanisantes. À la p. 481, le juge Sopinka a repris les observations faites par le juge Wilson dans *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494:

Le problème est que nous savons très peu de choses sur les conséquences que nous cherchons à éviter. Les films obscènes provoquent-ils une conduite immorale? Sont-ils dégradants pour les femmes? Favorisent-ils la violence? On peut tout au plus affirmer, à mon avis, que le public a conclu que l’exposition à des choses qui dégradent les dimensions humaines de la vie à une dimension moins qu’humaine ou simplement physique doit avoir certaines conséquences nocives. Elle doit par conséquent être refrénée lorsqu’elle dépasse les bornes, lorsqu’elle devient «indue».

Dans *Butler*, précité, à la p. 485, le juge Sopinka a conçu un critère indiquant que les représentations sexuelles ne seraient pas protégées par la *Charte* lorsque la société percevait celles-ci comme étant susceptibles de «predispose[r] une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme». Il a conclu que la disposition de lutte contre la pornographie en cause dans cette affaire avait un lien rationnel avec l’objectif valide visé par la loi, parce que le Parlement avait «une appréhension raisonnée du préjudice» (p. 504), que les représentations sexuelles avilissant les femmes modifiaient les attitudes des hommes au point d’encourager le traitement dégradant des femmes.

116

In the context of that decision, there was substantial evidence that depiction of degrading treatment of women leads, to an indeterminate extent, to degrading treatment of women in society. Although the precise nature of the link between depiction and attitudes, and from attitudes to actual harmful behaviour towards women, could not be conclusively proven, there was evidence that this harm actually occurred. The presumption also accords with certain logical inferences and shared perceptions of human behaviour which we might simply call “common sense”. Sopinka J. concluded that the line between permissibly and impermissibly degrading representations of sexuality should be based on a collective social understanding of what Canadians believe could lead to anti-social behaviour. While courts should not use common sense as a cover for unfounded or controversial assumptions, it may be appropriately employed in judicial reasoning where the possibility of harm is within the everyday knowledge and experience of Canadians, or where factual determination and value judgments overlap. Canadians presume that expressions which degrade individuals based on their gender, ethnicity, or other personal factors may lead to harm being visited upon them because this is within most people’s everyday experience. In part, this is because of what we know and perhaps have experienced in our own lives about degrading representations of our personal identity. In part, it is because we know that groups which have historically been disadvantaged in economic or social terms are vulnerable to such expression. In part, it is because our values encourage us to be solicitous of vulnerable groups and to err on the side of caution where their welfare is at stake. In part, it is based on the short logical leap that degrading representations, and exhortation of certain views which degrade the humanity of others, can beget that behaviour. It is also because we know that such representations and exhortations can themselves be harmful for those who are forced to endure the heightened risk of harm.

Dans le contexte de cette décision, il y avait une preuve considérable indiquant que le fait de représenter des traitements avilissants pour les femmes entraîne, dans une mesure indéterminée, de tels traitements contre les femmes dans la société. Quoique la nature précise du lien entre ces représentations et les attitudes, et entre les attitudes et un comportement préjudiciable concret envers les femmes, ne pouvait être établie de façon concluante, il y avait des preuves que ce préjudice se produisait réellement. La présomption concorde également avec certaines inférences logiques et certaines perceptions partagées concernant le comportement humain, qu’on pourrait appeler simplement le «sens commun». Le juge Sopinka a conclu que la ligne de démarcation entre les représentations dégradantes acceptables et les représentations dégradantes inacceptables des choses sexuelles devait être fondée sur la perception collective qu’a la société canadienne des choses susceptibles d’entraîner un comportement antisocial. Même si les tribunaux ne doivent pas invoquer le sens commun pour masquer des suppositions sans fondement ou controversées, ils peuvent toutefois l’utiliser à juste titre dans leur raisonnement lorsque la possibilité de préjudice relève des connaissances et expériences quotidiennes des Canadiens ou lorsqu’il y a chevauchement de constatations des faits et de jugements de valeur. Les Canadiens présumant que les formes d’expression qui avilissent des individus du fait de leur sexe, de leur origine ethnique ou d’autres caractéristiques personnelles peuvent finir par leur être préjudiciables, parce qu’il s’agit d’une situation qu’ils sont pour la plupart à même de constater dans leur quotidien. Cela s’explique, en partie, par le fait que chacun d’entre nous a eu connaissance, dans sa propre vie, de l’effet de représentations dégradantes sur son identité personnelle ou en a peut-être fait l’expérience, et, en partie, par le fait que nous savons que les groupes qui ont été défavorisés dans le passé sur le plan économique ou social sont vulnérables à cette forme d’expression. Cela s’explique aussi par le fait que nos valeurs nous encouragent à faire montre de sollicitude à l’endroit des groupes vulnérables et à pécher par excès de prudence quand leur bien-être est en jeu. Cela s’explique en outre en partie par la facilité avec laquelle il est possible

As McLachlin J. put it in *Keegstra, supra*, at pp. 857-58:

To view hate propaganda as “victimless” in the absence of any proof that it moved its listeners to hatred is to discount the wrenching impact that it may have on members of the target group themselves. For Jews, many of whom have personally been touched by the terrible consequences of the degeneration of a seemingly civilized society into unparalleled barbarism, statements such as Keegstra’s may raise very real fears of history repeating itself. Moreover, it is simply not possible to assess with any precision the effects that expression of a particular message will have on all those who are ultimately exposed to it. . . . These considerations undermine the notion that we can draw a bright line between provisions which are justifiable because they require proof that hatred actually resulted, and provisions which are unjustifiable because they require only an intent to promote hatred.

Common sense reflects common understandings. In these cases dealing with pornography and hate speech, common understandings were accepted by the Court because they are widely accepted by Canadians as facts, and because they are integrally related to our values, which are the bedrock of any s. 1 justification. As a result, the Court did not demand a scientific demonstration or the submission of definitive social science evidence to establish that the line drawn by Parliament was perfectly drawn.

In my view, the case at bar does not approach this category of reasoning. The Canadian voter is not a historically vulnerable or disadvantaged group. Nor, as has been explained above, is the autonomy or dignity of any single group under attack from, or even facing the contrary interests of, another potentially more powerful group. Nor

de conclure que les représentations dégradantes et la défense de certaines idées qui avilissent autrui peuvent engendrer un tel comportement. Cela s’explique également par le fait que nous savons que de telles représentations et idées peuvent elles-mêmes être préjudiciables à ceux qui sont obligés de supporter le risque accru de préjudice. Comme l’a dit le juge McLachlin dans l’arrêt *Keegstra*, précité, aux pp. 857 et 858:

Dire que la propagande haineuse «ne fait pas de victime» quand il n’est pas prouvé qu’elle a incité ses destinataires à la haine c’est faire abstraction de l’effet déchirant qu’elle peut avoir sur les membres du groupe cible eux-mêmes. Chez les juifs, nombre desquels ont été personnellement touchés par les conséquences terribles de la dégénérescence d’une société apparemment civilisée vers une barbarie sans parallèle, des déclarations comme celles de Keegstra peuvent faire naître des craintes très réelles que l’Histoire se répète. Par ailleurs, il n’est simplement pas possible de déterminer avec exactitude les effets que l’expression d’un message donné aura sur tous ceux qui finiront par l’entendre. [. . .] Ces considérations mettent en doute la notion que nous pouvons tirer une ligne de démarcation très nette entre les dispositions qui sont justifiables parce qu’elles exigent la preuve que la haine a réellement été provoquée et celles qui sont injustifiables parce qu’elles n’exigent que l’intention de fomenter la haine.

Le sens commun reflète les perceptions communes. Dans les affaires portant sur la pornographie et la propagande haineuse, la Cour a accepté les perceptions communes parce qu’elles sont largement considérées par les Canadiens comme des faits et parce qu’elles font partie intégrante de nos valeurs, qui sont le fondement de toute justification conformément à l’article premier. En conséquence, la Cour n’a pas exigé une démonstration scientifique ou la présentation d’une preuve décisive fondée sur les sciences sociales pour établir que la ligne de démarcation tirée par le législateur était tout à fait appropriée.

À mon avis, ce type de raisonnement ne peut être fait dans le présent cas. Les électeurs canadiens ne constituent pas, historiquement, un groupe vulnérable ou défavorisé. Pas plus d’ailleurs, comme il a été expliqué précédemment, que l’autonomie ou la dignité de quelque groupe que ce soit n’est attaquée par un autre groupe potentiellement

can it be said that there is a shared understanding amongst Canadians that a single inaccurate poll will mislead Canadians to an extent which, in the words of Wilson J. in *Towne Cinema Theatres*, is “undue”. I am, therefore, unable to accept that the harm which the government is seeking to prevent affects a large number of voters, or that such possible distortions are significant to the conduct of an election, without more specific and conclusive evidence to that effect. Although there is a pressing and substantial objective in this case because there is a clear possibility that some voters might be misled by such polls, I am not willing to go further and accept that the harm in this case warrants a significant level of deference to the government in fashioning means which trespass on the freedom of expression.

plus puissant, ni même confrontée aux intérêts opposés d’un tel groupe. En outre, il est impossible d’affirmer qu’il existe, au sein de la population canadienne, une perception commune voulant qu’un seul sondage inexact puisse tromper les Canadiens dans une mesure qui, pour reprendre le terme employé par le juge Wilson dans l’arrêt *Towne Cinema Theatres*, est «indue». Je ne puis donc accepter que le préjudice que le gouvernement cherche à prévenir affecte un grand nombre d’électeurs ou que de telles déformations potentielles de la réalité ont une influence importante sur le déroulement des élections, sans disposer de preuves plus précises et concluantes à cet effet. Même si, en l’espèce, il existe un objectif urgent et réel du fait qu’il est nettement possible que certains électeurs puissent être induits en erreur par de tels sondages, je ne suis pas disposé à aller plus loin et à admettre que, dans le présent cas, le préjudice justifie de faire montre d’un degré important de retenue envers le gouvernement pour les mesures transgressant la liberté d’expression qu’il a conçues.

118 In determining whether a restriction is justified under s. 1 as minimally impairing the freedom of expression, this Court has stated (in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160):

As the second step in the proportionality analysis, the government must show that the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. The impairment must be “minimal”, that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement. . . . On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail. [Emphasis added.]

The application of these words is largely informed by the contextual factors which I have already can-

Relativement à la question de savoir si une restriction est justifiée au sens de l’article premier parce qu’elle constitue une atteinte minimale à la liberté d’expression, notre Cour a dit ceci (dans *RJR-MacDonald*, précité, au para. 160):

À la deuxième étape de l’analyse de la proportionnalité, le gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d’expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif législatif. La restriction doit être «minimale», c’est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l’atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d’adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu’elle a une portée trop générale simplement parce qu’ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l’objectif et à la violation [. . .] Par contre, si le gouvernement omet d’expliquer pourquoi il n’a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide. [Je souligne.]

L’application de ces remarques dépend en grande partie des facteurs contextuels que j’ai déjà exa-

vassed. In my view, little deference should be shown in this case where the contextual factors mentioned above indicate that the government has not established that the harm which it is seeking to prevent is widespread or significant.

The provision in this case is also overbroad and underbroad in relation to the purpose of the legislation. The ban imposed in this case is overbroad because it prohibits in the final three days of an election campaign the publication and use by voters of all those polls which would meet the usual standards of accuracy. Its underbreadth has already been mentioned in the rational connection analysis: the blackout period may not adequately disabuse voters of an erroneous impression left by a poll which did not disclose its methodology to critics or the public. Indeed, as a matter of logic, the utility of the ban as a period of response and criticism is gravely undermined by the failure to require the publication of methodological information. Both the Lortie Commission, *supra*, at p. 464, and Professor Lachapelle, *supra*, at pp. 154-55, recommended that methodological information be disclosed in addition to a blackout period. In his affidavit before this Court (Case on Appeal, at pp. 92 *et seq.*), Professor Lachapelle, at para. 29, states:

Even if sufficient information is available to assess the reliability of the survey, or if the survey results are inaccurately reported, an adequate period of time is required to effectively challenge or correct the published report. If an accurate public opinion survey is released on the day before an election, there will be no meaningful opportunity for public debate or response.

This evidence supports the view that the mandatory disclosure of methodological information combined with a blackout period fulfils the government's purpose more effectively than the mandatory disclosure alone. What we are dealing with here, however, is a blackout period without a mandatory disclosure of methodology. In assessing whether this provision is narrowly tailored, the

minés de manière approfondie. Je suis d'avis qu'il convient de faire montre de peu de retenue dans la présente affaire, car les facteurs contextuels précités indiquent que le gouvernement n'a pas établi que le préjudice qu'il cherche à prévenir est répandu ou important.

De plus, la disposition en litige a une portée à la fois trop générale et trop limitée relativement à l'objectif de la loi. L'interdiction imposée en l'espèce est trop générale en ce qu'elle a pour effet d'interdire, durant les trois derniers jours des campagnes électorales, la publication et l'utilisation par les électeurs de tous les sondages qui respectent les normes habituelles d'exactitude. Pour ce qui est de sa portée trop limitée, elle a déjà été signalée dans l'analyse du lien rationnel: il est possible que l'embargo ne dissipe pas suffisamment chez les électeurs l'impression erronée laissée par un sondage dont la méthodologie n'a pas été communiquée aux critiques ou au public. De fait, sur le plan de la logique, l'utilité de l'embargo en tant que période de réaction et de critique est sérieusement amoindrie par l'omission d'exiger la publication de renseignements sur la méthodologie utilisée. Tant la Commission Lortie, *op. cit.*, à p. 482, que le professeur Lachapelle, *op. cit.*, aux pp. 178, 180 et 181, ont recommandé, en plus d'un embargo, la communication des données méthodologiques. Dans son affidavit produit devant notre Cour (dossier, aux pp. 92 et suiv.), le professeur Lachapelle dit ceci, au par. 29:

[TRADUCTION] Même s'il y a suffisamment d'information pour apprécier la fiabilité du sondage, ou si les résultats du sondage ne sont pas rapportés de manière inexacte, une période suffisante est nécessaire pour permettre de contester efficacement le reportage publié ou pour le corriger. Si un sondage d'opinion exact est diffusé le jour qui précède le scrutin, il n'y aura pas de possibilité réelle d'en débattre publiquement ou d'y réagir.

Ce témoignage étaye le point de vue selon lequel la communication obligatoire des données méthodologiques, conjuguée à un embargo, permet de réaliser plus efficacement l'objectif du gouvernement que la seule communication obligatoire. Cependant, nous sommes en présence d'un embargo sans communication obligatoire de la méthodologie. Pour déterminer si cette disposition

obvious alternative which Parliament could have adopted was a mandatory disclosure of methodological information without a publication ban. Indeed, British Columbia has enacted just such a measure, as has the State of New York in the United States (*Election Act*, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 235; NY statute cited in Lachapelle Study, *supra*, at p. 51). Although such a provision would still leave the door open to inaccurate poll results published immediately prior to the election having some impact, that possibility would be significantly reduced both by virtue of the reader's initial access to those methodological data, and by the opportunity for rapid response by parties whose interests are prejudiced by the inaccurate poll. The government has not explained, however, how or whether this danger is any less than that of a poll published prior to the three-day blackout period without methodological data which is effectively immune from the reasoned criticism which the blackout period purports to allow. The failure to address or explain the reason for not adopting a significantly less intrusive measure which appears as effective as that actually adopted weighs heavily against the justifiability of this provision.

a été conçue strictement, la solution de rechange évidente qui aurait pu être retenue par le législateur est la communication obligatoire des données méthodologiques sans interdiction de publication. De fait, la Colombie-Britannique a édicté une telle mesure, tout comme l'a fait l'État de New York (*Election Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 106, art. 235; la loi de l'État de New York citée dans l'Étude Lachapelle, *op. cit.*, à la p. 59). Bien qu'une telle disposition laisse encore subsister la possibilité que la publication des résultats d'un sondage inexact immédiatement avant le jour du scrutin ait quelque influence, cette possibilité serait considérablement amoindrie du fait que les électeurs auraient accès aux données méthodologiques et que les partis auxquels ce sondage serait préjudiciable auraient la possibilité de répliquer rapidement. Le gouvernement n'a toutefois pas expliqué en quoi ce danger est moins grand que celui créé par un sondage qui est publié avant l'embargo, sans information méthodologique, et qui échappe dans les faits à la critique raisonnée que l'embargo est censé permettre. L'omission d'exposer ou d'expliquer la raison pour laquelle on a écarté une mesure beaucoup moins attentatoire, qui semble aussi efficace que celle effectivement prise, milite fortement contre la reconnaissance du caractère justifiable de cette disposition.

120

The respondent countered this concern by suggesting that a law requiring pollsters to publish methodological information along with the poll results is actually more intrusive on the freedom of expression than the three-day ban. I would reject this argument. Without making any ruling on the constitutionality of such a measure, I would simply refer to the words of McLachlin J. in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 163: "As this Court has observed before, it will be more difficult to justify a complete ban on a form of expression than a partial ban: *Ramsden v. Peterborough (City)*, [[1993] 2 S.C.R. 1084], at pp. 1105-6; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [[1988] 2 S.C.R. 712], at pp. 772-73." Whether a ban over a three-day period can properly be described as a "complete ban" is a subtle point. It is clear, however, that a provision which prohibited the publication of opinion polls without methodological information

L'intimé a répondu à cet argument en affirmant qu'une loi obligeant les sondeurs à publier des données méthodologiques en même temps que les résultats du sondage porte dans les faits davantage atteinte à la liberté d'expression que l'interdiction de publication pendant trois jours. Je rejette cet argument. Sans me prononcer sur la constitutionnalité d'une telle mesure, je citerai simplement les propos suivants du juge McLachlin dans *RJR-MacDonald*, précité, au par. 163: «Comme notre Cour l'a déjà fait remarquer, il sera plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que l'interdiction partielle: *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [[1993] 2 R.C.S. 1084], aux pp. 1105 et 1106, et *Ford c. Québec (Procureur général)*, [[1988] 2 R.C.S. 712], aux pp. 772 et 773.» La question de savoir si une interdiction de trois jours peut à juste titre être qualifiée d'«interdiction totale» est un point subtil. Il est toutefois

would be less intrusive to freedom of expression than a ban on publication of polling information during a crucial period. In the first case, the speaker has a choice: by complying with the prescribed conditions, he or she may engage in the speech. In the case of the ban, the speaker has no such choice: the information may not be expressed regardless of any choice the speaker makes. I emphasize in saying this, that I do not here pronounce on the constitutionality of such a provision. I am merely rejecting the respondent's claim that the current legislative provision is the least intrusive measure which the government could have chosen to achieve its purpose.

The respondent pointed to the presence of similar blackout periods on public opinion surveys in other democratic countries to support its argument that this measure fell within the permissible range of alternatives. I do not find this evidence to be highly persuasive. Although a number of countries do have such provisions, most democratic countries have minimal or no restrictions on polling information; Lachapelle Study, *supra*, at pp. 52-62. This may be contrasted with the evidence before the Court in *Butler*, *supra*, at p. 497, to the effect that most free and democratic countries had legislation similar to that under scrutiny. Moreover, some of the bans on publication of polling information in other countries extend for very long periods, even the entire election campaign. This suggests that the purpose of those bans may be something other than ensuring that polls are as accurate as possible, which is the only permissible objective under our *Charter*. Where the approach in other countries is variable, or is in some relevant way different from the legislation under scrutiny in Canada, then those legislative measures must be examined more closely to determine their precise purpose and whether those purposes are of persuasive force here. Not only may the social context be quite different from that in Canada, but also the legal context within which measures restricting the

évident qu'une disposition qui interdirait la publication des sondages non accompagnés de données méthodologiques porterait moins atteinte à la liberté d'expression qu'une interdiction de publier de l'information touchant les sondages durant une période cruciale. Dans le premier cas, celui qui désire s'exprimer a un choix à faire: s'il choisit de se plier aux conditions prescrites, il peut s'exprimer. Dans le cas de l'interdiction, il n'a pas ce choix: l'information ne peut être communiquée, peu importe ce qu'il aurait décidé. En disant cela, je tiens à préciser que je ne me prononce pas sur la constitutionnalité d'une telle disposition. Je rejette simplement l'argument de l'intimé selon lequel la disposition existante est la mesure la moins attentatoire que le gouvernement pouvait retenir pour réaliser son objectif.

L'intimé a invoqué l'existence d'embargos semblables sur les sondages d'opinion dans d'autres pays démocratiques au soutien de son argument que cette mesure fait partie des solutions permises. Je ne trouve pas cette preuve très convaincante. Même si un certain nombre de pays ont effectivement adopté de telles dispositions, la plupart des pays démocratiques ne limitent que très peu ou pas du tout l'information touchant les sondages: Étude Lachapelle, *op. cit.*, aux pp. 61 à 72. On peut comparer cette preuve avec celle qui a été soumise à notre Cour dans *Butler*, précité, à la p. 497, et qui établissait que la plupart des pays libres et démocratiques possédaient des textes législatifs de la nature de celui en litige dans cette affaire. En outre, les interdictions de publication visant l'information touchant les sondages en vigueur dans certains pays sont de très longue durée, s'étendant dans certains cas à toute la campagne électorale. Ce fait suggère qu'ils n'ont peut-être pas pour objet d'assurer la publication des sondages les plus exacts possible, seul objectif autorisé sous le régime de notre *Charte*. Quand la solution adoptée dans d'autres pays varie ou est, sous quelque aspect pertinent, différente de la loi contestée au Canada, les mesures législatives étrangères doivent être étudiées plus attentivement afin de dégager leur objectif précis et de déterminer si cet objectif

freedom of speech are evaluated may be dissimilar. In the absence of some consensus in the international context, or of evidence explaining why the provisions adopted in some other free and democratic countries are compelling given the situation in Canada, the experience of some other countries as a justification under s. 1 should not be accorded great weight. This is no more than to say that the example of those countries which do not have such provisions is of as much weight in evaluating whether the legislation is justified as those which do. The key question, once the divergence of approach in the international community is established, is whether the values of Canadian society — of which the *Charter* itself forms a part — are more in accord with one approach rather than the other. The respondent has not taken this extra step in his analysis of those countries which do have publication bans, and therefore, I find this evidence neutral to the outcome of this case.

a une valeur persuasive au Canada. Non seulement le contexte social peut être complètement différent de celui qui existe au Canada, mais le contexte juridique dans lequel les mesures restreignant la liberté d'expression sont évaluées peut lui aussi être différent. En l'absence d'un certain consensus au niveau international ou de preuve expliquant pourquoi les dispositions adoptées dans d'autres pays libres et démocratiques ont une valeur persuasive compte tenu de la situation canadienne, il n'y a pas lieu d'accorder beaucoup de poids à l'expérience de quelques autres pays en tant que justification dans le cadre de l'article premier. Cela revient tout au plus à dire que, pour décider si le texte de loi est justifié, l'exemple des pays qui ne possèdent pas de telles dispositions a autant de poids que celui des pays qui n'en ont pas. La question clé, une fois établie la divergence des solutions retenues dans le reste du monde, est de savoir si les valeurs de la société canadienne — dont la *Charte* elle-même fait partie — s'accordent mieux avec une solution plutôt qu'une autre. L'intimé n'a pas fait cette démarche supplémentaire dans son analyse de la situation des pays qui ont établi des interdictions de publication, et, par conséquent, j'estime que cette preuve a un effet neutre sur l'issue du présent pourvoi.

122

In summary, I find that the blackout period does not minimally impair the freedom of expression guaranteed in the *Charter*, and is therefore not justified under s. 1. The harm which the legislature is seeking to prevent does not warrant a high degree of deference to the legislature. Unlike the situation in *Butler*, *Ross*, *Keegstra*, and *Irwin Toy*, the government is not dealing with a vulnerable group which is in danger of manipulation or abuse because of an essential opposition of interests, or because of the nature of the speech itself. There were other measures which would have achieved the government's purpose equally well or even better than the publication ban, and which would have been far less intrusive to the freedom of expression. Finally, the experience of the international community is inconclusive.

En résumé, je suis d'avis que l'embargo n'est pas une atteinte minimale à la liberté d'expression garantie par la *Charte* et qu'il n'est donc pas justifié au sens de l'article premier. Le préjudice que le législateur cherche à prévenir ne justifie pas de faire montre d'un degré élevé de retenue envers ce dernier. Contrairement à la situation dans les arrêts *Butler*, *Ross*, *Keegstra* et *Irwin Toy*, le gouvernement n'est pas concerné par un groupe vulnérable, qui risque d'être victime de manipulation ou d'abus en raison d'un choc fondamental d'intérêts ou de la nature du discours en cause lui-même. Il existe d'autres mesures qui auraient permis de réaliser l'objectif du gouvernement et ce tout aussi bien, voire encore mieux que l'interdiction de publication, et qui auraient été beaucoup moins attentatoires à la liberté d'expression. Finalement, l'expérience au niveau international n'est pas concluante.

6. Proportionality Between the Deleterious Effects and the Benefits of the Ban

The third stage of the proportionality analysis was originally formulated in *Oakes, supra*, at p. 140, as ensuring a general proportionality between the measures and the pressing and substantial objective of the provision under scrutiny:

Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

This formulation has been criticized as merely duplicating what is already accomplished by the first two stages of the proportionality analysis. As a practical matter, this is confirmed by the jurisprudence of this Court: there appears to be no case in which a measure was justified by the first two steps of the proportionality analysis, but then found unjustified by an application of the third step.

More recent cases have reformulated the third stage of the proportionality analysis in order to give it a distinct scope and function. In *Dagenais, supra*, at pp. 887-88, Lamer C.J. articulated the test as follows:

... I believe that the third step of the second branch of the *Oakes* test requires both that the underlying objective of a measure and the salutary effects that actually result from its implementation be proportional to the deleterious effects the measure has on fundamental rights and freedoms. A legislative objective may be pressing and substantial, the means chosen may be rationally connected to that objective, and less rights-impairing alternatives may not be available. Nonetheless, even if the importance of the objective itself (when viewed in the abstract) outweighs the deleterious effects on protected rights, it is still possible that the actual sal-

6. La proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de l'interdiction

La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité a été formulée pour la première fois dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 140, comme moyen d'assurer une proportionnalité générale entre les mesures et l'objectif urgent et réel de la disposition examinée:

Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Cette formulation a été critiquée parce qu'elle ne ferait que reprendre ce qui est déjà accompli par les deux premières étapes de l'analyse de la proportionnalité. Dans la pratique, cette critique est confirmée par la jurisprudence de notre Cour: il ne semble pas y avoir d'affaire où une mesure dont la justification a été démontrée aux deux premières étapes de l'analyse de la proportionnalité a ensuite été déclarée injustifiée au terme de la troisième étape.

Dans des arrêts plus récents, la troisième étape de l'analyse de la proportionnalité a été reformulée pour lui conférer un champ d'application et un rôle distincts. Dans *Dagenais*, précité, le juge en chef Lamer a énoncé le critère dans les termes suivants, aux pp. 887 et 888:

... j'estime que la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* nécessite que l'objectif qui sous-tend la mesure et les effets bénéfiques qui résultent en fait de sa mise en application soient proportionnels à ses effets préjudiciables sur les libertés et droits fondamentaux. Un objectif législatif peut être urgent et réel, le moyen choisi peut avoir un lien rationnel avec cet objectif, et il se peut qu'il n'existe aucune autre mesure portant moins atteinte aux droits. Néanmoins, et bien que l'importance de l'objectif même (lorsqu'il est considéré dans l'abstrait) l'emporte sur les effets préjudiciables sur les droits garantis, il reste possible que les effets

utary effects of the legislation will not be sufficient to justify these negative effects. [Emphasis in original.]

He went on, at p. 889, to state:

I would, therefore, rephrase the third part of the *Oakes* test as follows: there must be a proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and there must be a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures. [Emphasis in original.]

In my view, the first part of this reformulation is already achieved by virtue of the first two parts of the *Oakes* proportionality test. The subsequent development of the *Oakes* test, particularly the broad contextual approach which has been adopted by this Court since the decision in the *Edmonton Journal* case, ensures that the rational connection and the minimal impairment tests are sufficient to determine whether there is a proportionality between the deleterious effects of a measure, and its objective. Once a determination had been made that there is a pressing and substantial objective behind the infringing measure which may justify some infringement of the *Charter*, then the first and second stages of the *Oakes* proportionality analysis assess whether there is a coherence and an efficiency between those measures and the justified purpose. The relevant efficiency measured at the second stage of the proportionality analysis is whether it infringes on the *Charter* right to the minimum extent possible while still fulfilling the justified purpose.

125 The third stage of the proportionality analysis performs a fundamentally distinct role. Determining whether there is a pressing and substantial objective behind the provision under scrutiny necessarily occurs in the abstract, before the specific nature of the legislation and its impact on the *Charter* right has been analysed. Of course, ascertaining that objective requires a consideration of what the provision actually does, as well as documentary evidence as to what the legislator thought it was doing. Moreover, the relevant purpose is the purpose specific to the provision which limits the *Charter* right. But the purpose must, nevertheless, be articulated abstractly because a purpose is a

bénéfiques réels de la disposition législative ne soient pas suffisants pour justifier ces effets négatifs. [Souligné dans l'original.]

Il a ajouté ceci, à la p. 889:

Je reprendrais donc la troisième partie du critère *Oakes* comme suit: il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques. [Souligné dans l'original.]

À mon avis, l'objet de la première partie de cette reformulation est déjà accompli par les deux premiers éléments du critère de la proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. Le développement ultérieur du critère établi dans *Oakes*, en particulier l'analyse largement contextuelle retenue par notre Cour depuis l'arrêt *Edmonton Journal*, fait en sorte que les critères du lien rationnel et de l'atteinte minimale sont suffisants pour permettre de décider s'il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables d'une mesure et l'objectif visé par celle-ci. Une fois qu'il est jugé que la mesure attentatoire vise un objectif urgent et réel susceptible de justifier une certaine atteinte à la *Charte*, les première et deuxième étapes de l'analyse de la proportionnalité prévue par l'arrêt *Oakes* permettent alors de statuer sur la cohérence et l'efficacité de la mesure et de l'objectif justifié. Pour mesurer l'efficacité à la deuxième étape de l'analyse de la proportionnalité, on se demande si la mesure porte le moins possible atteinte à un droit garanti par la *Charte* tout en permettant de réaliser l'objectif justifié.

La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité joue un rôle fondamentalement distinct. L'examen de la disposition en cause, afin de déterminer si elle repose sur un objectif urgent et réel, se fait nécessairement dans l'abstrait, avant l'analyse de la nature précise de la mesure législative et de son effet sur le droit garanti par la *Charte*. Évidemment, il faut, pour dégager cet objectif, étudier l'effet concret de la disposition ainsi que la preuve documentaire concernant l'effet que recherchait le législateur. De plus, l'objectif pertinent de la disposition est l'objectif particulier qui restreint le droit garanti par la *Charte*. Cependant, l'objectif doit néanmoins être formulé en termes abstraits,

goal or outcome which, by definition, may be achieved in different ways. Before the specific effects of the measure in question have been scrutinized and concretized through the first two steps of the proportionality analysis, it is often difficult to assess, in the abstract, the possible impact on *Charter* freedoms of a laudable legislative objective. The focus of the first and second steps of the proportionality analysis is not the relationship between the measures and the *Charter* right in question, but rather the relationship between the ends of the legislation and the means employed. Although the minimal impairment stage of the proportionality test necessarily takes into account the extent to which a *Charter* value is infringed, the ultimate standard is whether the *Charter* right is impaired as little as possible given the validity of the legislative purpose. The third stage of the proportionality analysis provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*. As Professor Jamie Cameron states (“The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, at p. 66):

... this branch of the section 1 analysis asks an important question. By assessing the proportionality of its deleterious effects and salutary benefits it considers, in direct and explicit terms, whether the consequences of the violation are too great when measured against the benefits that may be achieved. As such, it is the only part of the current analysis to acknowledge the harm or cost of justifiable limits: that a constitutional right has been violated.

The deleterious effects which may arise from an infringement of the *Charter* may be general, in the sense that any serious infringement of the right to freedom of expression may impair the climate of free exchange of ideas which is an essential value of our society; or the deleterious effects may be specific, in that a particular benefit which would

car un objectif est un but ou un résultat qui, par définition, peut être réalisé de diverses manières. Avant que les effets précis de la mesure en question aient été examinés à fond puis dégagés à l'issue des deux premières étapes de l'analyse de la proportionnalité, il est souvent difficile d'apprécier, dans l'abstrait, l'effet possible d'un objectif législatif louable sur des libertés garanties par la *Charte*. Les première et deuxième étapes de l'analyse de la proportionnalité ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la *Charte*, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés. Même si l'étape de l'atteinte minimale du critère de la proportionnalité tient nécessairement compte de la mesure dans laquelle il est porté atteinte à une valeur prévue par la *Charte*, la norme qui doit être appliquée en bout de ligne consiste à se demander s'il est porté atteinte le moins possible au droit garanti par la *Charte* compte tenu de la validité de l'objectif législatif. La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité donne l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*. Comme le dit le professeur Jamie Cameron, dans «The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, à la p. 66:

[TRADUCTION] ... ce volet de l'analyse fondée sur l'article premier pose une question importante. L'évaluation de la proportionnalité des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de la violation soulève, directement et explicitement, la question de savoir si les conséquences de celle-ci sont disproportionnées aux avantages pouvant en découler. En tant que tel, ce volet est la seule partie de l'analyse actuelle qui reconnaît le préjudice ou coût des limites justifiables: c'est-à-dire le fait qu'un droit garanti par la Constitution a été violé.

Les effets préjudiciables susceptibles de découler d'une atteinte à la *Charte* peuvent avoir soit un caractère général, en ce sens que toute atteinte grave au droit à la liberté d'expression est susceptible d'altérer le climat de libre échange des idées qui est une valeur essentielle de notre société; soit un caractère particulier, en ce qu'ils font obstacle à

accrue from the speech in question is prevented. Although both of these possible effects will and should be considered in deciding whether there is a pressing and substantial objective of the legislation, the focus at that stage is more in determining whether there is a significant harm which the government is addressing. Comparing the harm which may be prevented with the harm of the infringement itself is a balancing which can most effectively take place within the context of the proportionality analysis.

126

This approach accords with the analysis in *R. v. Loba*, [1994] 3 S.C.R. 965, where the reformulated proportionality test proposed by Lamer C.J. in *Dagenais*, *supra*, was applied. The issue in *Loba* was the constitutionality of a provision which made it an offence to sell stolen ore unless the defendant could establish that he or she was the lawful owner. This was challenged under s. 11(d) of the *Charter*. Sopinka J. writing for the Court, at p. 1006, found that the specific objective of the provision was “to facilitate the prosecution of offenders given the special problem of proof” regarding the ownership of ore. He also found that the measure was not minimally impairing of s. 11(d) even given the validity of the purpose of the legislation. But he went on to state, at p. 1011:

Even if I were persuaded that the imposition of a legal burden was clearly more effective in achieving Parliament’s objective, I would find that it fails the proportionality test because of the excessive invasion of the presumption of innocence having regard to the degree of advancement of Parliament’s purpose. [Emphasis added.]

This analysis directly addresses the relationship between otherwise justified measures and the extent of harm to the *Charter* right. This weighing exercise necessarily admits of some subjectivity, but this is lessened by the analysis of the purposes, the rationality, and the efficiency of the legislation required by the previous stages of the *Oakes* test.

un avantage déterminé qui découle de la forme d’expression en question. Même si ces deux effets possibles doivent être pris en considération et le sont pour décider si la loi repose sur un objectif urgent et réel, cette étape de l’analyse porte davantage sur la question de savoir si le gouvernement vise à remédier à un préjudice important. Le fait de comparer le préjudice qui peut être évité et le préjudice causé par l’atteinte elle-même est une mise en équilibre qui peut être réalisée avec le plus d’efficacité dans le contexte de l’analyse de la proportionnalité.

Cette méthode concorde avec l’analyse effectuée dans *R. c. Loba*, [1994] 3 R.C.S. 965, où la Cour a appliqué la reformulation du critère de la proportionnalité proposée par le juge en chef Lamer dans *Dagenais*, précité. Dans *Loba*, la question en litige était la constitutionnalité d’une disposition qui interdisait à toute personne de vendre du minerai volé à moins qu’elle n’établisse qu’elle en est le propriétaire. Cette disposition a été contestée sur le fondement de l’al. 11d) de la *Charte*. Le juge Sopinka, s’exprimant pour la Cour, a conclu, à la p. 1006, que la disposition avait précisément pour but «de faciliter les poursuites contre les contrevenants, compte tenu du problème de preuve» en ce qui concerne la propriété du minerai. Il a en outre conclu que la mesure ne portait pas atteinte le moins possible à l’al. 11d), même en tenant compte de la validité de l’objectif de la disposition législative. Toutefois, il a ajouté ceci, à la p. 1011:

Même si j’étais convaincu qu’il serait nettement plus efficace d’imposer une charge ultime pour atteindre l’objectif du législateur, j’arriverais à la conclusion que cela ne satisfait pas au critère de proportionnalité à cause de l’empiètement excessif sur la présomption d’innocence compte tenu de la contribution à la réalisation de l’objectif du législateur. [Je souligne.]

Cette analyse porte directement sur le rapport entre des mesures par ailleurs justifiées et l’étendue du préjudice causé au droit garanti par la *Charte*. Cette mise en balance souffre nécessairement d’une certaine subjectivité, mais cette lacune est atténuée par l’analyse des objectifs, du lien rationnel et de l’efficacité de la disposition législative qui est requise par les volets précédents du critère de l’arrêt *Oakes*.

The impact on freedom of expression in this case is profound. This is a complete ban on political information at a crucial time in the electoral process. The ban interferes with the rights of voters who want access to the most timely polling information available, and with the rights of the media and pollsters who want to provide it. It is an interference with the flow of information pertaining to the most important democratic duty which most Canadians will undertake in their lives: their choice as to who will govern them. Such a polling ban also sends the message that the media in their role as a reporter of information, and not as an advertiser, can be muzzled by the government. Rather than approaching the problem of inaccurate polls as a question of too little information, or added incentives for preventing the publication of inaccurate polls, the government constrains the range of evaluations that a voter is permitted to make in fulfilling their sacred democratic function as a citizen. It justifies such a measure on the basis that some indeterminate number of voters might be unable to spot an inaccurate poll result and might rely to a significant degree on the error, thus perverting their electoral choice.

In my analysis above, I have found that despite the many factors militating against the realization of this misinformed choice, including the presence of many other polls in the public domain both prior to and concurrent with the erroneous poll, such a scenario is conceivable for a small number of voters. However, in my view, the government cannot take the most uninformed and naïve voter as the standard by which constitutionality is assessed. To quote the words of Frankfurter J. speaking in another context: “The incidence of this enactment is to reduce the adult population of Michigan to reading only what is fit for children” (*Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957), at p. 383). Just as Frankfurter J. could not accept that the standard of indecency for adults should be

Dans le présent cas, l’effet sur la liberté d’expression est profond. Il s’agit d’une interdiction complète visant de l’information politique à un moment crucial du processus électoral. Cette interdiction porte atteinte, d’une part, aux droits des électeurs qui veulent avoir accès à l’information la plus à-propos disponible en matière de sondage, et, d’autre part, aux droits des médias et des sondeurs qui désirent fournir cette information. Il s’agit d’une atteinte à la circulation d’information se rapportant à la fonction démocratique la plus importante dont s’acquittent la plupart des Canadiens au cours de leur vie: le choix de ceux qui vont les gouverner. De plus, le message que transmet une telle interdiction de publication des sondages est que les médias, non pas en tant que publicitaires, mais en tant que communicateurs d’information, peuvent être muselés par le gouvernement. Plutôt que de considérer le problème des sondages inexacts comme un problème d’insuffisance d’information ou de besoin d’incitatifs supplémentaires afin de prévenir la publication de sondages inexacts, le gouvernement limite l’éventail des évaluations que les électeurs sont autorisés à faire dans l’accomplissement de leur devoir démocratique sacré de citoyens. Il justifie pareille mesure en soutenant qu’un nombre indéterminé d’électeurs pourraient être incapables de déceler des résultats de sondage inexacts et pourraient, dans une mesure importante, s’appuyer sur l’erreur, ce qui fausserait leur choix électoral.

Dans l’analyse qui précède, j’ai conclu que, malgré les nombreux facteurs qui tendent à empêcher un tel choix mal éclairé de se concrétiser, notamment la présence de nombreux autres sondages dans le domaine public tant avant le sondage erroné que simultanément, un tel scénario est concevable à l’égard d’un petit nombre d’électeurs. Toutefois, je suis d’avis que le gouvernement ne peut pas faire de l’électeur le moins informé et le plus naïf la norme au regard de laquelle la constitutionnalité doit être appréciée. Pour reprendre les propos formulés par le juge Frankfurter, dans un autre contexte: [TRADUCTION] «L’effet de ce texte de loi est de condamner la population adulte du Michigan à ne lire que ce qui est convenable pour les enfants» (*Butler c. Michigan*, 352 U.S. 380

determined according to the vulnerability of a child, nor can I accept here a measure which decides that information which is desired and can be rationally and properly assessed by the vast majority of the voting electorate should be withheld because of a concern that a very few voters might be so confounded that they would cast their vote for a candidate whom they would not have otherwise preferred. That is to reduce the entire Canadian public to the level of the most unobservant and naïve among us. This concern is also very remote from any danger that the guarantee of effective representation will be undermined.

129 My view is that, given the state of the evidence before the Court on this issue, the postulated harm will seldom occur. The benefits of the ban are, therefore, marginal. The deleterious effects are substantial. First, the ban sends the general message that the media can be constrained by government not to publish factual information. Second, it interferes with the reporting function of the media with respect to the election, which is an interference with the freedom of the media when its participation is most crucial to self-governance. These are the deleterious effects as they relate to the freedom of the speaker. But third, the ban denies access to electoral information which some voters may consider very useful in deciding their vote. If they feel that their votes are better informed as a result of having this information, then the ban not only interferes with their freedom of expression, but with their perception of the freeness and validity of their vote. This undermines the very faith in the electoral process which the government suggests is one of the rationales for this ban.

130 In my view, the doubtful benefits of this ban are outweighed by its significant and tangible deleterious

(1957), à la p. 383). Tout comme le juge Frankfurter ne pouvait accepter que, dans le cas des adultes, la norme en matière d'indécence soit déterminée en fonction de la vulnérabilité des enfants, je ne peux accepter, en l'espèce, une mesure disposant que des renseignements qui sont désirés et qui peuvent être évalués rationnellement et adéquatement par la vaste majorité des électeurs ne peuvent être communiqués parce qu'on craint qu'un très petit nombre d'entre eux pourraient être à ce point décontenancés par ces renseignements qu'ils voteraient pour un candidat qu'ils n'auraient pas appuyé autrement. Cela revient à réduire l'entière population canadienne au niveau des moins perspicaces et des plus naïfs d'entre nous. Cette préoccupation est également très éloignée de tout danger d'atteinte à la garantie de représentation effective.

Je suis d'avis que, compte tenu de la preuve devant notre Cour sur cette question, le préjudice qui a été posé en postulat ne se produit que rarement. Les avantages de l'interdiction sont par conséquent minimes. Les effets préjudiciables sont considérables. Premièrement, l'interdiction transmet le message général que les médias peuvent être empêchés par le gouvernement de publier de l'information factuelle. Deuxièmement, il entrave le rôle de communicateurs de l'information des médias en période électorale, ce qui constitue une atteinte à la liberté d'expression des médias au moment où leur participation revêt une importance cruciale pour la démocratie. Voilà quels sont les effets préjudiciables par rapport à la liberté d'expression de la personne qui s'exprime. Mais, troisièmement, l'interdiction nie l'accès à une information électorale que certains électeurs peuvent considérer très utile pour arrêter leur choix. S'ils estiment que leur vote est plus éclairé parce qu'ils disposent de cette information, alors l'interdiction porte non seulement atteinte à leur liberté d'expression, mais également à leur perception que leur vote est libre et valide. Cette situation mine la confiance même dans le processus électoral qui, au dire du gouvernement, est précisément l'un des objectifs de l'interdiction.

À mon avis, les effets préjudiciables importants et tangibles de l'interdiction l'emportent sur ses

rious effects and therefore is not justified under the third stage of the proportionality analysis. The very serious invasion of the freedom of expression of all Canadians is not outweighed by the speculative and marginal benefits postulated by the government. This is not to say that there is no possibility for Parliament to legislate with regard to the dangers that represent bad polls. As mentioned earlier, the present legislation was found to be defective not with regard to its purpose, but with regard to the fact that the means chosen to carry out that purpose did not satisfy the minimal impairment and proportionality tests.

VII. Disposition

I find that s. 322.1 of the *Canada Elections Act* infringes s. 2(b) of the *Charter* and that it is not a reasonable limit on freedom of expression under s. 1. Accordingly, I would allow the appeal with costs and declare s. 322.1 of the *Canada Elections Act* to be inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect by reason of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. I would answer the constitutional questions in the following manner:

1. Does s. 322.1 of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, as amended, infringe s. 2(b) and/or s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes with respect to s. 2(b), and no comment with respect to s. 3.

2. If s. 322.1 of the *Canada Elections Act* infringes s. 2(b) and/or s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 322.1 a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

avantages douteux, et elle n'est donc pas justifiée selon le troisième volet de l'analyse de la proportionnalité. L'atteinte très grave à la liberté d'expression de tous les Canadiens n'est pas écartée par les avantages hypothétiques minimes avancés par le gouvernement. Ce qui ne veut pas dire qu'il est impossible au législateur de légiférer à l'égard des dangers que créent les mauvais sondages. Comme je l'ai dit plus tôt, la loi existante a été jugée défectueuse au regard non pas de son objectif, mais plutôt du fait que les moyens choisis pour réaliser cet objectif ne satisfont pas aux critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité.

VII. Le dispositif

J'arrive à la conclusion que l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* et qu'il n'est pas une limite raisonnable à la liberté d'expression au sens de l'article premier. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi avec dépens et déclarerais l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* incompatible avec la *Charte* et par conséquent inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, et ses modifications, contrevient-il à l'al. 2b) ou à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou aux deux à la fois?

Réponse: Oui pour ce qui est de l'al. 2b), mais aucun commentaire pour ce qui est de l'art. 3.

2. Si l'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada* contrevient à l'al. 2b) ou à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou aux deux à la fois, constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Appeal allowed with costs, LAMER C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Sydney L. Goldenberg, Toronto.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge en chef LAMER et les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureurs des appelantes: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Arvay Finlay, Victoria.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Sydney L. Goldenberg, Toronto.