

**Paul Charles Bryan** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen and Attorney  
General of Canada** *Respondents*

and

**Canadian Broadcasting Corporation,  
CTV Inc., TVA Group Inc., Rogers  
Broadcasting Limited, CHUM Limited,  
Sun Media Corporation, Sun Media  
(Toronto) Corporation, Canadian Press,  
Globe and Mail, CanWest MediaWorks Inc.,  
CanWest MediaWorks Publications Inc.,  
Canoe Inc. and Canadian Civil Liberties  
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. BRYAN**

**Neutral citation: 2007 SCC 12.**

File No.: 31052.

2006: October 16; 2007: March 15.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of  
expression — Federal elections — Premature transmis-  
sion of results — Federal elections legislation prohibit-  
ing dissemination of election results from one electoral  
district to another if polling stations in that other district  
still open — Whether temporary ban on publication of  
election results infringes freedom of expression — If so,  
whether infringement justifiable — Canadian Charter of  
Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Canada Elections  
Act, S.C. 2000, c. 9, s. 329.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Reason-  
able limit — Sufficiency of evidence adduced by gov-  
ernment to justify infringement of constitutional right  
— Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.*

**Paul Charles Bryan** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine et procureur général du  
Canada** *Intimés*

et

**Société Radio-Canada, CTV Inc.,  
Groupe TVA Inc., Rogers Broadcasting  
Limited, CHUM Limitée, Corporation Sun  
Media, Sun Media (Toronto) Corporation,  
Presse canadienne, Globe and Mail,  
CanWest MediaWorks Inc., CanWest  
MediaWorks Publications Inc., Canoe  
Inc. et Association canadienne des libertés  
civiles** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BRYAN**

**Référence neutre : 2007 CSC 12.**

N° du greffe : 31052.

2006 : 16 octobre; 2007 : 15 mars.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté  
d'expression — Élections fédérales — Transmission pré-  
maturée des résultats — Législation sur les élections  
fédérales interdisant la diffusion de résultats électoraux  
dans les circonscriptions dont les bureaux de scru-  
tin sont encore ouverts — L'interdiction temporaire de  
publier des résultats électoraux porte-t-elle atteinte à  
la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte  
est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et  
libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.C.  
2000, ch. 9, art. 329.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Limite  
raisonnable — Caractère suffisant de la preuve présen-  
tée par le gouvernement pour justifier l'atteinte à un  
droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et  
libertés, art. 1.*

During the 2000 federal election, B transmitted the election results from 32 ridings in Atlantic Canada while polling stations remained open elsewhere in Canada, by posting the information on a website. He was charged with contravening s. 329 of the *Canada Elections Act*, which prohibits the transmission of election results in one electoral district to another electoral district before the close of all polling stations in that other district. B's application for a declaration that s. 329 was unconstitutional for unjustifiably infringing his freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was dismissed, and B was convicted of the offence. The summary conviction appeal judge declared the provision unconstitutional on the ground that it infringed the *Charter* right and was not saved by s. 1, and overturned B's conviction. The Court of Appeal held that s. 329 was a justified limit on freedom of expression and restored the conviction.

*Held* (McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Bastarache J.: Although s. 329 of the *Canada Elections Act* infringes freedom of expression, this infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. The true objective of the *Canada Elections Act* in the context of the provisions under scrutiny is to ensure informational equality by adopting reasonable measures to deal with the perception of unfairness created when some voters have general access to information that is denied to others, and the further possibility that access to that information will affect voter participation or choices. In determining the nature and sufficiency of the evidence required to justify an infringement of s. 2(b) of the *Charter*, s. 329 must be viewed in its context. Here, given that the harm associated with the loss of public confidence in the electoral process or with a breach of the principle of informational equality is difficult to measure, logic and reason assisted by some social science evidence could constitute sufficient proof of the harm. Furthermore, the subjective perceptions of Canadian voters that the electoral system is fair is a vital element in the integrity of the electoral system. Since prevention of Canadians' subjective fears and apprehension of harm is a goal of s. 329, evidence of those subjective fears must be taken as important. As for the nature of the infringing activity, while political expression lies at the core of the guarantee of free expression, the right at issue is the putative right to receive election results before the polls close; restricting access to such information before polls close

Lors des élections fédérales de 2000, B a transmis les résultats électoraux pour les 32 circonscriptions du Canada atlantique en les affichant sur un site Web, alors que des bureaux de scrutin restaient ouverts dans d'autres régions du Canada. Il a été accusé d'avoir enfreint l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada*, lequel interdit la diffusion de résultats électoraux dans les circonscriptions dont les bureaux de scrutin sont encore ouverts. La demande de B visant à faire déclarer inconstitutionnel l'art. 329 au motif qu'il porte atteinte de façon injustifiée à sa liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été rejetée, et B a été déclaré coupable de l'infraction. Le juge d'appel des poursuites sommaires a déclaré inconstitutionnelle la disposition au motif qu'elle porte atteinte au droit garanti par la *Charte* et ne peut être justifiée au sens de l'article premier, et il a annulé la déclaration de culpabilité de B. La Cour d'appel a conclu que l'art. 329 constitue une limite justifiée à la liberté d'expression et a rétabli la déclaration de culpabilité.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge Bastarache : Bien que l'article 329 de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte à la liberté d'expression, cette atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Le véritable objectif de la *Loi électorale du Canada* dans le contexte des dispositions en cause est de garantir l'égalité informationnelle par l'adoption de mesures raisonnables pour remédier à la perception d'injustice créée par le fait que certains électeurs ont un accès général à des informations dont ne disposent pas d'autres électeurs et aussi pour éviter que l'accès à ces informations puisse influencer sur la participation ou les choix des électeurs. Dans la détermination de la nature et du caractère suffisant de la preuve requise pour justifier une violation de l'al. 2b) de la *Charte*, il faut interpréter l'art. 329 dans son contexte. En l'espèce, étant donné qu'il est difficile de mesurer le préjudice causé par la perte de confiance du public dans le système électoral ou par la violation du principe de l'égalité informationnelle, la logique et la raison conjuguées à certains éléments de preuve relevant des sciences sociales pourraient constituer une preuve suffisante du préjudice. De plus, la perception subjective des électeurs canadiens que le système électoral est juste joue un rôle vital dans l'intégrité du système électoral. Comme l'art. 329 vise à épargner aux Canadiens les craintes subjectives et l'apprehension du préjudice, il faut considérer comme importante la preuve de ces craintes subjectives. Quant à la nature de l'activité protégée, même si l'expression politique se trouve au cœur

carries less weight than after they close. [10] [14] [16] [19] [23] [25] [27] [30]

Section 329, by virtue of its objective of ensuring informational equality among voters, is a reasonable limit on s. 2(b) of the *Charter*. Under the first branch of the s. 1 analysis, the government has established that ensuring informational equality is a pressing and substantial objective on the basis of logic and reason applied to the evidence brought by the Attorney General. Further, the Court has already determined in a previous decision that the objective of maintaining public confidence in the fairness of the electoral system is a pressing and substantial one. [35] [37] [53]

Under the second branch of the s. 1 analysis, the government has also demonstrated that the s. 329 ban meets the proportionality test. Logic and reason, combined with the Lortie Commission's report and the 2005 poll produced as fresh evidence sufficiently establish that s. 329 is rationally connected to the objective of maintaining public confidence in the electoral system. To allow some voters to access the results of voting in other districts would patently violate that objective. The suggestion that such information could be available to voters in spite of the ban, through private communications, does not detract from this conclusion. With respect to minimal impairment, the Lortie Commission's report also supports the view that maintaining public confidence in the electoral system requires some method of restraining publication of election results until most or all Canadians have voted. Staggered hours cannot alone perfectly address the problem of voter confidence. Parliament debated the advantages and disadvantages of various approaches to the problem, including the alternative options proposed by the Lortie Commission, and determined the s. 329 scheme to be the most effective and least intrusive. There is also sufficient evidence in the particular context of this case showing that Parliament's policy choice in adopting s. 329 is a rational and justifiable solution to the problem of informational imbalance. Finally, the salutary effects of s. 329 outweigh the deleterious effects. The salutary effects of s. 329 are clear. Of primary importance is the fact that s. 329 maintains the integrity of the principle of informational equality, and is the only effective legislative response available to Parliament to address that objective. Secondarily, logic and reason suggest that, given that 70 percent of Canadians surveyed in the 2005 poll believe in the importance of

de la garantie de la libre expression, le droit en cause est le droit présumé de recevoir des résultats électoraux avant la fermeture des bureaux de scrutin; la restriction de l'accès à ces informations avant la fermeture de ces bureaux a moins de poids qu'après leur fermeture. [10] [14] [16] [19] [23] [25] [27] [30]

L'article 329, en raison de son objectif de veiller à ce que les électeurs jouissent de l'égalité informationnelle, constitue une limite raisonnable à la liberté garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Selon le premier volet de l'analyse fondée sur l'article premier, le gouvernement a établi que le fait de veiller à l'égalité informationnelle est un objectif réel et urgent du fait de la logique et de la raison applicable à la preuve présentée par le procureur général. Par ailleurs, dans un arrêt antérieur, la Cour a déjà reconnu que le maintien de la confiance du public dans le système électoral constitue un objectif urgent et réel. [35] [37] [53]

Selon le deuxième volet de l'analyse fondée sur l'article premier, le gouvernement a aussi démontré que l'interdiction prévue à l'art. 329 répondait au critère de la proportionnalité. La logique et la raison, combinées avec le rapport de la Commission Lortie et les résultats du sondage de 2005 présentés à titre de preuve nouvelle permettent d'établir qu'il existe un lien rationnel entre l'art. 329 et l'objectif de maintenir la confiance du public dans le système électoral. Donner à certains électeurs l'accès aux résultats électoraux pour d'autres circonscriptions irait manifestement à l'encontre de cet objectif. Affirmer que les électeurs peuvent, malgré l'interdiction, obtenir ces informations par des communications privées ne change rien à cette conclusion. Pour ce qui est de l'atteinte minimale, le rapport de la Commission Lortie appuie aussi l'argument que, pour maintenir la confiance du public dans le système électoral, il faut prendre des mesures visant à retenir la publication des résultats électoraux jusqu'à ce que tous ou presque tous les Canadiens aient voté. Le décalage des heures de scrutin ne peut à lui seul résoudre parfaitement le problème de la confiance des électeurs. Le Parlement a débattu les avantages et inconvénients des diverses façons d'aborder le problème, y compris les autres options proposées par la Commission Lortie et a déterminé que le régime établi par l'art. 329 est le plus efficace et le moins attentatoire. Il y a aussi suffisamment d'éléments de preuve dans le contexte de l'espèce indiquant que le choix de principe du Parlement — l'adoption de l'art. 329 — est une solution rationnelle et justifiable au problème du déséquilibre informationnel. Enfin, les effets bénéfiques de l'art. 329 l'emportent sur ses effets préjudiciables. Ils sont clairs. Est d'une importance capitale le fait que cette disposition préserve l'intégrité du principe de l'égalité informationnelle et qu'il est le seul moyen efficace dont

informational equality in elections, s. 329 contributes to the maintenance of public confidence in the electoral system. These salutary effects are real, not merely potential. Moreover, s. 329 contributes in a positive way to the fairness and reputation of the electoral system as a whole. Regarding deleterious effects, there is no evidence that s. 329 harms the electoral process or the general right of Canadians to be informed that is manifestly superior to the evidence of its salutary effects in promoting electoral fairness. The s. 329 ban is only operative for a matter of two to three hours, only on election day, and it is only the late voters who will be affected. While the ban may be inconvenient for the media, this argument cannot be allowed to override as important a goal as the protection of Canada's electoral democracy. [40-41] [45-52]

*Per Fish J.:* Section 329 of the *Canada Elections Act* is but one element of a comprehensive, elaborate electoral system that temporarily restricts various forms of expression. Care must be taken not to usurp Parliament's role in determining the rules of the electoral game most appropriate for Canada as a whole. The role of the courts is simply to decide whether Parliament's impugned preference passes constitutional muster. Here, the government has discharged its burden under s. 1 of the *Charter*. The object of s. 329, which is to avoid or restrict the information imbalance that would otherwise result, relates to a pressing and substantial concern. Without the limit imposed by s. 329, voters in Central and Western Canada would have access to the results from the Atlantic provinces before casting their ballots, while voters in the Atlantic provinces would lack similar information. The s. 329 ban also meets the proportionality test. There is a rational connection between the objective and the limitation, and the limitation minimally impairs the affected *Charter* right. The deleterious effects of the limitation are also outweighed by its salutary effects. The justification invoked by the government must be assessed in light of the inherent resistance of the relevant harm to precise measurement. In this regard, the Lortie Commission's report and the 2005 poll provide a sound basis for concluding that the information imbalance is a real and significant harm and that Canadians value the principle of information equality. Further, they support the government's assertion that the information imbalance alone creates a perception of unfairness in the electoral system, which is itself a harm that Parliament may

le législateur dispose pour atteindre cet objectif. De façon secondaire, la logique et la raison tendent à indiquer que, comme 70 pour 100 des Canadiens interrogés lors du sondage de 2005 estiment que l'égalité informationnelle joue un rôle important dans les élections, l'art. 329 contribue à maintenir la confiance du public dans le système électoral. Ces effets bénéfiques sont réels, non une simple possibilité. De plus, l'art. 329 contribue de manière positive à l'équité et à la bonne réputation du système électoral dans son ensemble. Pour ce qui est des effets préjudiciables, la preuve que l'art. 329 cause un préjudice au processus électoral ou porte atteinte au droit général des Canadiens d'être informés n'est manifestement pas supérieure à la preuve que la promotion de l'équité électorale comporte des effets bénéfiques. L'interdiction prévue à l'art. 329 ne porte que sur deux ou trois heures, et uniquement le jour du scrutin, et ce sont seulement les électeurs tardifs qui seront touchés. Il est possible que l'interdiction cause des inconvénients aux médias, mais cet argument ne saurait l'emporter sur un objectif aussi important que la protection de la démocratie électorale canadienne. [40-41] [45-52]

*Le juge Fish :* L'article 329 de la *Loi électorale du Canada* n'est qu'un élément d'un système électoral global complexe qui restreint temporairement diverses formes d'expression. Il faut veiller à ne pas usurper le rôle du législateur quand il s'agit d'établir des règles du jeu électoral les plus appropriées pour l'ensemble du Canada. Le rôle des tribunaux consiste simplement à décider si le choix qu'a privilégié le législateur et qui est contesté respecte les prescriptions de la Constitution. En l'espèce, le gouvernement s'est acquitté du fardeau que lui impose l'article premier de la *Charte*. L'objet de l'art. 329 — éliminer ou atténuer le déséquilibre informationnel qui existerait en son absence — répond à une préoccupation urgente et réelle. Sans la restriction imposée par l'art. 329, les électeurs du Centre et de l'Ouest du Canada auraient accès, avant d'aller voter, aux résultats électoraux pour les provinces de l'Atlantique alors que les électeurs de ces provinces ne disposeraient pas d'une telle information. L'interdiction prévue par l'art. 329 répond également au critère de la proportionnalité. Il existe un lien rationnel entre l'objectif et la restriction, et celle-ci porte atteinte de façon minimale au droit en cause garanti par la *Charte*. De plus, les effets bénéfiques de la restriction dépassent ses effets préjudiciables. Il faut apprécier la justification invoquée par le gouvernement en tenant compte du fait que le préjudice en question s'oppose intrinsèquement à toute mesure précise de ses effets. À cet égard, le rapport de la Commission Lortie et les résultats du sondage de 2005 constituent une assise solide permettant de conclure que le déséquilibre informationnel crée un préjudice réel et important et que les Canadiens tiennent

address. While modern communications technology diminishes the delay's effectiveness, and thereby its salutary effects, s. 329 does curb widespread dissemination of this information and thus contributes materially to its objective of information equality between voters in different parts of the country. The deleterious effects of the delay, in contrast, are minimal. The s. 329 limitation on freedom of expression involves no suppression of any information at all, but only a brief delay in its communication to voters who have not yet cast their ballots. Lastly, while political expression is at the core of the s. 2(b) guarantee, restricting the publication of election results in other provinces before all votes have been cast carries less weight than would a similar restriction after the close of polls. As most voters have no access to electoral results until after the close of polls, these results, before one has cast one's own ballot, cannot form an important part of the political discourse. [58-62] [68] [71] [78-81]

*Per* Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: The analytical approaches adopted and the result reached by Bastarache and Fish JJ. were agreed with. The appeal is resolved at the proportionality stage of the *Oakes* test, and in this regard, their reasons are complementary. [83]

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Abella JJ. (dissenting): The s. 329 publication ban is an excessive response to an insufficiently proven harm and a violation of s. 2(b) of the *Charter* that cannot be justified under s. 1. The government's s. 1 justification falters fatally in its submission that the benefits of the limitation on the freedom of expression are proportional to its harmful effects. While the government may not be required to demonstrate that its policy judgment is justified with evidence that is amenable to precise measurement, the social science evidence supported by reason and logic must convincingly establish the consequences of imposing or failing to impose the limit. Here, when the harm at which the blackout period in s. 329 is aimed is considered in the context of staggered hours, there is only speculative and unpersuasive evidence to support the government's claim that the information imbalance is of sufficient harm to voter behaviour or perceptions of electoral unfairness that it outweighs any damage

au principe de l'égalité informationnelle. De plus, ils appuient l'argument du gouvernement que le déséquilibre informationnel crée à lui seul une perception d'injustice du système électoral, situation qui constitue en soi un préjudice que le législateur peut corriger. Certes, les techniques de communication modernes réduisent l'efficacité du délai d'attente et, par voie de conséquence, ses effets bénéfiques, mais l'art. 329 freine la diffusion générale de cette information et contribuent ainsi de façon appréciable à la réalisation de son objectif, à savoir l'égalité informationnelle pour les électeurs des différentes régions du pays. Par contre, les effets préjudiciables du délai d'attente sont minimes. La restriction de la liberté d'expression imposée par l'art. 329 n'implique aucune suppression de l'information, mais seulement un court délai d'attente avant sa communication aux électeurs qui n'ont pas encore voté. Enfin, bien que l'expression politique soit un aspect fondamental de la garantie énoncée à l'al. 2b), le fait d'interdire la publication des résultats électoraux pour les autres provinces jusqu'à la fermeture de tous les bureaux de scrutin a un caractère moins restrictif que si une telle interdiction s'appliquait après la fermeture de ces bureaux. Étant donné que la plupart des électeurs n'ont accès aux résultats qu'après la fermeture des bureaux de scrutin, ces résultats ne peuvent constituer, avant l'exercice par un électeur de son droit de vote, un élément important du discours politique. [58-62] [68] [71] [78-81]

*Les* juges Deschamps, Charron et Rothstein : Les analyses et les conclusions des juges Bastarache et Fish sont acceptées. Le pourvoi est tranché à l'étape de l'analyse de la proportionnalité dans le cadre du critère *Oakes* et, à cet égard, leurs motifs sont complémentaires. [83]

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel et Abella (dissidents) : L'interdiction de publication prévue par l'art. 329 est une réponse excessive à un préjudice dont l'existence n'a pas été établie par une preuve suffisante et une violation de l'al. 2b) de la *Charte* qui ne peut se justifier au sens de l'article premier. La justification invoquée par le gouvernement au regard de l'article premier comporte un vice fatal, à savoir l'affirmation que les effets bénéfiques de la limite imposée à la liberté d'expression sont proportionnels à ses effets préjudiciables. Même s'il est possible que le gouvernement ne soit pas tenu de justifier ses décisions de principe par des preuves se prêtant à une mesure précise, il faut que la preuve relevant des sciences sociales appuyée par la logique et la raison établisse de façon convaincante les conséquences découlant de la restriction imposée ou de l'absence de restriction. En l'espèce, si l'on considère dans le contexte du décalage des heures de scrutin le préjudice auquel l'embargo

done to a fundamental and constitutionally protected right. [103] [106] [108] [110] [133]

At issue are the core democratic rights of the media to publish and of Canadians to receive election results in a timely fashion. The possibility that some Western voters might be influenced by results from Atlantic Canada cannot be completely discounted, but the question is whether the impact will be a harmful one. The inference that the information imbalance created by lifting the ban in s. 329 would have a harmful impact of any kind on voter turnout, choice or perception is highly theoretical and unsubstantiated by cogent evidence. The evidence of the expert witness at trial indicates that there is no impact on voter turnout unless the outcome of the election is known or knowable, something that cannot realistically occur based on knowing the results from 32 ridings. Moreover, the evidence from the Lortie Commission suggests that there is no harm to public perception from knowing the results from the 32 ridings in Atlantic Canada. The real harm perceived by the Commission — the influence on voter perception generated by knowing the Ontario and Quebec results, since these two provinces have the potential to determine who will form the government — is alleviated by staggered hours. Further, any potential benefits of the publication ban are diminished by the reality that it has been rendered obsolete by telecommunications technology. [110] [117] [120-126]

The evidence adduced by the government fails to demonstrate either that the ban in s. 329, in the context of staggered hours, promotes public confidence in the fairness of elections or that harm will occur in the absence of the limitation. On the other hand, the s. 329 ban impairs the right both to disseminate and receive election results at a crucial time in the electoral process. To suggest that the limitation at issue involves only a delay, not the suppression of information, unduly minimizes the significance both of the information and of the delay. Canadians are entitled to know, as soon as possible, who their elected representatives are. [127-129] [131]

prévu à l'art. 329 vise à remédier, il existe seulement des preuves hypothétiques et non convaincantes à l'appui de l'argument du gouvernement que le déséquilibre informationnel, en raison de ses effets sur le comportement des électeurs et leur perception d'iniquité électorale, est suffisamment préjudiciable pour dépasser tout préjudice engendré par l'atteinte à un droit fondamental protégé par la Constitution. [103] [106] [108] [110] [133]

Les droits en cause sont les droits démocratiques fondamentaux des médias de publier et des Canadiens de recevoir en temps utile les résultats électoraux. On ne peut pas écarter complètement la possibilité que des électeurs de l'Ouest du pays puissent être influencés par les résultats pour le Canada atlantique, mais il s'agit de savoir si l'incidence est préjudiciable. L'inférence que le déséquilibre informationnel créé par la levée de l'interdiction prévue à l'art. 329 aurait un effet préjudiciable quelconque sur la participation, le choix ou la perception des électeurs est hautement théorique et ne repose pas sur une preuve convaincante. Selon le témoignage de l'expert, il n'y a aucune incidence sur la participation électorale à moins que l'issue des élections soit connue ou puisse être connue, ce qui, de façon réaliste, ne peut se produire avec la connaissance des résultats pour 32 circonscriptions. De plus, d'après la Commission Lortie, la connaissance des résultats pour les 32 circonscriptions du Canada atlantique n'a aucun effet préjudiciable sur la perception du public. Le véritable préjudice perçu par la Commission — l'influence sur la perception des électeurs due à la connaissance des résultats pour l'Ontario et le Québec parce que ces deux provinces peuvent déterminer qui formera le gouvernement — est atténué par le décalage des heures de scrutin. Par ailleurs, tout effet bénéfique que pourrait présenter l'interdiction de publication se trouve amoindri par la réalité selon laquelle celle-ci est aujourd'hui désuète à cause des techniques de télécommunications. [110] [117] [120-126]

La preuve présentée par le gouvernement ne démontre pas que l'interdiction prévue par l'art. 329, dans le contexte du décalage des heures de scrutin, renforce la confiance du public dans l'équité des élections ou que le préjudice pourrait survenir sans cette restriction. De plus, l'interdiction prévue par l'art. 329 porte atteinte au droit de diffuser et à celui de recevoir les résultats des élections à un moment crucial du processus électoral. Affirmer qu'il s'agit seulement de retarder la communication des informations et non de les supprimer minimise indûment l'importance à la fois des informations et du retard. Les Canadiens ont le droit de connaître, aussitôt que possible, ceux qui ont été élus pour les représenter. [127-129] [131]

Furthermore, the media's role in disseminating election information to the public is critical. The technical challenges they face when implementing the ban are considerable, and mean that individuals in certain areas may not receive radio or television election coverage even though the polls have closed in their area of the country. All of this harm to the *Charter* right is demonstrable; the benefits of the ban are not. [130-131]

### Cases Cited

By Bastarache J.

**Applied:** *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33; **referred to:** *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Malmö-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74.

By Fish J.

**Referred to:** *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877.

By Deschamps, Charron and Rothstein JJ.

**Referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By Abella J. (dissenting)

*Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

Par ailleurs, les médias jouent un rôle crucial dans la diffusion des résultats électoraux au public. Les difficultés techniques qu'ils rencontrent dans la mise en œuvre de l'interdiction sont considérables et signifient qu'il se peut que les gens de certaines régions ne reçoivent pas la couverture des élections par radio ou télévision même si leurs bureaux de scrutin ont déjà fermé. Tout ce préjudice causé à un droit garanti par la *Charte* peut se démontrer; ce n'est pas le cas des effets bénéfiques de l'interdiction. [130-131]

### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Arrêt appliqué :** *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33; **arrêts mentionnés :** *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Malmö-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74.

Citée par le juge Fish

**Arrêts mentionnés :** *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.

Citée par les juges Deschamps, Charron et Rothstein

**Arrêt mentionné :** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

**Statutes and Regulations Cited**

- Act to amend the Canada Elections Act, the Parliament of Canada Act and the Referendum Act*, S.C. 1996, c. 35, s. 44.1.
- Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, ss. 128, 323, 328, 329, 495(4), 500(4).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), (d).
- Constitution Act, 1982*, s. 52.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 813.
- Dominion Elections Act, 1938*, S.C. 1938, c. 46, s. 107.

**Authors Cited**

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., November 26, 1996, p. 6723.
- Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. Final Report. *Reforming Electoral Democracy*, vol. 2. Ottawa: The Commission, 1991.
- Choudhry, Sujit. "So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter's* Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.
- Decima Research/Carleton University, School of Journalism and Communication. "Most Canadians Prefer Election Night Results Blackout", 2006.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C., Rowles and Saunders J.J.A.) (2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 213 B.C.A.C. 52, 352 W.A.C. 52, 196 C.C.C. (3d) 369, 130 C.R.R. (2d) 348, [2005] B.C.J. No. 1130 (QL), 2005 BCCA 285, reversing a decision of Kelleher J. (2003), 233 D.L.R. (4th) 745, 112 C.R.R. (2d) 189, [2003] B.C.J. No. 2479 (QL), 2003 BCSC 1499. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Abella J.J. dissenting.

*Donald J. Jordan, Q.C.*, and *Rodney W. Sieg*, for the appellant.

*Andrew I. Nathanson* and *Brook Greenberg*, for the respondent Her Majesty the Queen.

**Lois et règlements cités**

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), d).
- Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 813.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.
- Loi des élections fédérales, 1938*, S.C. 1938, ch. 46, art. 107.
- Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, art. 128, 323, 328, 329, 495(4), 500(4).
- Loi modifiant la Loi électorale du Canada, la Loi sur le Parlement du Canada et la Loi référendaire*, L.C. 1996, ch. 35, art. 44.1.

**Doctrine citée**

- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 26 novembre 1996, p. 6723.
- Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. Rapport final. *Pour une démocratie électorale renouvelée*, vol. 2. Ottawa : La Commission, 1991.
- Centre de recherche Décima/Carleton University, School of Journalism and Communication. « La majorité des Canadiens appuie l'interdiction de diffusion des résultats le soir des élections », 2006.
- Choudhry, Sujit. « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter's* Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Rowles et Saunders) (2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 213 B.C.A.C. 52, 352 W.A.C. 52, 196 C.C.C. (3d) 369, 130 C.R.R. (2d) 348, [2005] B.C.J. No. 1130 (QL), 2005 BCCA 285, qui a infirmé une décision du juge Kelleher (2003), 233 D.L.R. (4th) 745, 112 C.R.R. (2d) 189, [2003] B.C.J. No. 2479 (QL), 2003 BCSC 1499. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel et Abella sont dissidents.

*Donald J. Jordan, c.r.*, et *Rodney W. Sieg*, pour l'appellant.

*Andrew I. Nathanson* et *Brook Greenberg*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

*Graham Garton, Q.C.*, and *Sean Gaudet*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Joseph J. Arvay, Q.C.*, *Brent Olthuis* and *Daniel Henry*, for the interveners Canadian Broadcasting Corporation, CTV Inc., TVA Group Inc., Rogers Broadcasting Limited, CHUM Limited, Sun Media Corporation, Sun Media (Toronto) Corporation, Canadian Press, Globe and Mail, CanWest MediaWorks Inc., CanWest MediaWorks Publications Inc. and Canoe Inc.

*Mahmud Jamal* and *Colin Feasby*, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. —

## I. Introduction

The sole issue on this appeal is whether s. 329 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, which prohibits the broadcasting of election results on election day until polling stations are closed in all parts of Canada, constitutes a violation of the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that cannot be justified under s. 1. As such, this case is a direct application of this Court's decision in *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33.

## II. Facts and Judicial History

During the federal general election of November 27, 2000, the appellant transmitted the election results from Atlantic Canada while polling stations remained open in other parts of Canada by posting the results on a website. The results were therefore available to the public in every electoral district in Canada. The appellant had made his intention to do so public before the election, and the Commissioner of Canada Elections had warned him that such publication would be contrary to s. 329 of the *Canada Elections Act*.

*Graham Garton, c.r.*, et *Sean Gaudet*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

*Joseph J. Arvay, c.r.*, *Brent Olthuis* et *Daniel Henry*, pour les intervenantes Société Radio-Canada, CTV Inc., Groupe TVA Inc., Rogers Broadcasting Limited, CHUM Limitée, Corporation Sun Media, Sun Media (Toronto) Corporation, Presse canadienne, Globe and Mail, CanWest MediaWorks Inc., CanWest MediaWorks Publications Inc. et Canoe Inc.

*Mahmud Jamal* et *Colin Feasby*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

## I. Introduction

La seule question à trancher en l'espèce consiste à savoir si l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9 (la « Loi »), lequel interdit la diffusion des résultats électoraux le jour des élections avant la fermeture des bureaux de scrutin de toutes les régions du Canada, constitue une atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui ne saurait être justifiée selon l'article premier. En ce sens, il s'agit ici d'une application directe de l'arrêt *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33.

## II. Faits et historique des procédures judiciaires

Lors des élections générales fédérales du 27 novembre 2000, l'appelant a diffusé les résultats électoraux pour le Canada atlantique en les affichant sur un site Web, alors que des bureaux de scrutin étaient encore ouverts dans d'autres régions du Canada. Les résultats étaient donc à la disposition du public dans toutes les circonscriptions au Canada. L'appelant avait déjà révélé publiquement son intention à cet égard avant les élections et le commissaire aux élections fédérales l'avait prévenu qu'une telle publication serait contraire à l'art. 329 de la Loi.

3 The appellant was charged under s. 329 of the Act. The appellant brought an application in the Provincial Court of British Columbia challenging the constitutional validity of ss. 329, 495(4) and 500(4) of the Act on the basis that the provisions infringed ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*, and that they were not saved by s. 1 of the *Charter*. The Commissioner of Canada Elections, who was the respondent to the appellant's application, took no position on the application, but the Attorney General of Canada appeared before the Provincial Court as an intervener to defend the constitutionality of s. 329.

4 Judge Smith of the B.C. Provincial Court held, in two separate judgments ([2003] B.C.J. No. 542 (QL), 2003 BCPC 65, and (2003), 104 C.R.R. (2d) 364, 2003 BCPC 39), that s. 329 infringed s. 2(b) of the *Charter*, but that the Attorney General had established that it was a demonstrable limit on s. 2(b) and so was justified under s. 1. The trial judge based this second conclusion on two pieces of evidence. One was a government report, *Reforming Electoral Democracy* (1991), the Report of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (the "Lortie Report"), and the other was the report and evidence of Dr. Robert MacDermid, a professor of political science at York University. Dr. MacDermid was qualified as an expert witness; this qualification was not challenged by the appellant. It is also important to note that the appellant brought no evidence of his own. The Lortie Report and the evidence of Dr. MacDermid remained essentially the only evidence in this case until I granted leave to adduce new evidence to the group of media organizations which intervened before this Court and subsequently to the Attorney General by Orders dated March 22, 2006 and July 25, 2006 respectively. I will refer to the evidence in some detail in my analysis below.

5 The appellant's constitutional application having been dismissed, a summary conviction trial took place on the basis of an agreed statement of facts. The appellant admitted to having committed the

L'appelant a été inculpé en vertu de l'art. 329 de la Loi. Il a saisi la Cour provinciale de la Colombie-Britannique d'une demande visant à contester la constitutionnalité de l'art. 329 et des par. 495(4) et 500(4) de la Loi au motif qu'ils enfreignent les al. 2b) et d) de la *Charte* et ne sont pas justifiés selon l'article premier de la *Charte*. Le commissaire aux élections fédérales, intimé dans la demande de l'appelant, ne s'est pas prononcé au sujet de la demande, mais le procureur général du Canada a comparu devant la Cour provinciale en qualité d'intervenant pour défendre la constitutionnalité de l'art. 329.

Le juge Smith, de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, a conclu, dans deux jugements distincts ([2003] B.C.J. No. 542 (QL), 2003 BCPC 65, et (2003), 104 C.R.R. (2d) 364, 2003 BCPC 39), que l'art. 329 contrevient à l'al. 2b) de la *Charte*, mais que le procureur général avait établi qu'il s'agissait d'une limite dont la justification peut se démontrer selon l'article premier. Il a fondé cette seconde conclusion sur deux éléments de preuve. Le premier, un rapport gouvernemental intitulé *Pour une démocratie électorale renouvelée* (1991), rapport de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (le « rapport Lortie »), et l'autre, les rapport et témoignage de M. Robert MacDermid, professeur de science politique à l'Université York. Le professeur MacDermid a été reconnu comme témoin expert sans que l'appelant s'y oppose. Il importe également de souligner que l'appelant n'a produit aucun élément de preuve. Les seuls éléments de preuve en l'espèce sont essentiellement le rapport Lortie et le témoignage du professeur MacDermid jusqu'à ce que j'autorise le groupe des médias qui sont intervenus devant la Cour et ensuite le procureur général à produire de nouveaux éléments de preuve, par ordonnances du 22 mars et du 25 juillet 2006, respectivement. J'examinerai la preuve plus en détail dans mon analyse exposée ci-après.

Après le rejet de sa contestation constitutionnelle, l'appelant a fait l'objet d'un procès pour infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire sur le fondement d'un exposé

elements of the offence. He was convicted of the offence and fined \$1,000.

Pursuant to s. 813 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the appellant appealed the summary conviction on the basis that the trial judge erred in dismissing the constitutional challenge. That appeal was allowed by Kelleher J. of the B.C. Supreme Court on the basis that the evidence before the trial judge did not support the conclusion that s. 329 was supported by a pressing and substantial objective ((2003), 233 D.L.R. (4th) 745, 2003 BCSC 1499). Kelleher J. also held that, if his conclusion regarding a pressing and substantial objective was incorrect, the Attorney General had failed to meet its burden of establishing minimal impairment and proportionality. By judgment dated October 23, 2003, the conviction was overturned and the appellant was acquitted.

On May 18, 2004, this Court released its judgment in *Harper*. In light of this Court's ruling in that case that the *Canada Elections Act's* third party advertising limits were constitutional, the Attorney General sought, and received, leave to appeal the decision of Kelleher J.

The British Columbia Court of Appeal unanimously agreed that s. 329 of the Act violated s. 2(b) of the *Charter* and that the only real issue was whether s. 329 could be justified under s. 1 ((2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 2005 BCCA 285). A majority of the Court of Appeal held that the Attorney General had met its burden under s. 1 and that s. 329 was a justified limit on freedom of expression. The conviction ordered at trial was restored.

### III. Analysis

This Court's decision in *Harper* contains two important principles that are applicable to this case. First, it establishes that courts ought to take a natural attitude of deference toward Parliament when

conjoint des faits. Il a reconnu avoir commis les éléments constitutifs de l'infraction. Il a été déclaré coupable de l'infraction reprochée et condamné à une amende de 1 000 \$.

En vertu de l'art. 813 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, l'appelant a interjeté appel de la déclaration de culpabilité par procédure sommaire au motif que le juge du procès avait eu tort de rejeter sa contestation constitutionnelle. Le juge Kelleher, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a accueilli l'appel au motif que la preuve produite en première instance n'appuyait pas la conclusion que l'art. 329 repose sur un objectif urgent et réel ((2003), 233 D.L.R. (4th) 745, 2003 BCSC 1499). Il a également statué que, même si sa conclusion à l'égard de l'objectif urgent et réel était erronée, le procureur général ne s'était pas déchargé de son fardeau d'établir l'atteinte minimale et la proportionnalité. Par jugement du 23 octobre 2003, la déclaration de culpabilité a été infirmée et l'appelant acquitté.

Le 18 mai 2004, la Cour a rendu l'arrêt *Harper*. À la suite de cet arrêt, où la Cour a reconnu la constitutionnalité des plafonds prescrits par la Loi à l'égard des dépenses de publicité des tiers, le procureur général a demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de la décision du juge Kelleher.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué à l'unanimité que l'art. 329 de la Loi viole l'al. 2b) de la *Charte* et que la seule véritable question qui se pose est de savoir si l'art. 329 peut être justifié au sens de l'article premier ((2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 2005 BCCA 285). La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que le procureur général s'est acquitté du fardeau imposé par l'article premier et que l'art. 329 constitue une limite justifiée à la liberté d'expression. La déclaration de culpabilité prononcée en première instance a été rétablie.

### III. Analyse

L'arrêt *Harper* rendu par la Cour contient deux principes importants qui s'appliquent à l'espèce. Premièrement, il établit que les tribunaux doivent naturellement faire preuve de déférence envers le

6

7

8

9

dealing with election laws: “Given the right of Parliament to choose Canada’s electoral model and the nuances inherent in implementing this model, the Court must approach the justification analysis with deference” (*Harper*, at para. 87).

10

Second, it reaffirms that, in determining the nature and sufficiency of evidence required for the Attorney General to establish that a violation of s. 2(b) is saved by s. 1, the impugned provision must be viewed in its context: see *Harper*, at paras. 75-76, and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 88. This context can be best established by reference to the four factors which this Court set out in *Thomson Newspapers* and *Harper*: (i) the nature of the harm and the inability to measure it, (ii) the vulnerability of the group protected, (iii) subjective fears and apprehension of harm, and (iv) the nature of the infringed activity.

11

However, the contextual factors must be understood as being *about the provision*. As this Court noted at para. 87 of *Thomson Newspapers*:

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. [Emphasis added.]

I take this passage to mean that only once the objectives of the impugned provision are stated can we turn to an examination of the context of those objectives to determine the nature and sufficiency of the evidence required under s. 1.

Parlement lorsqu’il est question des lois électORALES : « Étant donné que c’est au Parlement qu’il appartient de choisir le modèle électORAL applicable au Canada et vu les nuances que requiert intrinsÈquement la mise en œuvre de ce modèle, la Cour doit entreprendre l’analyse de la justification avec toute la défÉrence qui s’impose » (*Harper*, par. 87).

DeuxiÈmement, il confirme que, pour dÉfinir la nature et le caractÈre suffisant de la preuve que le procureur gÉnÉral doit prÉsenter afin d’Établir qu’une violation de l’al. 2b) est justifiÉE selon l’article premier, il faut interpréter dans son contexte la disposition contestÉE : voir *Harper*, par. 75-76, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur gÉnÉral)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 88. La meilleure faÇon de cerner le contexte est de se reporter aux quatre facteurs que la Cour a énoncés dans *Thomson Newspapers* et *Harper* : (i) la nature du prÉjudice et l’incapacitÉ d’en mesurer l’ampleur, (ii) la vulnérabilitÉ du groupe protÉgÉ, (iii) les craintes subjectives et l’appréhension du prÉjudice, et (iv) la nature de l’activitÉ protÉgÉE.

Toutefois, les facteurs contextuels doivent Être interprétés *en fonction de la disposition*. Voici ce qu’a souligné la Cour dans *Thomson Newspapers* :

L’analyse fondÉE sur l’article premier doit Être rÉalissÉE 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*. [Je souligne; par. 87.]

À mon sens, ce passage signifie que ce n’est qu’après avoir énoncé les objectifs de la disposition contestÉE que nous pouvons examiner leur contexte de faÇon à dÉfinir la nature et le caractÈre suffisant de la preuve que requiert l’article premier.

The Attorney General has asserted two distinct but related objectives of s. 329. First, the Attorney General claims that s. 329 is directed at ensuring informational equality among voters. The Attorney General's expert witness in this case, Dr. MacDermid, refers to informational equality as "a central assumption of electoral democracy". The Attorney General has presented the promotion of informational equality as an *inherently* worthy goal; by this he means that *the mere fact* that one voter could have general access to information about election results that another voter does not have is *in and of itself problematic*. The Attorney General's second proposed objective is, as I said, related to the first: the Attorney General asserts that s. 329 promotes public confidence in the electoral system, and a principal reason that it does so is because such public confidence depends on the public's belief that the principle of informational equality is maintained by the electoral system.

The Attorney General argues that these two objectives, while causally quite closely linked, are in fact different in nature. The first objective, ensuring informational equality, is presented as an inherently important goal: as such its existence and importance are to some degree conceptual matters, and evidence to establish them will be hard to come by. The second objective, on the other hand, is presented as based on actual sociological fact: the Attorney General claims that confidence in the electoral system will (or would) actually decrease if some voters were to have general access to information about the results of the election that other voters cannot have. As this second objective is framed in terms of a sociological argument about the link between informational equality and voter confidence, it is the kind of objective for which the Attorney General should be expected to lead some evidence establishing the claimed link.

As I see it, the true objective of the *Canada Elections Act* in the context of the provisions under scrutiny is to ensure informational equality by

Le procureur général affirme que l'art. 329 comporte deux objectifs distincts mais connexes. Premièrement, il allègue que l'art. 329 vise à garantir aux électeurs l'égalité informationnelle. Son témoin expert en l'espèce, le professeur MacDermid, qualifie l'égalité informationnelle de [TRADUCTION] « postulat essentiel de la démocratie électorale ». Le procureur général a présenté la promotion de cette égalité comme un objectif louable *en soi*; il entend par là que *le simple fait* qu'un électeur a un accès général à des informations sur les résultats électoraux dont ne dispose pas un autre électeur pose *en soi un problème*. Le second objectif que propose le procureur général est, comme je l'ai mentionné, relié au premier : le procureur général affirme que l'art. 329 favorise la confiance du public dans le système électoral, essentiellement du fait que celle-ci est tributaire de la croyance du public que le système électoral respecte le principe de l'égalité informationnelle.

Le procureur général soutient que ces deux objectifs, tout en ayant un lien de cause à effet fort étroit, sont en fait de nature différente. Le premier objectif — la garantie de l'égalité informationnelle — est présenté comme un but important en soi : de ce point de vue, son existence et son importance sont dans une certaine mesure de nature conceptuelle et il sera difficile d'en faire la preuve. En revanche, le second est présenté comme un objectif fondé sur un fait sociologique réel : selon le procureur général, la confiance dans le système électoral diminuera (ou diminuerait) si des électeurs devaient avoir un accès général à des informations sur les résultats électoraux dont ne disposent pas d'autres électeurs. Étant donné que ce second objectif est formulé comme un argument sociologique portant sur le lien entre l'égalité informationnelle et la confiance de l'électorat, c'est le genre d'objectif pour lequel le procureur général devrait présenter des éléments de preuve pour établir le lien invoqué.

Autant que je puisse en juger, le véritable objectif de la Loi dans le contexte des dispositions en cause est de garantir l'égalité informationnelle par

12

13

14

adopting reasonable measures to deal with the perception of unfairness created when some voters have general access to information that is denied to others, and the further possibility that access to that information will affect voter participation or choices. In *Harper*, this Court unanimously held that “ensuring that all voters receive the same information where possible”, was an important objective: see para. 47, *per* McLachlin C.J. and Major J. and para. 133, *per* Bastarache J. This objective is measurable to some degree, as we shall see.

15 With this understanding of the objective of s. 329, I now turn to a consideration of the four contextual factors from *Harper* and *Thomson Newspapers* to the facts of this case.

#### A. Contextual Factors

##### 1. The Nature of the Harm and the Inability to Measure It

###### (a) *Maintaining Public Confidence in the Electoral System*

16 In *Harper*, this Court held, at para. 77, that when social science evidence of a harm is conflicting or inconclusive, “the court may rely on a reasoned apprehension of . . . harm”. I noted in that case that, absent determinative social science evidence, logic and common sense could be relied upon to assist in the s. 1 analysis. In *Thomson Newspapers*, I relied on logic and common sense as an aid to interpretation of the uncertain social science evidence about the influence of polls on voters, and held that the possibility of such influence was a matter that the government was legitimately concerned to remedy: see paras. 104-7. Similarly in *Harper*, I noted that the presence of several factors, such as the subtle influence of advertising on individual decision makers, the presence of other influencing factors and the complexity of electoral decisions, meant that the harm at issue there was difficult, if not impossible to measure and so concluded that “logic and reason assisted by some social science

l’adoption de mesures raisonnables pour remédier à la perception d’injustice créée par le fait que certains électeurs ont un accès général à des informations dont ne disposent pas d’autres électeurs et aussi pour éviter que l’accès à ces informations puisse influencer sur la participation ou les choix des électeurs. Dans *Harper*, la Cour a statué à l’unanimité que « [le] souci de mettre les mêmes renseignements à la disposition de tous les électeurs, lorsque la chose est possible » est un objectif important : voir par. 47, la juge en chef McLachlin et le juge Major, et par. 133, le juge Bastarache. Cet objectif est mesurable jusqu’à un certain point, comme nous allons le voir.

Après avoir ainsi exposé l’objectif de l’art. 329, j’aborde maintenant la question de l’application aux faits de l’espèce des quatre facteurs contextuels énoncés dans *Harper* et *Thomson Newspapers*.

#### A. Les facteurs contextuels

##### 1. La nature du préjudice et l’incapacité d’en mesurer l’ampleur

###### a) *Maintenir la confiance du public dans le système électoral*

Dans *Harper*, par. 77, la Cour a statué que, dans les cas où le préjudice est établi au moyen de preuves relevant des sciences sociales qui sont contradictoires ou non concluantes, « [l]es tribunaux peuvent se fonder sur une crainte raisonnée du préjudice ». J’ai souligné dans cette affaire que, en l’absence de preuves déterminantes relevant des sciences sociales, les tribunaux peuvent faire appel à la logique et au bon sens pour réaliser l’analyse fondée sur l’article premier. Dans *Thomson Newspapers*, j’ai eu recours à la logique et au bon sens pour guider mon interprétation des éléments de preuve incertains fondés sur les sciences sociales quant à l’influence des sondages sur les électeurs et j’ai conclu que la possibilité d’une telle influence était une préoccupation à laquelle le gouvernement voulait légitimement remédier : voir les par. 104-107. De même, dans *Harper*, j’ai indiqué qu’en raison de plusieurs facteurs, par exemple l’influence subtile qu’exerce la publicité sur les décideurs, l’influence d’autres

evidence [were] sufficient proof of the harm”: see para. 79.

The situation with respect to the maintenance of public confidence in the electoral system is no less complicated. Public confidence is important for instrumental reasons. As this Court noted at para. 82 of *Harper*:

Perception is of utmost importance in preserving and promoting the electoral regime in Canada. Professor Aucoin emphasized that “[p]ublic *perceptions* are critical precisely because the legitimacy of the election regime depends upon how citizens assess the extent to which the regime advances the values of their electoral democracy” (emphasis in original). Electoral fairness is key. Where Canadians perceive elections to be unfair, voter apathy follows shortly thereafter.

The Attorney General, following the Court’s logic in *Harper*, asserts that public confidence in the electoral system is important because, if public confidence is lost, voting patterns could change, and, ultimately, the outcomes of elections could be affected.

The Attorney General did provide some evidence on this point. Dr. MacDermid’s testimony was as follows:

... I think, based on the evidence in the States, based on some partial aspects about Canada that the — that the result would be the same as we’ve seen in the United States, and that’s most — most clearly a decline in — in participation, a decline in voting rates. Also — it may also affect, differentially, partisans of different parties. And while these would not be enormous, as they are not in the United States, I think it’s important to note that we are talking about effects from one to five percent. That is certainly an ample number to change — to have a very important effect in close races, which can never be predicted from one election to another. [Emphasis added.]

facteurs et la complexité des décisions électorales, il était difficile, voire impossible, de mesurer le préjudice visé dans cette affaire, et j’ai conclu que « la logique et la raison, conjuguées à certains éléments de preuve relevant des sciences sociales, démontrent de façon suffisante l’existence du préjudice » : voir par. 79.

La situation concernant le maintien de la confiance du public dans le système électoral est tout aussi complexe. La confiance du public est importante pour des raisons pratiques. Comme l’a souligné la Cour dans *Harper*, au par. 82 :

La perception du public est de la plus haute importance lorsqu’il s’agit de préserver et de soutenir le régime électoral au Canada. Le professeur Aucoin a souligné que [TRADUCTION] « [l]a *perception* du public est cruciale, précisément parce que la légitimité du régime électoral est tributaire de la mesure dans laquelle les citoyens considèrent que celui-ci soutient les valeurs de leur démocratie électorale » (en italique dans l’original). L’équité électorale est l’élément clé. Lorsque les Canadiens ont le sentiment que les élections sont inéquitables, l’apathie des électeurs s’ensuit peu de temps après.

Le procureur général, suivant le raisonnement de la Cour dans *Harper*, affirme que la confiance du public dans le système électoral est importante, car la perte de cette confiance pourrait changer les habitudes de vote, ce qui pourrait ultimement influencer sur l’issue des élections.

Le procureur général a fourni quelques éléments de preuve sur ce point. Le professeur MacDermid a témoigné en ce sens :

[TRADUCTION] ... j’estime, d’après la preuve aux États-Unis, d’après certains aspects de la question au Canada, que le — que le résultat serait le même qu’aux États-Unis : il ne fait aucun — aucun doute qu’il y a une baisse de — de la participation, une baisse du taux de participation. Aussi, cette baisse peut toucher de manière différente les partisans des différents partis. Et, bien qu’elle ne soit pas énorme, puisqu’elle ne se produit pas aux États-Unis, je crois qu’il est important de souligner qu’elle varie entre un et cinq pour cent. C’est certainement une perte difficile à rattraper — qui a une incidence très importante dans une course serrée —, situation qu’on ne peut pas prédire d’une élection à l’autre. [Je souligne.]

Similarly, the Lortie Report based some of its recommendations on the “perception that elections are decided before [Western] voters have even finished voting” (Lortie Report, vol. 2, at p. 83).

De même, certaines des recommandations du rapport Lortie étaient motivées par « l'impression que les jeux sont faits avant même que les électeurs et électrices [des provinces de l'Ouest] aient fini de voter » (rapport Lortie, vol. 2, p. 89).

19 The somewhat speculative nature of this evidence is not unexpected, as some form of the s. 329 ban has been in place since 1938. Thus, the effect of the s. 329 ban on voting patterns and election results is almost impossible to measure. I am therefore forced to resort to logic and common sense applied to the Attorney General’s evidence as proof of the harm of loss of public confidence in the electoral system as a result of premature release of results.

(b) *Ensuring Informational Equality*

La nature quelque peu hypothétique de cette preuve n’est pas surprenante puisque l’interdiction prévue à l’art. 329 existe d’une certaine manière depuis 1938. C’est pourquoi il est presque impossible de mesurer les effets de cette interdiction sur les habitudes de vote et les résultats des élections. Il me faut donc faire appel à la logique et au bon sens qui ressortent de la preuve du procureur général pour établir le préjudice causé par la perte de confiance du public dans le système électoral par suite de la diffusion prématurée des résultats.

b) *Garantir l’égalité informationnelle*

20 In a series of cases on freedom of expression, this Court gradually reached the recognition that the paucity of social science evidence in some cases required that a reasonable apprehension of harm could be sufficient as a grounding to a s. 1 argument: see *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 768 and 776; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 137; *Thomson Newspapers*, at paras. 104-7. In *Harper*, the Court extended this line of reasoning to the realization that some harms are “difficult, if not impossible, to measure scientifically” (at para. 79), and that in such cases logic and common sense become all the more important. At least one commentator has suggested that the impetus for this move lies in the origins of the *Oakes* test itself (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), in that the test was formulated without explicit contemplation of situations such as those discussed above, in which “cogent and persuasive” evidence does not exist: see S. Choudhry, “So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.

Dans une série d’affaires de liberté d’expression, la Cour est graduellement venue à reconnaître que, dans certains cas, en raison du manque de preuve concluante relevant des sciences sociales, il suffit de démontrer une appréhension raisonnable de préjudice pour étayer un argument fondé sur l’article premier : voir *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 503; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 768 et 776; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 137; *Thomson Newspapers*, par. 104-107. Dans *Harper*, la Cour a appliqué ce raisonnement en allant jusqu’à dire qu’il est « difficile, voire impossible, de mesurer scientifiquement » certains préjudices (par. 79) et que, dans de tels cas, la logique et le bon sens prennent encore plus d’importance. Au moins un commentateur a laissé entendre que cette prise de position puise son origine dans la genèse du critère *Oakes* lui-même (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103), en ce sens que celui-ci a été formulé sans que soient expressément prévues les situations semblables à celles susmentionnées, où il n’existe pas de preuve « forte et persuasive » : voir S. Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.

Section 1 analysis must always be done in a manner consistent with the warning set out by Dickson C.J. in *Oakes*, at p. 136:

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words “free and democratic society”. Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The 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.]

In some cases, the objective asserted by the government will be largely a matter of the “values and principles essential to a free and democratic society”. In such cases it may not be appropriate to require proof according to the usual civil requirements. I believe that this is such a case. The Attorney General submits that informational equality is important in particular because democracy requires that no individual should have a general access to information, unavailable to others, that can play a role in the exercise of his own right to vote. It is thus a logically direct result of the requirement that elections be fair.

In *Harper*, this Court unanimously held that “ensuring that all voters receive the same information where possible” was an important objective: see para. 47, *per* McLachlin C.J. and Major J. in dissent, but not on this issue, and para. 133, *per* Bastarache J. The harm associated with a breach of

L’analyse fondée sur l’article premier doit toujours tenir compte de la mise en garde du juge en chef Dickson dans *Oakes*, p. 136 :

Un second élément contextuel d’interprétation de l’article premier est fourni par l’expression « société libre et démocratique ». L’inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l’objet même de l’enchâssement de la *Charte* dans la Constitution : la société canadienne doit être libre et démocratique. Les 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.]

Dans certains cas, l’objectif invoqué par le gouvernement portera essentiellement sur « des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique ». Il est possible que de tels cas ne se prêtent pas aux exigences de preuve auxquelles il faut normalement satisfaire en matière civile. Je crois que nous sommes en présence d’un tel cas en l’espèce. Selon le procureur général, l’égalité informationnelle est d’autant plus importante que la démocratie exige que personne ne devrait avoir un accès général aux informations qui ne sont pas à la disposition des autres et qui peuvent influencer sur la façon dont le droit de vote est exercé. Elle est donc le résultat logique qui procède directement de l’exigence d’équité électorale.

Dans *Harper*, la Cour a statué à l’unanimité que « [le] souci de mettre les mêmes renseignements à la disposition de tous les électeurs, lorsque la chose est possible » est un objectif important : voir par. 47, la juge en chef McLachlin et le juge Major, dissidents mais pas sur cette question, et par. 133, le juge

that principle is not of the class of harms which are easily measured.

## 2. The Vulnerability of the Group Protected

24

Section 329 is broadly addressed at protecting the Canadian electoral system, which suggests that the group protected is Canadian voters taken as a whole. The Attorney General also claims that Western voters in particular are protected, for it is Western voters who could be most directly influenced by the release of election results from the Atlantic provinces. But, as we noted in *Thomson Newspapers*, Canadian voters “must be presumed to have a certain degree of maturity and intelligence” (para. 101). The expression at issue in this case does not seek to influence voters as did the advertising in *Harper*.

## 3. Subjective Fears and Apprehension of Harm

25

As noted above, the subjective perceptions of Canadian voters that the electoral system is fair is a vital element in the value of the system. The Attorney General, with leave, provided fresh evidence before this Court, in the form of a 2005 Decima Research/Carleton University Poll, which supports the view that Canadians subjectively believe that informational equality is an important aspect of the electoral system: 70 percent of Canadians surveyed “thought people should not be able to know election results from other provinces before their polls close”. Moreover, the Lortie Report stated that “western Canadian voters generally may feel that their vote counts for less if the election outcome has been determined before their votes are cast, and some may have decided not to vote for that reason”: vol. 2, at p. 83. This evidence regarding the subjective views of Canadians must be taken as doubly important in a case such as this, where the harm that the

Bastarache. Le préjudice associé à la violation de ce principe n’appartient pas à la catégorie des préjudices facilement mesurables.

## 2. La vulnérabilité du groupe protégé

L’article 329 vise de façon générale à protéger le système électoral canadien, ce qui signifie que l’ensemble de l’électorat canadien constitue le groupe protégé. Le procureur général soutient également que les électeurs de l’Ouest du pays sont particulièrement visés par la protection puisque ce sont eux qui sont susceptibles d’être le plus directement influencés par la diffusion des résultats électoraux pour les provinces de l’Atlantique. Toutefois, comme nous l’avons souligné dans *Thomson Newspapers*, « [i]l faut présumer aux électeurs canadiens un certain degré de maturité et d’intelligence » (par. 101). La forme d’expression en cause en l’espèce ne cherche pas à influencer les électeurs, comme c’est le cas de la publicité dans *Harper*.

## 3. Les craintes subjectives et l’appréhension du préjudice

Comme je l’ai mentionné plus haut, la perception subjective des électeurs canadiens que le système électoral est juste joue un rôle vital dans la valeur du système. Le procureur général, avec l’autorisation de la Cour, nous a présenté un nouvel élément de preuve, à savoir un sondage mené en 2005 par le Centre de recherche Décima et l’Université Carleton (« sondage Décima »), qui appuie l’opinion selon laquelle les Canadiens croient subjectivement que l’égalité informationnelle constitue un aspect important du système électoral : 70 pour 100 des Canadiens interrogés « croient que personne ne devrait connaître les résultats des autres provinces avant la fermeture des bureaux de scrutin de [sa] circonscription ». En outre, le rapport Lortie indique que « [les gens de l’Ouest] peuvent avoir l’impression que leur vote a moins d’importance lorsque le résultat est connu avant qu’ils n’aient voté, et certains s’abstiennent peut-être de voter pour cette raison » : vol. 2, p. 89. Il faut considérer cette preuve

law is seeking to address is itself about those very same subjective views.

4. Nature of the Infringed Activity: Political Expression

This Court has held that “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*”: *Thomson Newspapers*, at para. 92. The same logic can be applied in this case: election results are of fundamental importance in a free and democratic society.

At the same time, to suggest that election results are an important political form of expression *in the hands of those still to vote* is to prejudge the entire s. 1 inquiry. Whether the s. 2(b) interest in *receiving* or disseminating political information, or both, is at the centre of this case, it is not at all clear that that interest can supersede the value of the countervailing principle that no voter should have general access to information about the results of the election unavailable to others. As we noted with respect to restrictions on referendum spending in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 61:

Thus, while the impugned provisions do in a way restrict one of the most basic forms of expression, namely political expression, the legislature must be accorded a certain deference to enable it to arbitrate between the democratic values of freedom of expression and referendum fairness. The latter is related to the very values the Canadian *Charter* seeks to protect, in particular the political equality of citizens that is at the heart of a free and democratic society. [Emphasis added.]

The same may be said of the restrictions in this case.

concernant l’opinion subjective des Canadiens comme doublement importante dans une affaire comme celle de l’espèce, où le préjudice auquel la loi cherche à remédier est exactement de la même nature que ces opinions subjectives.

4. La nature de l’activité protégée : l’expression politique

La Cour a statué qu’« 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* » : *Thomson Newspapers*, par. 92. On peut tenir le même raisonnement en l’espèce : les résultats des élections revêtent une importance fondamentale dans une société libre et démocratique.

Par la même occasion, laisser entendre que les résultats des élections sont une importante forme d’expression politique *entre les mains des électeurs qui n’ont pas encore voté* équivaut à préjuger de l’analyse fondée sur l’article premier. Que le droit garanti par l’al. 2b) *de recevoir* ou de diffuser des informations politiques, ou les deux, soit ou non au cœur de la présente affaire, il n’est pas du tout certain que ce droit puisse avoir une valeur supérieure au principe opposé, selon lequel aucun électeur ne devrait avoir un accès général aux informations sur les résultats électoraux dont ne disposent pas les autres électeurs. Rappelons ce que nous avons souligné au sujet des restrictions imposées aux dépenses référendaires dans *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 61 :

Ainsi, bien que les dispositions contestées restreignent d’une certaine façon l’une des formes les plus fondamentales d’expression, soit l’expression politique, une certaine déférence doit être accordée au législateur pour lui permettre d’arbitrer entre les valeurs démocratiques que constituent la liberté d’expression et l’équité référendaire. Cette dernière se rattache en effet aux valeurs mêmes que cherche à protéger la *Charte* canadienne, en particulier l’égalité politique des citoyens qui est au cœur d’une société libre et démocratique. [Je souligne.]

Cela vaut également pour les restrictions en l’espèce.

26

27

### 5. Summary on Contextual Factors

28 In *Harper*, I referred to the contextual factors as favouring a “deferential approach to Parliament”: see para. 88. However, in my view the concept of deference is in this context best understood as being about “the nature and sufficiency of the evidence required for the Attorney General to demonstrate that the limits imposed on freedom of expression are reasonable and justifiable in a free and democratic society”: *Harper*, at para. 75 (emphasis added). What is referred to in *Harper* and *Thomson Newspapers* as a “deferential approach” is best seen as an approach which accepts that traditional forms of evidence (or ideas about their sufficiency) may be unavailable in a given case and that to require such evidence in those circumstances would be inappropriate.

29 As Professor Choudhry aptly notes, at p. 524 of his paper:

Public policy is often based on approximations and extrapolations from the available evidence, inferences from comparative data, and, on occasion, even educated guesses. Absent a large-scale policy experiment, this is all the evidence that is likely to be available. Justice La Forest offered an observation in [*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 304] which rings true: “[d]ecisions on such matters must inevitably be the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society”.

I agree with this assessment. The contextual factors are essentially directed at determining to what extent the case before the court is a case where the evidence will rightly consist of “approximations and extrapolations” as opposed to more traditional forms of social science proof, and therefore to what extent arguments based on logic and reason will be accepted as a foundational part of the s. 1 case.

### 5. Le résumé des facteurs contextuels

Dans *Harper*, j’ai indiqué que les facteurs contextuels militent en faveur d’une « attitude empreinte de déférence envers le Parlement » : voir par. 88. Toutefois, j’estime que l’on comprend mieux le concept de déférence dans ce contexte en se reportant à « la nature et [au] caractère suffisant de la preuve que doit présenter le procureur général pour établir que les limites à la liberté d’expression sont raisonnables et justifiées dans le cadre d’une société libre et démocratique » : *Harper*, par. 75 (je souligne). Il est préférable de considérer « l’attitude empreinte de déférence » dont il est question dans *Harper* et *Thomson Newspapers* comme étant une attitude qui reconnaît que, dans certaines affaires, les formes de preuve (ou idées concernant leur caractère suffisant) traditionnelles peuvent ne pas être disponibles et qu’il est inopportun d’exiger une telle preuve dans ces circonstances.

Voici ce qu’a souligné avec justesse le professeur Choudhry dans son article (p. 524) :

[TRADUCTION] Les politiques gouvernementales sont souvent élaborées à partir d’approximations et d’extrapolations découlant de la preuve disponible, d’inférences tirées de données comparatives et même, à l’occasion, d’hypothèses émises en connaissance de cause. En l’absence de recherches politiques de grande envergure, cette preuve est vraisemblablement la seule dont on peut disposer. Dans [*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 304-305], le juge La Forest a fait une observation très juste : « [d]ans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d’hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l’expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ».

Je partage cet avis. Les facteurs contextuels visent essentiellement à déterminer la mesure dans laquelle l’affaire dont le tribunal est saisi justifie une preuve consistant en des « approximations et extrapolations », par opposition à des formes plus traditionnelles de preuve relevant des sciences sociales et, par conséquent, la mesure dans laquelle les arguments fondés sur la logique et la raison peuvent être considérés comme une partie essentielle de la preuve fondée sur l’article premier.

Turning to a weighing of the factors in this case, I note that vulnerability does not play a major part in the analysis, but in light of the fact that prevention of Canadians' subjective fears and apprehension of harm is a goal of s. 329, evidence of those subjective fears must be taken as important. While political expression is undoubtedly important, the right at issue is the putative right to receive election results before the polls close; restricting access to such information before polls close carries less weight than after they close. Furthermore, it has not been established that a right to such information, which is at the periphery of the s. 2(b) guarantee, has been breached. In my view, that is the very question at issue.

#### B. *The Section 1 Analysis*

The s. 329 limit is clearly a limit prescribed by law; this was not disputed before us. I turn now to a consideration of the *Oakes* factors.

##### 1. Pressing and Substantial Objective

The law is clear that the first stage of the s. 1 analysis is not an evidentiary contest. As my colleagues recognized in *Harper*, “the proper question at this stage of the analysis is whether the Attorney General *has asserted* a pressing and substantial objective”: *Harper*, at para. 25, *per* McLachlin C.J. and Major J. (emphasis in original). McLachlin C.J. and Major J. went on to note that “[a] theoretical objective asserted as pressing and substantial is sufficient for purposes of the s. 1 justification analysis”: see para. 26. They based this assumption on several cases decided by this Court. A brief review of those cases is instructive at this point.

In *Thomson Newspapers*, the Court accepted as “clearly pressing and substantial” the goals of s. 322.1 of the *Canada Elections Act* on the basis that they were “directed to the realisation of the important collective goal of safeguarding the integrity of

En ce qui concerne la pondération des facteurs en l'espèce, je souligne que la vulnérabilité ne joue pas un rôle majeur dans l'analyse. Toutefois, comme l'art. 329 vise à épargner aux Canadiens les craintes subjectives et l'apprehension du préjudice, la preuve de ces craintes subjectives est importante. Certes, on ne saurait douter de l'importance de l'expression politique, mais le droit en cause est le droit présumé de recevoir des résultats électoraux avant la fermeture des bureaux de scrutin; la restriction de l'accès à ces informations avant la fermeture de ces bureaux a moins de poids qu'après leur fermeture. De plus, il n'a pas été établi qu'il y a eu atteinte au droit à de telles informations — lequel se situe à la limite des droits garantis par l'al. 2b). À mon avis, c'est précisément la question qui se pose.

#### B. *L'analyse fondée sur l'article premier*

La limite prévue à l'art. 329 est manifestement prescrite par une règle de droit; il n'y a pas eu de contestation à cet égard devant nous. J'examine maintenant les facteurs énoncés dans *Oakes*.

##### 1. L'objectif urgent et réel

Il est clairement établi en droit que la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier n'est pas un concours de preuve. Comme l'ont reconnu mes collègues dans *Harper*, « la bonne question à cette étape de l'analyse consiste plutôt à décider si le procureur général *a invoqué* un objectif urgent et réel » : *Harper*, par. 25, motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Major (souligné dans l'original). La Juge en chef et le juge Major ont ensuite fait remarquer qu'« [u]n objectif théorique présenté comme urgent et réel suffit pour les besoins de l'analyse de la justification fondée sur l'article premier » : voir par. 26. Ils se sont fondés sur plusieurs arrêts de la Cour pour faire cette affirmation. Un bref examen de cette jurisprudence est instructif à la présente étape.

Dans *Thomson Newspapers*, la Cour a reconnu que les objectifs visés par l'art. 322.1 de la Loi étaient « clairement urgent[s] et réel[s] » parce qu'ils « tend[ent] à la réalisation d'un but collectif important — savoir la sauvegarde de l'intégrité du

30

31

32

33

the electoral process” (para. 38 (emphasis added)). In *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, this Court held that maintaining and enhancing the integrity of the electoral process was without doubt “always of pressing and substantial concern in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society” (para. 38 (emphasis added)). In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, Iacobucci J. (for the majority on the s. 1 issue) based his analysis on “the fundamental importance of the legislative objective as stated” (p. 259). Similarly, the Court in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, accepted the asserted objectives as valid on the basis that they were “admirable aim[s]” (p. 281). Finally, in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, this Court accepted that protection of individual privacy was a pressing and substantial objective on the basis that our society has “cherished and given protection to” it, and on the basis of the Court’s own previous statements regarding the importance of privacy: see pp. 1343-45.

34 In each of these cases the Court recognized that some objectives, once asserted, can be simply accepted by the Court as *always* pressing and substantial in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society.

35 The Attorney General claims that informational equality is a fundamental principle of electoral democracy, as does its expert witness Dr. MacDermid. It is a centrally important element of the concept of electoral fairness, and one which this Court has held to be “a laudable objective that will necessarily involve certain restrictions on freedom of expression”, and “a pressing and substantial objective in our liberal democracy, even in the absence of evidence that past elections have been unfair”: see *Libman*, at para. 84 (emphasis deleted), and *Harper*, at para. 26 (*per* McLachlin C.J. and Major J.). I accept that it is pressing and substantial on the basis of logic and reason applied to the evidence brought by the Attorney General.

processus électoral » (par. 38 (je souligne)). Dans *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, la Cour a statué que le but de maintenir et de renforcer l’intégrité du processus électoral est sans aucun doute « toujours une préoccupation urgente et réelle de toute société qui prétend suivre les préceptes d’une société libre et démocratique » (par. 38 (je souligne)). Dans *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, le juge Iacobucci (au nom de la majorité pour la question traitant de l’article premier) a fondé son analyse sur « l’importance fondamentale de l’objectif du législateur » (p. 259). De même, dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, la Cour a reconnu la validité des objectifs invoqués parce qu’il s’agissait d’« objectif[s] admirable[s] » (p. 281). Enfin, dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, se fondant sur le fait que notre société « valorise la vie privée et lui accorde protection » et sur ses déclarations antérieures concernant l’importance de la vie privée, la Cour a reconnu que la protection de la vie privée des particuliers constitue un objectif urgent et réel : voir p. 1343-1345.

Dans chacun de ces arrêts, la Cour a reconnu qu’elle peut simplement considérer que certains objectifs, dès lors qu’ils sont invoqués, constituent *toujours* des préoccupations urgentes et réelles de toute société qui vise à suivre les préceptes d’une société libre et démocratique.

Le procureur général soutient, tout comme son témoin expert le professeur MacDermid, que l’égalité informationnelle est un principe fondamental de la démocratie électorale. C’est un élément central du concept d’équité électorale, et la Cour a jugé qu’il s’agissait d’« un objectif louable qui impliquera nécessairement certaines restrictions à la liberté d’expression » et d’« un objectif urgent et réel dans notre démocratie libérale, même en l’absence de preuve montrant que les élections antérieures ont été inéquitables » : voir *Libman*, par. 84 (soulignement supprimé), et *Harper*, par. 26 (motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Major). Je reconnais qu’il est urgent et réel du fait de la logique et la raison applicable à la preuve présentée par le procureur général.

As well, the Lortie Report suggests that Canadians “feel very strongly about premature release of election results” in general, and not just because the outcome of the election might be known in the West before voting closes there (vol. 2, at p. 84). Moreover, in some elections, such as the one which took place in 1993, the outcome was in fact seen to be predictable on the basis of Atlantic results alone. Public confidence, as I have mentioned, is a complicated phenomenon which cannot easily be linked to any single cause, but the link between confidence and information imbalances is clear.

Most importantly, at this stage of the *Oakes* analysis, the inquiry is still into whether or not a pressing and substantial objective has been asserted by the Attorney General. In *Harper*, the Court accepted that maintenance of public confidence in the electoral system was a pressing and substantial objective:

Maintaining confidence in the electoral process is essential to preserve the integrity of the electoral system which is the cornerstone of Canadian democracy. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136, Dickson C.J. concluded that faith in social and political institutions, which enhance the participation of individuals and groups in society, is of central importance in a free and democratic society. If Canadians lack confidence in the electoral system, they will be discouraged from participating in a meaningful way in the electoral process. More importantly, they will lack faith in their elected representatives. Confidence in the electoral process is, therefore, a pressing and substantial objective. [para. 103]

I see no reason to resile from that position. I therefore accept the objective of the provision as pressing and substantial.

## 2. Proportionality

The inquiry into proportionality which consists in the final three stages of the *Oakes* test requires the Attorney General to provide more than the assertions which were acceptable at the first stage. Instead, the inquiry is led into questions of causation and may require more in the way of proof.

Par ailleurs, le rapport Lortie affirme que les Canadiens en général « sont très sensibles à la divulgation prématurée des résultats », et ce n'est pas uniquement parce que les électeurs de l'Ouest du pays peuvent connaître l'issue des élections avant la fermeture de leurs bureaux de scrutin (vol. 2, p. 90). En outre, lors de certaines élections (comme celle de 1993), il a semblé possible de prédire l'issue uniquement d'après les résultats pour la région de l'Atlantique. La confiance du public, comme je l'ai mentionné, est un phénomène complexe qui ne saurait facilement se rattacher à une seule cause, mais le lien entre la confiance et le déséquilibre informationnel est clair.

Chose très importante : à cette étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Oakes*, il faut encore se demander si le procureur général a invoqué un objectif urgent et réel. Dans *Harper*, la Cour a reconnu que le maintien de la confiance du public dans le système électoral constitue un objectif urgent et réel :

Le maintien de la confiance dans le processus électoral est essentiel pour préserver l'intégrité du système électoral, qui est la pierre angulaire de la démocratie au Canada. Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136, le juge en chef Dickson a conclu que la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société revêt une importance capitale dans une société libre et démocratique. Si les Canadiens ne croient pas en leur système électoral, ils seront dissuadés de participer utilement au processus électoral. Facteur plus important encore, ils ne feront plus confiance aux députés qu'ils ont élus. La confiance dans le processus électoral constitue donc un objectif urgent et réel. [par. 103]

Je ne vois aucune raison de revenir sur cette position. C'est pourquoi je reconnais que les objectifs des dispositions en cause sont urgents et réels.

## 2. La proportionnalité

L'examen de la proportionnalité, lequel comporte les trois dernières étapes du critère *Oakes*, exige du procureur général davantage que le simple énoncé des objectifs jugés acceptables à la première étape. L'examen est plutôt orienté vers des questions de causalité et peut rehausser l'exigence de preuve.

(a) *Rational Connection*

39

The rational connection stage of the test requires the Attorney General to “show a causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic”: see *RJR-MacDonald*, at para. 153, and *Harper*, at para. 104. It is clear that logic and reason may play a large role in establishing such a causal connection. Such a connection 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. 35-31, cited with approval in *Thomson Newspapers*, at para. 39.

40

In this case, the causal connection is eminently clear: allowing some voters to access the results of voting in other districts would patently violate the objective. The suggestion that such information could be available to voters in spite of the ban, through private communications, does not detract from this conclusion, for at least three reasons. First, at least 75 percent of Canadians surveyed for the Decima Research/Carleton University Poll mentioned above said that they would be unlikely or not at all likely to seek out such information in spite of the ban. Second, perfect enforcement is not a requirement of a law’s validity: *R. v. Marmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at paras. 177-78. Finally, such an argument ignores the fundamental qualitative difference between, on the one hand, a small number (less than 25 percent) of voters seeking out information privately, and, on the other hand, a national broadcast of election results from Atlantic Canada which would be difficult to ignore for those who did not wish to see it, and would tend to cause a much more significant violation of the principle of information equality.

41

The Attorney General has provided some evidence that public confidence depends on a perception that all Canadians have equal access to information before voting, and thus on the

a) *Le lien rationnel*

L’étape qui consiste à déterminer l’existence d’un lien rationnel commande au procureur général d’« établir un lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l’avantage recherché » : voir *RJR-MacDonald*, par. 153, et *Harper*, par. 104. Il est évident que la logique et la raison peuvent jouer un rôle important dans l’établissement de ce lien causal. Celui-ci est [TRADUCTION] « 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. feuilles mobiles), vol. 2, p. 35-31, cité avec approbation dans *Thomson Newspapers*, par. 39.

En l’espèce, le lien causal est éminemment clair : donner à certains électeurs l’accès aux résultats électoraux pour d’autres circonscriptions irait manifestement à l’encontre de l’objectif. Affirmer que les électeurs peuvent, malgré l’interdiction, obtenir ces informations par des communications privées ne change rien à cette conclusion, et ce, pour au moins trois raisons. Premièrement, au moins 75 pour 100 des Canadiens interrogés dans le cadre du sondage Décima mentionné précédemment ont indiqué qu’ils ne chercheraient probablement pas ou absolument pas à obtenir ces informations malgré l’interdiction. Deuxièmement, le parfait respect de la loi n’est pas une condition essentielle à la validité de la mesure législative : *R. c. Marmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 177-178. Enfin, cet argument ne tient pas compte de la différence qualitative fondamentale entre, d’une part, le petit nombre d’électeurs (moins de 25 pour 100) qui cherchent en privé à obtenir des informations et, d’autre part, la diffusion, à l’échelle nationale, des résultats électoraux pour la région de l’Atlantique dont pourraient difficilement faire abstraction ceux qui ne veulent pas en prendre connaissance et qui entraînerait une atteinte beaucoup plus considérable au principe de l’égalité informationnelle.

Le procureur général a fourni des éléments de preuve établissant que la confiance du public repose sur la perception que tous les Canadiens ont un accès égal aux informations avant d’aller voter et, donc,

presence of the s. 329 ban. This evidence includes the Lortie Report, which found that “Canadians feel very strongly about premature release of election results” (vol. 2, at p. 84), and the Decima Research/Carleton University Poll, which found that 70 percent of those surveyed believed in the principle of informational equality, suggesting that a failure to adhere to this principle would harm their view of the electoral system. Clearly this evidence is not conclusive, but the Attorney General is not required to demonstrate an “empirical connection” between the objective and the provision: *Harper*, at para. 104. Logic and reason, combined with the evidence that is available, establish that s. 329 is rationally connected to maintaining public confidence in the electoral system.

(b) *Minimal Impairment*

The standard for this stage of the analysis is still best encapsulated by the well-known passage from *RJR-MacDonald*, at para. 160:

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 . . .

Of course, as this Court unanimously recognized in *Harper*, the minimal impairment analysis may be the stage of the *Oakes* test in which context is most important: see paras. 33 and 110.

In *Harper*, I suggested at para. 111 that “the contextual factors indicate that the Court should afford deference to the balance Parliament has struck between political expression and meaningful participation in the electoral process”. As noted above, deference in this context does not mean that Parliament’s decisions will be approved by this Court without scrutiny; rather, the contextual

sur l’existence de l’interdiction prévue à l’art. 329. La preuve comporte notamment le rapport Lortie, d’après lequel « les Canadiens et Canadiennes sont très sensibles à la divulgation prématurée des résultats [électoraux] » (vol. 2, p. 90), et le sondage Décima, selon lequel 70 pour 100 des personnes interrogées croient au principe de l’égalité informationnelle, ce qui tend à indiquer que le non-respect de ce principe bousculerait leur opinion à l’égard du système électoral. Il ne s’agit manifestement pas d’une preuve concluante, mais le procureur général n’est pas tenu d’établir un « lien empirique » entre l’objectif et la disposition : *Harper*, par. 104. La logique et la raison, combinées avec la preuve disponible, permettent d’établir qu’il existe un lien rationnel entre l’art. 329 et le maintien de la confiance du public dans le système électoral.

b) *L’atteinte minimale*

Le passage bien connu de *RJR-MacDonald*, par. 160, est toujours celui qui résume le mieux la norme à suivre à cette étape de l’analyse :

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 . . .

Naturellement, comme l’a reconnu à l’unanimité la Cour dans *Harper*, l’analyse de l’atteinte minimale est sans doute l’étape du critère *Oakes* où le contexte est particulièrement important : voir par. 33 et 110.

Dans *Harper*, j’ai affirmé qu’« il ressort des facteurs contextuels que la Cour doit témoigner de la déférence à l’égard de l’équilibre établi par le Parlement entre l’expression politique et la participation utile au processus électoral » (par. 111). Or, je le répète, la déférence dans ce contexte ne signifie pas que la Cour accepte les décisions du Parlement sans examiner attentivement la preuve;

42

43

approach to s. 1 suggests that in some cases logic and reason will constitute appropriate supplements to what evidence there is.

44

The most important evidence at this stage of the analysis is the Lortie Report and its recommendations. As noted above, the Lortie Report contained clear support for the proposition that information imbalances were considered problematic by Canadians:

Our research indicated that Canadians feel very strongly about premature release of election results and favour changes in voting hours to eliminate the problem. [Emphasis added; vol. 2, at p. 84.]

45

The Lortie Report, therefore, supports the proposition that maintaining public confidence in the electoral system requires some method of restraining publication of election results until most or all Canadians have voted. The proposition that one effective way of achieving this objective is the staggered voting hours system (which was instituted by Parliament, even though it differs from the recommendation of the Lortie Report) is part of the Lortie Report's recommendations. The Commission itself considered alternative recommendations, its goal being to prevent the release of election results before the close of polls. It looked at uniform voting hours throughout the country, delaying the vote count and extending the voting period to two days, but found these possibilities to be "too disruptive for voters or election workers" (vol. 2, at p. 85). The Commission settled on partially staggered hours. In proposing this compromise solution, it concluded that "the release of some election results before polls close in the West — specifically, results from the 32 seats in Atlantic Canada — would not constitute a major problem so long as other results from eastern Canada were not available until after the polls closed in the West" (p. 85). Parliament debated the alternatives, the advantages and disadvantages of various approaches to the problem; it then devised its own solution.

l'interprétation contextuelle de l'article premier tend plutôt à démontrer que, dans certains cas, la logique et la raison suffisent pour compléter la preuve.

Le rapport Lortie et ses recommandations constituent la preuve la plus importante à cette étape de l'analyse. Comme je l'ai fait observer précédemment, le rapport Lortie appuie clairement la thèse selon laquelle les Canadiens considèrent que les déséquilibres informationnels posent des problèmes :

D'après nos études, les Canadiens et Canadiennes sont très sensibles à la divulgation prématurée des résultats et souhaitent que ce problème soit résolu en modifiant les heures du scrutin. [Je souligne; vol. 2, p. 90.]

Il appuie donc l'argument qu'il faut prendre des mesures visant à retenir la publication des résultats électoraux jusqu'à ce que tous ou presque tous les Canadiens aient voté, si l'on veut que le public continue d'avoir confiance dans le système électoral. La thèse que l'un des moyens efficaces d'atteindre cet objectif est de décaler les heures de scrutin (mesure qui a été adoptée par le Parlement, mais qui diffère de la recommandation du rapport Lortie) fait partie des recommandations du rapport Lortie. La Commission elle-même a examiné d'autres recommandations, son objectif étant d'empêcher la diffusion des résultats électoraux avant la fermeture des bureaux de scrutin. Elle a examiné plusieurs possibilités, par exemple, uniformiser les heures de scrutin dans tout le pays, retarder le dépouillement du scrutin et étaler la période du scrutin sur deux jours, mais a jugé qu'elles perturberaient trop l'électorat et le personnel électoral (vol. 2, p. 91). Elle a plutôt recommandé un décalage partiel des heures de scrutin. En proposant cette solution de compromis, elle a conclu que « la divulgation de quelques résultats — en l'occurrence ceux des 32 sièges des provinces de l'Atlantique — serait acceptable, à condition que les autres résultats de l'Est ne soient rendus publics qu'après la clôture du scrutin dans l'Ouest » (p. 91). Le Parlement a débattu les options, les avantages et inconvénients des diverses façons d'aborder le problème; il a ensuite mis au point sa propre solution.

Public confidence in the electoral system is dependent not only on the belief of Canadians that the election is fair in that the premature availability of returns does not affect the *outcome* of the election, but also on the belief in that the principle of information equality is upheld. The Attorney General's expert spoke of outcomes in this fashion: "[F]or there to be an effect on people, to depress turnout, there must be some knowledge of a different outcome for the election than they expected." He had also suggested that a media call was required to affect voter behaviour, but explained on re-examination that voters might well draw the same conclusion on their own. Similarly, the Lortie Report concluded that "the basic problem is ensuring that voters in western Canada do not know who will form the government before the polls close there" (vol. 2, at p. 85). This is not to say that Canadians will consider that the process is seen as perfectly fair unless the early release of electoral results in Eastern Canada is such that Western voters are convinced that the outcome of the election is all but certain.

Public confidence depends on several factors. The staggered hours solution addresses imperfectly, as noted, one of these factors — the "basic problem" of Western voters knowing who will form the government — but does not address the impact on confidence of the public in light of its knowledge that the principle of information equality is not being respected. Thus, staggered hours, even if more extensive, as proposed in the Lortie Report, cannot alone perfectly address the problem of voter confidence. Informational imbalance remains if s. 329 of the Act is not retained. Restricting all publication of Atlantic results for a very short period is thus a reasonable way of trying to protect that public confidence, as agreed by Parliamentarians themselves. Parliament considered the alternative options proposed in the Lortie Report and determined the s. 329 scheme to be the most effective

La confiance du public dans le système électoral repose non seulement sur la croyance des Canadiens que les élections sont justes, à savoir que la diffusion prématurée n'a aucune incidence sur l'*issue* de l'élection, mais également sur la croyance que le principe de l'égalité informationnelle est respecté. L'expert du procureur général a parlé des conséquences en ces termes : [TRADUCTION] « [P]our qu'il y ait un effet sur la population, par exemple une chute du taux de participation, il faut que les gens en viennent à se dire que l'issue des élections est différente de celle qu'ils avaient escomptée. » Il a aussi indiqué que l'effet sur le comportement des électeurs nécessite les prédictions des médias, mais il a expliqué en réinterrogatoire qu'il se peut bien que les électeurs tirent la même conclusion d'eux-mêmes. Par ailleurs, le rapport Lortie a conclu que « [l']objectif fondamental [. . .] est de veiller à ce que les électeurs et électrices des provinces de l'Ouest ne sachent pas avant la fermeture de leurs bureaux de vote qui formera le prochain gouvernement » (vol. 2, p. 91). Cela ne veut pas dire que, selon les Canadiens, le processus semble parfaitement équitable sauf si la divulgation prématurée des résultats électoraux pour l'Est du Canada est telle que les électeurs de l'Ouest du pays sont convaincus que l'issue des élections est pour ainsi dire connue.

La confiance du public est fonction de plusieurs facteurs. La solution du décalage des heures de scrutin satisfait, quoique de manière imparfaite, à l'un de ces facteurs — l'« objectif fondamental » de veiller à ce que les électeurs des provinces de l'Ouest ne sachent pas qui formera le prochain gouvernement —, mais ne remédie pas à la perte de confiance du public, car celui-ci sait que le principe de l'égalité informationnelle n'est pas respecté. C'est pourquoi le décalage des heures de scrutin, même plus grand, comme le propose le rapport Lortie, ne peut à lui seul résoudre parfaitement le problème de la confiance des électeurs. Le déséquilibre informationnel demeure si l'on ne maintient pas l'art. 329 de la Loi. Restreindre la publication des résultats pour la région de l'Atlantique pendant une très courte période constitue ainsi une tentative raisonnable de protéger cette confiance du public,

and least intrusive; there is sufficient evidence in the particular context of this case showing that the policy choice of Parliament is a rational and justifiable solution to the problem of informational imbalance.

(c) *Salutary and Deleterious Effects*

48 The final stage of the *Oakes* analysis requires a balancing between the salutary and deleterious effects of the legislation. At this stage, it is important to note that it is inappropriate to require a greater standard of proof for the existence of the salutary effects of the legislation than for the deleterious effects.

49 The salutary effects of s. 329 are clear. Of primary importance is the fact that s. 329 maintains the integrity of the principle of informational equality, and is the only *effective* legislative response available to Parliament to address that objective. Fully staggered hours were found to be unrealistic; the more extensive staggering proposed by the Lortie Commission was found to be inappropriate after a full review of the matter before a Parliamentary committee. Secondly, logic and reason suggest that, given that 70 percent of Canadians believe in the importance of informational equality in elections, s. 329 contributes to the maintenance of public confidence in the electoral system. These salutary effects are real, not merely potential, as was the case in *Thomson Newspapers* (see para. 94). The effect of the s. 329 ban is to actually protect the principle of informational equality, and to actually maintain public confidence in the electoral system. In addition, it is certainly plausible that s. 329 has the effect of preventing some voters from actually relying on prematurely released results and thus changing voting patterns in undesirable ways: the Attorney General's expert suggested from one to five percent of voters could decide not to vote at all based on these results.

comme l'ont eux-mêmes convenu les parlementaires. Le Parlement a examiné les autres options proposées dans le rapport Lortie et a déterminé que le régime établi par l'art. 329 est le plus efficace et le moins attentatoire; dans le contexte de l'espèce, il y a suffisamment d'éléments de preuve indiquant que le choix de principe du Parlement est une solution rationnelle et justifiable au problème du déséquilibre informationnel.

c) *Les effets bénéfiques et préjudiciables*

La dernière étape de l'analyse fondée sur *Oakes* exige la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la mesure législative. Il importe à cette étape-ci de souligner que les effets bénéfiques ne commandent pas une norme de preuve plus élevée que celle des effets préjudiciables.

Les effets bénéfiques de l'art. 329 sont clairs. Est d'une importance capitale le fait que l'art. 329 préserve l'intégrité du principe de l'égalité informationnelle et qu'il est le seul moyen *efficace* dont le législateur dispose pour atteindre cet objectif. On a jugé irréaliste le décalage total des heures de scrutin; on n'a pas retenu le décalage plus grand proposé par la Commission Lortie, après examen approfondi de la question devant un comité parlementaire. De façon secondaire, la logique et la raison tendent à indiquer que l'art. 329 contribue à maintenir la confiance du public dans le système électoral, car 70 pour 100 des Canadiens estiment que l'égalité informationnelle joue un rôle important dans les élections. Ces effets bénéfiques sont réels, non une simple possibilité, comme c'est le cas dans *Thomson Newspapers* (voir par. 94). L'interdiction prévue à l'art. 329 a vraiment pour effet de protéger le principe de l'égalité informationnelle et de maintenir la confiance du public dans le système électoral. En outre, il est certainement possible que l'art. 329 a pour effet d'empêcher certains électeurs de se fier à des résultats divulgués de façon prématurée et, de ce fait, d'empêcher un changement indésirable des habitudes de vote : selon le témoin expert du procureur général, 1 à 5 pour 100 des électeurs pourraient décider de ne pas voter en apprenant ces résultats.

Finally, s. 329 contributes in a positive way to the fairness and reputation of the electoral system as a whole, a pillar of the Canadian democracy. *Harper* established that s. 350 of the *Canada Elections Act* constitutionally limits third party election advertising spending to promote electoral fairness. Moreover, electoral fairness takes on a special degree of importance on election day. The *Canada Elections Act* bans the publication of election day polls (s. 328), including exit polls, and bans the transmission of election advertising on polling day before the closing of all the polling stations in the electoral district (s. 323). The s. 329 ban of premature disclosure of election results illustrates Parliament's consistent efforts to particularly promote electoral fairness and minimize information imbalances on election day, an objective that is supported by the public at large (Decima Research/Carleton University Poll). In my view, lifting the publication ban clearly impacts detrimentally on the pressing and substantial objective accepted in *Harper*, that of informational equality. I would therefore question the proportionality analysis of *Abella J.* because she ignores the stated objective she has herself accepted and seems to ignore yet again the contextual and deferential approach contemplated in the recent jurisprudence of this Court, with which she has agreed. To advance that Canadians have the right to know the election results as soon as possible (reasons of *Abella J.*, at para. 129) begs the question. The issue is whether the immediate publication of results is mandated, whether such a right trumps any other right or goal in light of the nature and quality of the information and its importance in the electoral context.

Regarding the existence of the deleterious effects of s. 329, there is no evidence of harm to the electoral process or to the general right of Canadians to be informed that is of a quality or character manifestly superior to the evidence of the existence of salutary effects in promoting electoral fairness. The s. 329 ban is only operative for a matter of two

Enfin, l'art. 329 contribue de manière positive à l'équité et à la bonne réputation du système électoral dans son ensemble, pilier de notre démocratie canadienne. L'arrêt *Harper* a établi que l'art. 350 de la Loi limite, sur le plan constitutionnel, les dépenses de publicité électorale des tiers afin de favoriser l'équité électorale. Par ailleurs, l'équité électorale revêt une importance particulière le jour du scrutin. La Loi interdit la publication des résultats d'un sondage électoral le jour du scrutin (art. 328), y compris les sondages à la sortie des urnes, ainsi que la diffusion de la publicité électorale dans une circonscription le jour du scrutin, avant la fermeture de tous les bureaux de scrutin de celle-ci (art. 323). L'interdiction de diffuser prématurément les résultats électoraux prévue à l'art. 329 illustre les efforts soutenus que déploie le Parlement en particulier pour favoriser l'équité électorale et minimiser les déséquilibres informationnels le jour du scrutin, objectif qui a la faveur du grand public (sondage Décima). J'estime que la levée de l'interdiction de publication compromettrait sérieusement la réalisation de l'objectif urgent et réel reconnu dans *Harper*, à savoir celui de l'égalité informationnelle. Je ne souscris donc pas à l'analyse de la proportionnalité que propose la juge *Abella* parce qu'elle ne prend pas en considération l'objectif déclaré — qu'elle a elle-même reconnu —, et semble ne pas tenir compte, là encore, de l'analyse contextuelle et de l'attitude de déférence adoptées dans la jurisprudence récente de la Cour, qu'elle a par ailleurs approuvées. Affirmer que les Canadiens ont le droit de connaître les résultats des élections le plus tôt possible (motifs de la juge *Abella*, par. 129) élude la question. Il faut se demander si la publication immédiate des résultats est justifiée, si ce droit l'emporte sur un autre droit ou objectif compte tenu de la nature et de la qualité de l'information ainsi que de son importance dans le contexte électoral.

Pour ce qui est de l'existence des effets préjudiciables de l'art. 329, la preuve concernant le préjudice causé au processus électoral ou l'atteinte au droit général des Canadiens d'être informés n'est pas de qualité ou nature manifestement supérieure par rapport à la preuve que la promotion de l'équité électorale comporte des effets bénéfiques.

to three hours, and only on election day; it is only the late voters in fact that will be affected. The magnitude of the ban, it must be noted, is extremely small. The nature of the information has already been discussed. The submission of the media interveners that the ban may be ineffective and that it is very inconvenient for them (as it requires them to modify their broadcasting practices) cannot be allowed to override as important a goal as the protection of Canada's electoral democracy.

52 Thus the salutary effects of s. 329 outweigh the deleterious effects.

#### IV. Conclusion

53 Section 329, by virtue of its objective of ensuring informational equality among voters, is a reasonable limit on s. 2(b) of the *Charter*. I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

#### I

54 Parliament has adopted two measures that together aim to ensure, insofar as reasonably possible, that electors across the country will cast their ballots without knowing how others have voted before them.

55 First, the voting hours have been staggered to reduce the impact of the way the world turns — and the resulting division of Canada into six separate time zones; second, election results anywhere in Canada cannot be published in an electoral district in which the polls have not yet closed.

56 This appeal concerns the second of these complementary measures, which necessarily delays for

L'interdiction prévue à l'art. 329 ne porte que sur deux ou trois heures, et uniquement le jour du scrutin; ce sont en fait seulement les électeurs tardifs qui seront touchés. L'interdiction, notons-le, a une portée extrêmement faible. Nous avons déjà parlé de la nature de l'information. La prétention des médias qui sont intervenus en l'espèce, selon laquelle l'interdiction peut être inutile et leur cause de nombreux inconvénients (ils sont obligés de modifier leurs pratiques de diffusion), ne saurait l'emporter sur un objectif aussi important que la protection de notre démocratie électorale canadienne.

Les effets bénéfiques de l'art. 329 l'emportent donc sur ses effets préjudiciables.

#### IV. Conclusion

L'article 329, en raison de son objectif de veiller à ce que les électeurs jouissent de l'égalité informationnelle, constitue une limite raisonnable à la liberté garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

#### I

Le législateur fédéral a adopté deux mesures qui, ensemble, visent à faire en sorte, autant que faire se peut, que les électeurs d'une région donnée du pays puissent voter sans savoir pour qui ont voté les électeurs des autres régions qui sont allés aux urnes avant eux.

Premièrement, les heures de scrutin ont été décalées pour réduire l'incidence du fait que la terre tourne — et qu'en conséquence le Canada est divisé en six fuseaux horaires; deuxièmement, il a été interdit de rendre publics, dans une circonscription où les bureaux de scrutin ne sont pas encore fermés, les résultats électoraux déjà connus de toute autre région du Canada.

Le présent pourvoi porte sur la deuxième de ces mesures complémentaires, laquelle a forcément

no more than three hours the publication of results in the Atlantic provinces. In Quebec, Ontario, the Prairie provinces, Alberta and a small part of British Columbia, publication of the results from the Maritime provinces is delayed by two hours. Elsewhere in British Columbia, the delay is two and a half hours. And in both instances, results from Newfoundland are delayed a half hour longer.

It is conceded that this delay, though of short duration, limits the freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The decisive issue is whether this limit is constitutionally sanctioned by s. 1 of the *Charter*.

In addressing this issue, I find it important to bear in mind from the outset that we are dealing here with one element of a comprehensive electoral system that temporarily restricts various forms of expression, including exit polls and the ban on election day advertising upheld unanimously by the Court only recently in *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33. In this context, we must be particularly careful not to usurp Parliament's role in determining the rules of the electoral game most appropriate for Canada as a whole. And we must avoid any temptation driven by mere preference, even for objective reasons carefully explained, to tamper with those rules unless they run afoul of Canada's constitutional requirements.

For electoral arrangements of this kind, when Parliament prefers, the courts defer — except where the Constitution otherwise dictates. Judicial deference, however, should not be mistaken for diminished constitutional vigilance, still less for judicial approval or entrenchment. Our role is simply to decide whether Parliament's impugned preference passes constitutional muster. In finding that

pour effet de retarder — mais pendant au plus trois heures — la publication des résultats électoraux dans les provinces de l'Atlantique. Au Québec, en Ontario, dans les provinces des Prairies, en Alberta et dans une petite partie de la Colombie-Britannique, la publication des résultats des provinces Maritimes est retardée de deux heures. Dans le reste de la Colombie-Britannique, le délai d'attente est de deux heures et demie. Et dans les deux cas, la publication des résultats électoraux de Terre-Neuve est retardée pendant une demi-heure supplémentaire.

Il est admis que, bien qu'il soit de courte durée, le délai d'attente restreint la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La question décisive est de savoir si cette restriction est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

Dans l'examen de cette question, j'estime important de rappeler d'entrée de jeu que nous sommes en présence d'un élément d'un système électoral global qui restreint temporairement diverses formes d'expression, notamment les sondages à la sortie des bureaux de scrutin et la publicité le jour du scrutin, mesure dont la Cour a unanimement confirmé la validité tout récemment dans l'arrêt *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33. Dans ce contexte, nous devons faire particulièrement attention de ne pas usurper le rôle du législateur dans l'établissement des règles du jeu électoral les plus appropriées pour l'ensemble du Canada. De plus, nous devons résister à toute tentation qui reposerait sur de simples préférences, même fondées sur des raisons objectives soigneusement expliquées, de toucher à ces règles, sauf si celles-ci violent les exigences de la Constitution du Canada.

Pour ce qui est des règles électorales de ce genre, lorsque le Parlement légifère suivant sa préférence, les tribunaux font alors montre de déférence — sauf prescription contraire de la Constitution. Toutefois, il ne faut pas assimiler cette déférence judiciaire à une vigilance constitutionnelle amoindrie, et encore moins à une approbation ou constitutionnalisation judiciaire. Notre rôle consiste simplement

57

58

59

it does here, I take care to add that Parliament can of course change its mind. Within constitutional bounds, policy preferences of this sort remain the prerogative of Parliament, not of the courts.

à décider si le choix qu'a privilégié le législateur et qui est contesté respecte les prescriptions de la Constitution. Quoique je conclue à la validité de ce choix en l'espèce, je prends bien soin d'ajouter que le Parlement peut évidemment changer d'avis. Dans la mesure où elles respectent les limites prévues par la Constitution, les décisions de politique générale de cette nature demeurent la prérogative du législateur, non des tribunaux.

60 For the reasons already given and those that follow I would, like Justice Bastarache, dismiss the appeal.

Pour les motifs déjà exposés et pour ceux qui suivent, je suis plutôt d'avis, comme le juge Bastarache, de rejeter le pourvoi.

## II

## II

61 Pursuant to s. 1 of the *Charter*, freedom of expression is subject in Canada only to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". Two main criteria must be satisfied. First, no limitation of a *Charter* right can be saved by s. 1 unless its object relates to a pressing and substantial concern in a free and democratic society; second, the limitation must satisfy the proportionality requirements articulated in *Oakes* and refined in subsequent decisions of the Court (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103).

Aux termes de l'article premier de la *Charte*, au Canada, la liberté d'expression ne peut être restreinte « 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 ». Toute restriction doit satisfaire à deux critères principaux. Premièrement, la validité d'une restriction d'un droit garanti par la *Charte* ne peut être sauvegardée par l'article premier que si l'objet de cette restriction répond à une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique; deuxièmement, la restriction doit satisfaire aux exigences de proportionnalité que notre Cour a formulées dans l'arrêt *Oakes*, puis précisées dans des arrêts subséquents (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103).

62 I agree with Justices Bastarache and Abella that the limit in issue here easily satisfies the first requirement. Its object is to avoid or, if that is not possible, to restrict the information imbalance that would otherwise result. Without the limit, voters in Central and Western Canada would have access before casting their ballots to election results in the Atlantic provinces, while voters in the Atlantic provinces would lack any information of the sort. In the government's view, this information imbalance would create an actual or, at the very least, a *perceived* element of unfairness in Canada's electoral system.

À l'instar des juges Bastarache et Abella, je suis d'avis que la restriction en cause dans le présent pourvoi satisfait aisément au premier critère. Elle a pour objet d'éliminer ou à tout le moins, si la première solution n'est pas possible, d'atténuer le déséquilibre informationnel qui existerait en son absence. Sans cette restriction, les électeurs du Centre et de l'Ouest du Canada auraient accès, avant de voter, aux résultats électoraux des provinces de l'Atlantique alors que les électeurs de ces provinces ne disposeraient pas d'une telle information. Selon le gouvernement, ce déséquilibre informationnel crée dans le système électoral canadien une situation qui est injuste ou, du moins, *perçue* comme telle.

In turning to the second requirement — proportionality — I emphasize that we are dealing here with an important element of Canada's electoral system. Dictated in large measure by Canada's geography, the impugned provision forms part of the elaborate statutory scheme crafted by Parliament in response to the findings and recommendations of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (the "Lortie Commission"), *Reforming Electoral Democracy* (1991).

The proportionality inquiry raises three questions. The first is whether there is a "rational connection" between the pressing and substantial concern asserted by the government and the limitation Parliament has adopted to meet it. Like my colleagues, I would without hesitation answer that question in the affirmative.

The second question is whether the limitation minimally impairs the affected *Charter* right. I recognize, of course, that the burden of justification under s. 1 of the *Charter* falls on the government and not on those whose rights are curtailed. This applies as much to the minimal impairment criterion as to the others. Nonetheless, I think it right to mention that those who would strike down the publication delay under attack here have not identified a reasonable and more minimalist alternative to the limitation, however imperfect, chosen by Parliament. Justice Abella finds it unnecessary to do so; Justice Bastarache, on the other hand, demonstrates in his careful treatment of the issue that we are concerned in this case with a limitation that satisfies the "minimal impairment" requirement of *Oakes*, and I find it unnecessary to add anything more to his reasons on this point.

This brings me to the third and final question on the proportionality branch of the matter. And that question is whether the deleterious effects of the limitation are outweighed by its salutary impact. In this regard, I emphasize that the limitation on freedom of expression in issue here involves no

63  
Avant d'aborder le deuxième critère — la proportionnalité —, je tiens à souligner que nous traitons ici d'un élément important du système électoral canadien. Dictée dans une large mesure par la géographie du Canada, la disposition contestée fait partie du régime législatif complexe que le législateur a élaboré pour donner suite aux constatations et recommandations de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (la « Commission Lortie »), *Pour une démocratie électorale renouvelée* (1991).

64  
L'analyse de la proportionnalité soulève trois questions. La première est de savoir s'il existe un « lien rationnel » entre la préoccupation urgente et réelle invoquée par le gouvernement et la restriction adoptée par le législateur pour y remédier. Tout comme mes collègues, je réponds sans hésitation à cette question par l'affirmative.

65  
La deuxième question consiste à se demander si la restriction porte le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte* qui est visé. Je reconnais, bien sûr, que c'est au gouvernement qu'il incombe de justifier l'atteinte au regard de l'article premier de la *Charte* et non à ceux dont les droits sont restreints. Cela vaut autant pour le critère de l'atteinte minimale que pour les autres critères. J'estime néanmoins opportun de signaler que ceux qui prônent l'annulation du délai d'attente avant la publication contesté en l'espèce n'ont pas proposé de solution de rechange raisonnable et moins attentatoire à la restriction, aussi imparfaite soit-elle, qu'a choisie le législateur. La juge Abella estime qu'il n'est pas nécessaire de le faire; le juge Bastarache, par contre, démontre dans sa méticuleuse analyse de la question, que nous sommes en présence d'une restriction qui satisfait à l'exigence de l'« atteinte minimale » de l'arrêt *Oakes*, et je ne considère pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit à ses motifs sur ce point.

66  
Ce qui m'amène à la troisième et dernière question de l'analyse de la proportionnalité. Et cette question consiste à déterminer si l'effet bénéfique de la restriction l'emporte sur ses effets préjudiciables. À cet égard, je souligne que la restriction de la liberté d'expression en cause en

suppression of any information at all, but only a brief delay in its communication to voters who have not yet cast their ballots. If this delay has any bearing on the election result, then it is to that extent effective in addressing the information imbalance that is conceded to be a pressing and substantial concern; if it has no bearing on the result, it at least has the merit of addressing the perception of unfairness caused by the information imbalance alone.

l'espèce n'entraîne pas la suppression de quelque information que ce soit, mais seulement un court délai d'attente avant la communication de celle-ci aux électeurs qui n'ont pas encore voté. Si ce délai a quelque effet sur le résultat des élections, il contribue alors, dans la mesure de cet effet, à remédier au déséquilibre informationnel qui, reconnaît-on, constitue une préoccupation urgente et réelle; s'il n'a aucune incidence sur le résultat, il a au moins le mérite d'éliminer la perception d'injustice causée par ce seul déséquilibre informationnel.

67 The government asserts that the purpose of s. 329 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, is to avoid the harm of information imbalance and the attendant perception of unfairness in the electoral process. The scientific evidence led by the government in support of this assertion is, however, inconclusive on its own. And the government, I repeat, is bound when it invokes s. 1 of the *Charter*, as it does in this case, to *demonstrate* that Parliament's limitation of a constitutionally protected right or freedom *is justified in a free and democratic society such as ours*. Mere assertion will not suffice. The government must provide "a reasoned demonstration of the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 129).

Le gouvernement affirme que l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, a pour objet d'éviter le préjudice attribuable au déséquilibre informationnel et à la perception d'injustice du processus électoral qui découle de ce déséquilibre. La preuve scientifique présentée par le gouvernement à l'appui de cette affirmation n'est toutefois pas à elle seule concluante. Et, je le répète, lorsque le gouvernement invoque l'article premier de la *Charte*, comme il le fait en l'espèce, il se doit d'établir que *la justification* de la restriction par le législateur d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution *peut se démontrer dans une société libre et démocratique comme la nôtre*. Il ne lui suffit pas de l'affirmer. Le gouvernement doit faire « une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 129).

68 In *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, and again in *Harper*, the Court recognized that "[t]he context of the impugned provision determines the type of proof that a court will require of the legislature to justify its measures under s. 1" (*Harper*, at para. 76). I agree with Justice Bastarache that the predominant contextual factor in this case is the nature of the harm and its inherent resistance to precise measurement. The justification invoked by the government must be assessed in this light.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, puis dans l'arrêt *Harper*, la Cour a reconnu que « [l]e contexte dans lequel s'inscrit la disposition contestée détermine le type de preuve que le tribunal requerra du législateur pour justifier ses mesures au regard de l'article premier » (*Harper*, par. 76). Tout comme le juge Bastarache, je suis d'avis que le facteur contextuel le plus important en l'espèce est la nature du préjudice, lequel s'oppose intrinsèquement à toute mesure précise de ses effets. La justification invoquée par le gouvernement doit être appréciée dans cette optique.

69 Absent definitive scientific evidence of the harms asserted by the government in *Harper* and

En l'absence de preuves scientifiques déterminantes de l'existence des préjudices invoqués

*Thomson Newspapers*, the Court in both cases considered it proper to rely on “logic, reason and some social science evidence in the course of the justification analysis” (*Harper*, at para. 78; to the same effect, *Thomson Newspapers*, at paras. 104-7). That approach is likewise appropriate here.

### III

The Lortie Commission found that “Canadians feel very strongly about premature release of election results and favour changes in voting hours to eliminate the problem” (vol. 2, at p. 84). The Commission recognized that the problems associated with information imbalance were not limited to some voters knowing the results elsewhere before voting. As Justice Bastarache mentions, it considered various remedial alternatives including uniform voting hours throughout the country, delaying the vote count and extending the voting period to two days. These contemplated measures would have prevented all voters from obtaining any election results before the close of polls everywhere, but were found by the Commission to be “too disruptive for voters or election workers” (vol. 2, at p. 85). The Commission therefore recommended the adoption of partially staggered hours.

After due consideration, Parliament adopted instead a blended approach that supplemented the existing publication delay with partially staggered hours across different time zones. Both measures target the information imbalance between electoral districts, and the findings of the Lortie Commission provide a sound basis for concluding that this information imbalance is a real and significant harm.

According to a 2005 Decima Research/Carleton University Poll produced as fresh evidence, 70 per cent of the Canadians surveyed “thought [that]

par le gouvernement dans *Harper et Thomson Newspapers*, la Cour a jugé bon, dans ces deux affaires, de faire appel « à la logique, à la raison et à certaines preuves relevant des sciences sociales dans le cours de l’analyse de la justification » (*Harper*, par. 78; dans le même sens, *Thomson Newspapers*, par. 104-107). Cette approche est tout aussi indiquée en l’espèce.

### III

La Commission Lortie a conclu que « les Canadiens et Canadiennes sont très sensibles à la divulgation prématurée des résultats et souhaitent que ce problème soit résolu en modifiant les heures du scrutin » (vol. 2, p. 90). La Commission a reconnu que les problèmes liés au déséquilibre informationnel ne se limitaient pas au fait que certains électeurs connaissaient les résultats électoraux d’autres régions avant de se rendre eux-mêmes aux urnes. Comme le mentionne le juge Bastarache, la Commission a examiné diverses autres solutions en vue de corriger la situation : par exemple établir des heures de scrutin uniformes dans l’ensemble du pays, retarder le dépouillement du scrutin ou encore étaler le vote sur une période de deux jours. Ces mesures, qui auraient fait en sorte qu’aucun électeur n’aurait appris les résultats avant la fermeture des bureaux de scrutin partout au pays, ont toutefois été jugées par la Commission trop perturbatrices pour l’électorat et le personnel électoral (vol. 2, p. 91). Cette dernière a en conséquence recommandé l’adoption d’heures de scrutin partiellement décalées.

Après mûre réflexion, le législateur a plutôt retenu une solution mixte qui ajoutait au délai d’attente avant la publication existant un décalage partiel des heures dans les différents fuseaux horaires. Les deux mesures visent le déséquilibre informationnel entre les circonscriptions, et les constatations de la Commission Lortie constituent une assise solide permettant de conclure que ce déséquilibre crée un préjudice réel et important.

Suivant un sondage réalisé en 2005 par le Centre de recherche Décima/Université Carleton, qui a été présenté comme nouvel élément de preuve,

70

71

72

people should not be able to know election results from other provinces before their polls close”. I agree with Justice Abella that this evidence would have been more persuasive had the context of staggered hours been explained. But the fact that a stronger case could have been made does not mean that *the case made* fails.

73 In short, the Decima poll stands as uncontradicted evidence that Canadians value the principle of information equality. And the Court has held that “[p]erception is of utmost importance in preserving and promoting the electoral regime in Canada” (*Harper*, at para. 82). Accordingly, the Decima evidence does have probative value and cannot be rejected or disregarded on the ground that it could have been more probative still.

74 The government also called an expert witness, Dr. Robert MacDermid, a professor of political science at York University. As Justice Bastarache notes, Dr. MacDermid characterizes information equality as “a central assumption of electoral democracy”. Dr. MacDermid also testified that knowledge of early election results could have a negative impact on voter behaviour.

75 It is true that Dr. MacDermid, on cross-examination, appeared to concede that a media prediction (or “call”) of the ultimate election outcome is a necessary condition for results elsewhere to affect the voting behaviour of those who have yet to cast their ballots. On re-examination, however, Dr. MacDermid later explained that voters might well draw their own conclusions in the absence of a formal media call, and that the effect could therefore prove to be the same.

76 Finally, Dr. MacDermid testified that if the publication delay were removed, broadcast

70 pour 100 des Canadiens interrogés « croient que personne ne devrait connaître les résultats des autres provinces avant la fermeture des bureaux de scrutin de [sa] circonscription ». Tout comme la juge Abella, je suis d’avis que cet élément de preuve aurait été plus convaincant si on avait expliqué le contexte des heures décalées. Mais le fait qu’un argument plus convaincant aurait pu être présenté ne signifie pas que *l’argument présenté* doit être rejeté.

Bref, le sondage réalisé par Décima demeure une preuve non contredite attestant que les Canadiens accordent de l’importance au principe de l’égalité informationnelle. De plus, la Cour a jugé que « [l]a perception du public est de la plus haute importance lorsqu’il s’agit de préserver et de soutenir le régime électoral au Canada » (*Harper*, par. 82). En conséquence, la preuve Décima possède une valeur probante et on ne saurait la rejeter ou en faire abstraction pour le motif qu’elle aurait pu être encore plus convaincante.

Le gouvernement a également fait déposer un témoin expert, M. Robert MacDermid, professeur de science politique à l’Université York. Comme le souligne le juge Bastarache, le professeur MacDermid qualifie l’égalité informationnelle de [TRADUCTION] « postulat essentiel de la démocratie électorale ». Le professeur MacDermid a également affirmé que la connaissance des premiers résultats électoraux pouvait avoir un effet néfaste sur le comportement des électeurs.

Il est vrai qu’en contre-interrogatoire le professeur MacDermid a semblé reconnaître qu’il doit y avoir eu une prédiction des médias quant à l’issue finale du scrutin pour que les résultats déjà connus aient une influence sur le comportement des électeurs n’ayant pas encore voté. En réinterrogatoire, cependant, le professeur MacDermid a ensuite expliqué que les électeurs pouvaient très bien tirer leurs propres conclusions en l’absence d’une prédiction officielle des médias, et que l’effet pourrait donc fort bien s’avérer le même.

Enfin, le professeur MacDermid a déclaré que, si le délai d’attente avant la publication était

networks would endeavour to construct models upon which election results could be predicted, based on Atlantic results alone. This, too, is evidence that the publication delay has a salutary effect and that its repeal or annulment might well have an adverse consequence.

Again, I agree that the outcome in 32 Atlantic ridings does not a government make. Nonetheless, its premature disclosure might well determine how — or whether — electors elsewhere will vote, particularly where the results in the 32 ridings cause surprise or raise subjective concerns. Indeed, the media interveners in this case, who oppose the delay, *take for granted* that knowledge of early results *will have some impact* on those who have access to them. Those who have not yet voted, it is argued, are entitled to this information *for the purpose of deciding how to cast their ballots* — or, put differently, in order to make the most informed choice.

Moreover, even were we to assume that the publication of early results would have no impact at all on those who have not yet voted, the Lortie Commission's report and the Decima poll support the government's assertion that the information imbalance alone creates a *perception* of unfairness in the electoral system, which is itself a harm that Parliament may address.

I recognize, of course, that modern communications technology diminishes the delay's effectiveness and thereby its salutary effects. Section 329 cannot and does not entirely prevent voters in Central or Western Canada who are determined to learn before casting their ballots what has transpired in the Atlantic provinces from obtaining that information by telephone or e-mail, for example. But it does, at the very least, curb widespread dissemination of this information and it contributes materially in this way to its objective —

supprimé, les réseaux de radiodiffusion et télédiffusion s'efforceraient de mettre au point des modèles permettant de prédire les résultats de l'élection à partir des seuls résultats des provinces de l'Atlantique. Il s'agit là d'une preuve additionnelle que le délai d'attente avant la publication produit un effet bénéfique et que son abrogation ou son invalidation pourrait bien avoir un effet préjudiciable.

Encore là, je reconnais que les seuls résultats des élections dans les 32 circonscriptions des provinces de l'Atlantique ne déterminent pas qui va former le gouvernement. Néanmoins, la divulgation hâtive de cette information peut très bien déterminer comment les électeurs des autres régions vont voter, ou s'ils vont le faire, surtout lorsque les résultats obtenus dans ces 32 circonscriptions causent une surprise ou suscitent des craintes subjectives. D'ailleurs, les médias qui sont intervenus en l'espèce — et qui contestent le délai d'attente — *tiennent pour acquis* que la connaissance des premiers résultats *aura une certaine influence* sur les électeurs qui y auront accès. Ceux qui n'ont pas encore voté, prétend-on, ont droit à cette information *pour décider comment ils entendent voter* — ou, si l'on veut, pour faire le choix le plus éclairé possible.

En outre, même si l'on tient pour acquis que la publication des premiers résultats n'aurait aucune influence sur les électeurs qui n'ont pas encore voté, le rapport de la Commission Lortie et le sondage Décima étayaient l'affirmation du gouvernement selon laquelle le déséquilibre informationnel crée à lui seul une *perception* d'injustice du système électoral, situation qui constitue en soi un préjudice que le législateur peut corriger.

Je reconnais évidemment que les technologies de communication modernes réduisent l'efficacité du délai d'attente et, par voie de conséquence, ses effets bénéfiques. L'article 329 ne saurait empêcher — et d'ailleurs n'empêche pas — totalement les électeurs du Centre ou de l'Ouest du Canada qui sont vraiment déterminés à savoir ce qui s'est passé dans les provinces de l'Atlantique avant de se rendre eux-mêmes aux urnes d'obtenir cette information par téléphone ou par courrier électronique, par exemple. Cependant, il a à tout le moins pour

77

78

79

information equality between voters in different parts of the country.

80 The deleterious effects of the delay, in contrast, are minimal. As I mentioned at the outset, the limitation on freedom of expression in issue here involves no suppression of any information at all, but only a brief delay in its communication to voters who have not yet cast their ballots. This delay is of three hours' duration at most — a delay far shorter than the 20-hour embargo on political advertising which this Court unanimously upheld in *Harper*.

81 Finally, while political expression is undoubtedly at the core of the s. 2(b) guarantee, restricting the publication of information regarding election results in other provinces before all votes have been cast carries less weight than would a similar restriction after the close of polls. Most voters have no access to results in their own electoral districts or elsewhere until after the polls have closed. How, then, can those results, before one has cast one's own ballot, form "an important part of the political discourse"? (*Thomson Newspapers*, at para. 91). This does not mean that their publication enjoys no protection at all; but it does signify that a brief delay in the communication of results from the 32 Atlantic ridings carries with it only a minor deleterious consequence, outweighed by its salutary effects.

#### IV

82 For these reasons, I agree with Bastarache J. and with the majority of the Court of Appeal that the government has discharged its burden under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, I would dismiss the appeal.

effet de freiner la diffusion générale de cette information et de contribuer ainsi de façon appréciable à la réalisation de son objectif — l'égalité informationnelle entre les électeurs des différentes régions du pays.

Les effets préjudiciables du délai d'attente sont, à l'inverse, minimes. Comme je l'ai mentionné au début, la restriction de la liberté d'expression en cause dans le présent pourvoi n'implique aucune suppression de l'information, mais seulement un court délai d'attente avant sa communication aux électeurs qui n'ont pas encore voté. Ce délai est d'une durée de trois heures tout au plus — un délai beaucoup plus court que l'embargo de 20 heures sur la publicité politique dont notre Cour a unanimement confirmé la validité dans l'arrêt *Harper*.

Enfin, quoique l'expression politique soit indubitablement un aspect fondamental de la garantie énoncée à l'al. 2b), le fait d'interdire la publication d'information concernant les résultats électoraux des autres provinces jusqu'à ce que tous les bureaux de scrutin soient fermés n'a pas un caractère aussi restrictif que si une telle interdiction s'appliquait après la fermeture de ces bureaux. La plupart des électeurs n'ont pas accès aux résultats dans leur propre circonscription ou ailleurs tant que les bureaux de scrutin ne sont pas fermés. Comment alors ces résultats pourraient-ils constituer, avant l'exercice par un électeur de son droit de vote, « un élément important du discours politique »? (*Thomson Newspapers*, par. 91). Cela ne veut pas dire que la publication de ces résultats ne jouit d'aucune protection; en revanche, cela signifie que le court délai d'attente avant la communication des résultats électoraux des 32 circonscriptions des provinces de l'Atlantique n'a que des conséquences préjudiciables mineures, et que ses effets bénéfiques prédominent.

#### IV

Pour les motifs qui précèdent, je partage l'opinion du juge Bastarache et de la majorité de la Cour d'appel que le gouvernement s'est acquitté du fardeau qui lui incombait en application de l'article premier de la *Charte*. En conséquence, je rejette-rais le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

DESCHAMPS, CHARRON AND ROTHSTEIN JJ. — We agree with the analytical approaches Bastarache and Fish JJ. adopt and concur in the result. The appeal is resolved at the proportionality stage of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), and in this regard, we find their reasons to be complementary. We would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Abella JJ. were delivered by

ABELLA J. (dissenting) — The *Canada Elections Act* prohibits the dissemination of voting results from one electoral district to another if the polling stations in that other district are still open. This means that the election results from the 32 ridings in the Atlantic region cannot be communicated to other parts of Canada before the polls close there, resulting in a one and a half to three hour media blackout period. The issue is whether this ban unjustifiably infringes the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

### Background

In 1938, Parliament penalized the public transmission of election results to electoral districts where the polls were still open by enacting s. 107 of the *Dominion Elections Act, 1938*, S.C. 1938, c. 46. This ban was imposed because Canadian electoral districts span multiple time zones and, without the ban, voters in the West could learn the likely result of the election before they went to the polls.

Just over 50 years later, a Royal Commission was appointed in 1989 to review Canada's electoral system. Known as the Lortie Commission, it released its report in 1991 (Royal Commission on

Version française des motifs rendus par

LES JUGES DESCHAMPS, CHARRON ET ROTHSTEIN — Nous souscrivons aux méthodes d'analyse que les juges Bastarache et Fish adoptent et sommes d'accord avec leur conclusion. Le pourvoi est tranché à l'étape de l'analyse de la proportionnalité dans le cadre du critère *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103); à cet égard, nous estimons que leurs motifs sont complémentaires. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel et Abella rendus par

LA JUGE ABELLA (dissidente) — La *Loi électorale du Canada* interdit la diffusion de résultats électoraux dans les circonscriptions dont les bureaux de scrutin sont encore ouverts. Ainsi, les résultats pour les 32 circonscriptions de la région de l'Atlantique ne peuvent être communiqués dans d'autres parties du Canada avant la fermeture des bureaux de scrutin dans cette partie du pays, ce qui crée un embargo de une heure et demie à trois heures pour les médias. La Cour doit déterminer en l'espèce si cette interdiction porte atteinte de façon injustifiée au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

### Contexte

En 1938, le Parlement a érigé en infraction pénale la transmission publique des résultats électoraux dans les circonscriptions où les bureaux de scrutin sont encore ouverts, en édictant l'art. 107 de la *Loi des élections fédérales, 1938*, S.C. 1938, ch. 46. L'interdiction a été imposée parce que, les circonscriptions canadiennes se trouvant réparties dans plusieurs fuseaux horaires, les électeurs de l'Ouest du pays pouvaient connaître les résultats probables du scrutin avant d'aller voter.

Une cinquantaine d'années plus tard, en 1989, une commission royale a été nommée pour examiner le système électoral canadien. Connue sous le nom de Commission Lortie (la « Commission »),

83

84

85

86

Electoral Reform and Party Financing, *Reforming Electoral Democracy*). Of most relevance to the issue in this appeal, the Lortie Commission acknowledged that it was important to ensure that voters in Western Canada not know who will form the government before they have had a chance to vote. The Commission concluded, however, that the existing remedy for this problem — the publication ban — had “been rendered obsolete by developments in broadcasting and telecommunications technology” (vol. 2, at p. 84).

87

In place of a publication ban, therefore, the Commission recommended that Parliament adopt staggered voting hours. Although there would still be some time between the close of Atlantic and Western polls even with staggered hours, the Commission concluded:

The challenge is . . . to devise a solution that responds to concerns in western Canada, is fair to different groups and regions, and is not too disruptive for voters or election workers. We believe this can be achieved if we recognize that the basic problem is ensuring that voters in western Canada do not know who will form the government before the polls close there. This means guarding against premature release of election results from Ontario and Quebec, whose 174 constituencies constitute more than half the seats in the House of Commons. We have concluded that the release of some election results before polls close in the West — specifically, results from the 32 seats in Atlantic Canada — would not constitute a major problem so long as other results from eastern Canada were not available until after the polls closed in the West.

The time difference between the eastern and Pacific time zones is three hours, and it takes about half an hour for poll workers to begin to report results once voting ends. . . . [Emphasis added; vol. 2, at p. 85.]

88

In 1996, in response to this recommendation, Parliament adopted a system of staggered voting hours (*An Act to amend the Canada Elections Act, the Parliament of Canada Act and the Referendum Act*, S.C. 1996, c. 35, s. 44.1). They are a slight variation on the actual staggered hours recommended by the Lortie Commission, and are now set out in s. 128 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9:

elle a déposé son rapport en 1991 (Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, *Pour une démocratie électorale renouvelée*). L'aspect de ce rapport qui présente le plus de pertinence pour le présent pourvoi est la reconnaissance qu'il est important que les électeurs de l'Ouest canadien ne sachent pas qui formera le gouvernement avant de pouvoir voter. La Commission a conclu toutefois que la solution en place — l'interdiction de publication — « est aujourd'hui désuète en raison des nouvelles techniques de radiodiffusion et de télécommunications » (vol. 2, p. 90).

Elle a donc recommandé de remplacer cette interdiction par un décalage des heures de scrutin. Bien qu'il y ait toujours un laps de temps entre la fermeture des bureaux de scrutin des provinces de l'Atlantique et celle des bureaux de l'Ouest du pays, même avec le décalage, elle a conclu :

Il s'agit [. . .] d'élaborer un mécanisme qui réponde aux préoccupations des provinces de l'Ouest, qui soit équitable envers les différents groupes et régions, et qui ne perturbe pas trop l'électorat ni le personnel électoral. L'objectif fondamental, rappelons-le, est de veiller à ce que les électeurs et électrices des provinces de l'Ouest ne sachent pas avant la fermeture de leurs bureaux de vote qui formera le prochain gouvernement. On doit donc éviter la divulgation prématurée des résultats de l'Ontario et du Québec, dont les 174 circonscriptions constituent plus de la moitié des sièges de la Chambre des communes. Il nous apparaît toutefois que la divulgation de quelques résultats — en l'occurrence ceux des 32 sièges des provinces de l'Atlantique — serait acceptable, à condition que les autres résultats de l'Est ne soient rendus publics qu'après la clôture du scrutin dans l'Ouest.

Trois heures séparent les fuseaux horaires de l'Est et du Pacifique, et le personnel des bureaux de vote commence à annoncer les résultats environ une demi-heure après la clôture du scrutin. . . . [Je souligne; vol. 2, p. 91.]

En réponse à cette recommandation, le Parlement a adopté en 1996 un système d'heures de scrutin décalées (*Loi modifiant la Loi électorale du Canada, la Loi sur le Parlement du Canada et la Loi référendaire*, L.C. 1996, ch. 35, art. 44.1), qui représente une légère modification par rapport au décalage recommandé par la Commission et qui est maintenant prévu à l'art. 128 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9 :

**128.** (1) The voting hours on polling day are

(a) from 8:30 a.m. to 8:30 p.m., if the electoral district is in the Newfoundland, Atlantic or Central time zone;

(b) from 9:30 a.m. to 9:30 p.m., if the electoral district is in the Eastern time zone;

(c) from 7:30 a.m. to 7:30 p.m., if the electoral district is in the Mountain time zone; and

(d) from 7:00 a.m. to 7:00 p.m., if the electoral district is in the Pacific time zone.

The ban on the publication of election results formerly contained in s. 107 of the *Dominion Elections Act* was, however, retained. It is currently found in s. 329 of the *Canada Elections Act* and states:

**329.** No person shall transmit the result or purported result of the vote in an electoral district to the public in another electoral district before the close of all of the polling stations in that other electoral district.

Allowing for the half hour minimum that the Lortie Commission identified as being the length of time it takes poll workers to begin to report results once voting ends, the combination of the staggered hours and the ban in s. 329 results in a one to two and a half hour blackout of election results from the 32 ridings in the Atlantic region in Quebec to Alberta, and a two and a half to three hour blackout of Atlantic results in the Pacific time zone. There is no dispute that the only results that would be known to voters outside Atlantic Canada if there were no ban would be from these 32 ridings. There are at present 308 federal ridings in Canada.

On October 27, 2000, Paul Charles Bryan publicized his intention to post the federal election results from electoral districts in Atlantic Canada on his website before all the polls closed in Western Canada. In response, the Commissioner of Canada Elections sent him a letter, dated November 21, 2000, warning him that his intended conduct was contrary to s. 329 of the *Canada Elections Act*.

**128.** (1) Les heures de vote le jour du scrutin sont :

a) de 8 h 30 à 20 h 30 si la circonscription est située dans le fuseau horaire de Terre-Neuve, de l'Atlantique ou du Centre;

b) de 9 h 30 à 21 h 30 si la circonscription est située dans le fuseau horaire de l'Est;

c) de 7 h 30 à 19 h 30 si la circonscription est située dans le fuseau horaire des Rocheuses;

d) de 7 h à 19 h si la circonscription est située dans le fuseau horaire du Pacifique.

L'interdiction de diffusion initialement prévue à l'art. 107 de la *Loi des élections fédérales* a été toutefois retenue. Elle se retrouve aujourd'hui à l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada* sous le libellé suivant :

**329.** Il est interdit de diffuser le résultat ou ce qui semble être le résultat du scrutin d'une circonscription dans une circonscription avant la fermeture de tous les bureaux de scrutin de cette dernière.

Compte tenu de la demi-heure dont, selon la Commission, le personnel des bureaux de scrutin a besoin au minimum avant de commencer à annoncer les résultats à la fin du vote, la combinaison des heures décalées et de l'interdiction prévue à l'art. 329 crée un embargo sur les résultats électoraux pour les 32 circonscriptions des provinces de l'Atlantique, qui est de une heure à deux heures et demie au Québec jusqu'en Alberta et de deux heures et demie à trois heures dans la zone située dans le fuseau horaire du Pacifique. Il est indéniable que les seuls résultats que pourraient connaître les électeurs hors des provinces de l'Atlantique s'il n'y avait pas d'interdiction seraient ceux pour ces 32 circonscriptions. Or, le Canada compte actuellement 308 circonscriptions fédérales.

Le 27 octobre 2000, Paul Charles Bryan a exprimé publiquement son intention d'afficher, sur son site Web avant la fermeture des bureaux de scrutin de l'Ouest canadien, les résultats du scrutin fédéral provenant des circonscriptions situées dans les provinces de l'Atlantique. Dans sa lettre du 21 novembre 2000, le commissaire aux élections fédérales l'a averti que, s'il donnait suite à son projet, il contreviendrait à l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada*.

91 Despite this warning, on November 27, 2000, the night of the federal election, Mr. Bryan posted the Atlantic election results on his website notwithstanding that the polls were still open in parts of Western Canada. He was charged with contravening s. 329 of the *Canada Elections Act* and argued, at trial, that the ban in s. 329 infringed s. 2(b) of the *Charter*.

92 Smith Prov. Ct. J. upheld the ban ((2003), 104 C.R.R. (2d) 364, 2003 BCPC 39). He concluded that it was justified under s. 1 of the *Charter*, based particularly on the evidence of Professor Robert Hugh MacDermid, a York University political science professor. Professor MacDermid explained that according to American studies, knowing the election results from the rest of the country, especially when this knowledge is combined with a media prediction of the election's outcome, can have an impact on voter behaviour, including lower voter turnout and strategic voting. Smith Prov. Ct. J. concluded that early disclosure of Eastern election results could have an adverse impact on voter behaviour in the rest of Canada, stating:

Common sense tells me there could be undesirable consequences from the early disclosure of results, particularly if they show an unexpected sweep for a particular party. Individuals could decide not to vote because their favoured party is either secure or in a hopeless position. Voters who had not intended to vote might change their minds and cast a ballot. People are entitled to vote strategically. Strategic voting means a supporter of Party A actually votes for Party B in the hope of preventing the election of the candidate for Party C. Knowing eastern results prior to the closure of local polls would give the voter information . . . which was not available to other citizens. The Crown uses the term information imbalance to describe the whole situation of some voters having more information than others. That description seems reasonably accurate. [para. 9]

Malgré cet avertissement, M. Bryan a affiché dans la soirée des élections fédérales du 27 novembre 2000 les résultats pour la région de l'Atlantique sur son site Web avant la fermeture des bureaux de scrutin de l'Ouest canadien. Il a été accusé d'avoir enfreint l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada* et, à son procès, il a plaidé que l'interdiction prévue par cette disposition contrevenait à l'al. 2b) de la *Charte*.

Le juge Smith a confirmé la validité de l'interdiction ((2003), 104 C.R.R. (2d) 364, 2003 BCPC 39). Il a conclu que celle-ci était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*, se fondant particulièrement sur le témoignage de M. Robert Hugh MacDermid, professeur de science politique à l'Université York. Le professeur MacDermid a expliqué que, selon des études menées aux États-Unis, la connaissance des résultats électoraux pour le reste du pays, surtout si elle est conjuguée avec les prédictions des médias concernant l'issue du scrutin, pouvait influencer sur le comportement des électeurs, notamment entraîner le vote stratégique et une diminution de la participation électorale. Le juge Smith a conclu que la communication prématurée des résultats pour l'Est du Canada pourrait avoir une incidence négative sur le comportement des électeurs dans le reste du pays, déclarant :

[TRADUCTION] Il tombe sous le sens que la communication prématurée des résultats pourrait entraîner des conséquences indésirables, surtout s'ils indiquent qu'un parti, contre toute attente, remporte une victoire écrasante. Des gens pourraient décider de ne pas voter parce que le parti de leur choix n'est pas en danger ou qu'il se trouve dans une situation désespérée. D'autres, qui n'avaient pas l'intention de voter, pourraient changer d'avis et aller aux urnes. Le vote stratégique est permis. Il s'agit pour un partisan du parti A de voter pour le parti B dans l'espoir d'empêcher l'élection du candidat du parti C. Les électeurs au courant des résultats électoraux pour l'Est du Canada avant la fermeture de leurs bureaux de scrutin disposeraient de renseignements [. . .] que n'avaient pas les autres citoyens. Le ministère public emploie le terme déséquilibre informationnel pour décrire la situation où des électeurs reçoivent plus de renseignements que d'autres. Cette description semble raisonnablement exacte. [par. 9]

Accordingly, he dismissed Mr. Bryan's *Charter* motion, convicted him, and fined him \$1,000.

On appeal to the Supreme Court of British Columbia, Kelleher J. allowed the appeal from the conviction ((2003), 233 D.L.R. (4th) 745, 2003 BCSC 1499). He concluded that s. 329 of the *Canada Elections Act* infringed s. 2(b) of the *Charter* and was not saved by s. 1 primarily because there was no evidence to support a finding that the government's objective — "preventing an informational imbalance that could result from early disclosure of the election results from Atlantic Canada" — was a pressing and substantial objective (para. 41). Even if the objective was sufficiently significant, in his view, the ban was not a proportional response.

At the Court of Appeal for British Columbia, Rowles J.A., writing for the majority, concluded that Kelleher J. had erred by requiring direct evidence of an adverse impact on voting behaviour ((2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 2005 BCCA 285). In her opinion, "when the s. 329 publication ban is seen as having the same purpose or objective as the staggered voting hours, that is, to eliminate the information imbalance that can result from disclosure of results before all of the polls have closed, the respondent's argument concerning the lack of evidence to support the ban falls away" (para. 59). As a result, she found the objective of s. 329 to be pressing and substantial, and concluded that the salutary effects of the ban outweighed its harmful ones. The limitation on freedom of expression created by s. 329 of the *Canada Elections Act* was therefore justified under s. 1. Saunders J.A., in dissent, concluded that the ban in s. 329 was not justified because its harmful effects — the denial of access to election information — outweighed any beneficial consequences.

#### Analysis

The impact of staggered hours as currently set out in s. 128 of the *Canada Elections Act* is to

Il a donc rejeté la requête fondée sur la *Charte* qu'a présentée M. Bryan, a déclaré ce dernier coupable et lui a imposé une amende de 1 000 \$.

En appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge Kelleher a accueilli l'appel formé contre cette condamnation ((2003), 233 D.L.R. (4th) 745, 2003 BCSC 1499), concluant que l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada* contrevenait à l'al. 2b) de la *Charte* et n'était pas justifié au sens de l'article premier, principalement parce que la preuve ne permettait pas d'établir que l'objectif du gouvernement — [TRADUCTION] « empêcher le déséquilibre informationnel que pourrait engendrer la communication prématurée des résultats électoraux pour l'Est du Canada » — était un objectif urgent et réel (par. 41). Même si l'objectif était suffisamment important, à son avis, l'interdiction n'était pas une mesure proportionnelle.

À la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la juge Rowles, rendant jugement pour la majorité, a conclu que le juge Kelleher avait eu tort d'exiger la preuve directe d'une incidence négative sur le comportement des électeurs ((2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 2005 BCCA 285). Selon elle, [TRADUCTION] « lorsque l'interdiction de diffusion prévue à l'art. 329 semble avoir le même but ou objectif que le décalage des heures de scrutin, à savoir l'élimination du déséquilibre informationnel susceptible de découler de la communication de résultats avant la fermeture de tous les bureaux de scrutin, l'argument de l'intimé concernant l'absence d'éléments de preuve justifiant l'interdiction s'écroule » (par. 59). Elle a ainsi statué que l'objet de l'art. 329 était urgent et réel et que l'interdiction avait plus d'effets bénéfiques que d'effets préjudiciables. La limite à la liberté d'expression créée par l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada* est donc justifiée au sens de l'article premier. Dans sa dissidence, la juge Saunders a conclu que l'interdiction énoncée à l'art. 329 n'était pas justifiée, car ses effets préjudiciables — l'inaccessibilité des résultats électoraux — l'emportaient sur ses effets bénéfiques.

#### Analyse

Le décalage des heures de scrutin tel qu'il est prévu actuellement à l'art. 128 de la *Loi électorale*

93

94

95

ensure that the only results known to voters outside Atlantic Canada are the results of that region's 32 ridings. The ban in s. 329 prevents these voters from knowing even these results when they vote.

96

In two recent decisions, *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, and *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33, this Court dealt with constitutional challenges to other provisions of the *Canada Elections Act* on the grounds that they violated s. 2(b) of the *Charter*. In *Thomson Newspapers*, this Court found that s. 322.1 of the *Canada Elections Act*, which prohibited the broadcasting, publication or dissemination of opinion poll results during the three final days of a federal election campaign, violated s. 2(b) of the *Charter*. Writing for the majority, Bastarache J. found that because the limitation was not minimally impairing, it was not justified under s. 1. In *Harper*, the issue was whether the third party spending limits in ss. 323(1) and (3), 350 to 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act* violated s. 2(b) of the *Charter*. Bastarache J., again writing for the majority, concluded that while third party election advertising is political expression which is infringed by spending limits, the limits were justified under s. 1.

97

Based on these decisions, the parties in this case do not dispute that publishing electoral results is a form of political expression. Nor do they contest the proposition that the ban on the transmission of electoral results in s. 329 of the *Canada Elections Act* infringes s. 2(b). The central disputed issue, therefore, is whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*, which reads:

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

*du Canada* vise à garantir que les seuls résultats que pourraient connaître les électeurs qui vivent hors du Canada Atlantique sont ceux pour les 32 circonscriptions de cette région. L'interdiction prévue à l'art. 329 empêche ces électeurs de connaître même ces résultats avant d'aller voter.

Dans deux affaires récentes, *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, et *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33, la Cour a eu à statuer sur la constitutionnalité d'autres dispositions de la *Loi électorale du Canada* qu'on prétendait incompatibles avec l'al. 2b) de la *Charte*. Dans *Thomson Newspapers*, elle a conclu que l'art. 322.1 de cette loi, lequel interdit d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages d'opinion au cours des trois derniers jours d'une campagne électorale fédérale, violait l'al. 2b) de la *Charte*. Au nom de la majorité, le juge Bastarache a statué que les limites ne pouvaient se justifier selon l'article premier parce que l'atteinte n'était pas minimale. Dans *Harper*, il s'agissait de déterminer si les plafonds de dépenses publicitaires de tiers prévus par les par. 323(1) et (3) et les art. 350 à 357, 359, 360 et 362 de la *Loi électorale du Canada* violaient l'al. 2b) de la *Charte*. Le juge Bastarache, rendant encore une fois jugement pour la majorité, a conclu que, même si la publicité électorale faite par des tiers constitue une forme d'expression politique à laquelle les plafonds de dépenses portent atteinte, il s'agit de limites justifiées au sens de l'article premier.

Compte tenu de ces décisions, les parties en l'espèce reconnaissent que la publication de résultats électoraux constitue une forme d'expression politique. Elles ne contestent pas non plus l'argument que l'interdiction de diffuser des résultats électoraux prévue à l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada* contrevient à l'al. 2b). La principale question en litige consiste donc à savoir si cette violation est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*, lequel est ainsi libellé :

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

can be demonstrably justified in a free and democratic society.

In particular, the issue in this case is the sufficiency of the evidence adduced by the government to justify the infringement.

The first analytical inquiry under s. 1 is into whether the objective of the limitation on the *Charter* right is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. Only if the government can demonstrate that the objective of the limitation is pressing and substantial is the second inquiry triggered, namely, the proportionality test. This second stage of the s. 1 analysis has three components: is the limiting measure rationally connected to the objective; does it impair the right as little as possible; and is there proportionality between the harmful and beneficial effects of the limitation?

As this Court has consistently noted, political expression is at the conceptual core of the values sought to be protected by s. 2(b), which reads:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

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

The onus on the government under s. 1, therefore, is to demonstrate that it is justified in infringing a form of expression that is at the heart of the constitutional right. That means, as Dickson C.J. definingly stressed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, that the evidence necessary to prove the constituent elements of the s. 1 inquiry “should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit” (p. 138).

Significantly, however, he acknowledged “that there may be cases where certain elements of the

des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

En particulier, il faut se demander si la preuve présentée en l’espèce par le gouvernement est suffisante pour justifier la violation.

Dans l’analyse fondée sur l’article premier, il faut d’abord déterminer si l’objectif de la limitation du droit garanti par la *Charte* est suffisamment important pour justifier une atteinte à un droit jouissant d’une protection constitutionnelle. C’est seulement si le gouvernement peut démontrer que cet objectif est urgent et réel qu’on passe à la seconde étape, celle de l’examen du critère de la proportionnalité. Cette seconde étape de l’analyse comporte trois volets : la mesure restrictive a-t-elle un lien rationnel avec l’objectif, porte-t-elle le moins possible atteinte au droit et y a-t-il proportionnalité entre les effets préjudiciaires et effets bénéfiques de la limite?

Comme la Cour l’a constamment répété, l’expression politique appartient au cœur conceptuel des valeurs que vise à protéger l’al. 2b), dont voici le texte :

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;

Selon l’article premier, il incombe donc au gouvernement de démontrer que l’atteinte à une forme d’expression se trouvant au cœur d’un droit reconnu par la Constitution est justifiée. Comme le juge en chef Dickson l’a très clairement souligné dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, la preuve nécessaire pour établir les éléments constitutifs de l’analyse fondée sur l’article premier « doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d’une décision d’imposer ou de ne pas imposer la restriction » (p. 138).

Fait révélateur, toutefois, il a reconnu qu’« il peut arriver que certains éléments constitutifs d’une

98

99

100

s. 1 analysis are obvious or self-evident” (p. 138). This acknowledgement that aspects of the government’s justification engage the obvious or self-evident, has attracted both judicial clarification and amplification, particularly in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, where McLachlin J. explained the s. 1 burden on the government as follows (at paras. 127-29, 154 and 137):

First, to be saved under s. 1 the party defending the law . . . must show that the law which violates the right or freedom guaranteed by the *Charter* is “reasonable”. In other words, the infringing measure must be justifiable by the processes of reason and rationality. The question is not whether the measure is popular or accords with the current public opinion polls. The question is rather whether it can be justified by application of the processes of reason. In the legal context, reason imports the notion of inference from evidence or established truths. This is not to deny intuition its role, or to require proof to the standards required by science in every case, but it is to insist on a rational, reasoned defensibility.

Second, to meet its burden under s. 1 of the *Charter*, the state must show that the violative law is “demonstrably justified”. The choice of the word “demonstrably” is critical. The process is not one of mere intuition, nor is it one of deference to Parliament’s choice. It is a process of demonstration. This reinforces the notion inherent in the word “reasonable” of rational inference from evidence or established truths.

The bottom line is this. While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement. It is the task of the courts to maintain this bottom line if the rights conferred by our constitution are to have force and meaning. The task is not easily discharged, and may require the courts to confront the tide of popular public opinion. But that has always been the price of maintaining constitutional rights. No matter

analyse en vertu de l’article premier soient manifestes ou évidents en soi » (p. 138). Cette reconnaissance que la justification du gouvernement relève à certains égards de l’évidence a fait l’objet de clarifications et d’explicitations, en particulier dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, où la juge McLachlin a décrit en ces termes le fardeau de justification qui incombe au gouvernement selon l’article premier (par. 127-129, 154 et 137) :

Premièrement, pour qu’une disposition puisse être sauvegardée en vertu de l’article premier, la partie qui défend la loi [. . .] doit établir que la loi qui porte atteinte au droit ou à la liberté garantis par la *Charte* est « raisonnable ». En d’autres termes, la mesure attentatoire doit être justifiable par application de la raison et de la rationalité. La question n’est pas de savoir si la mesure est populaire ou compatible avec les sondages d’opinion publique. Elle est plutôt de savoir si cette mesure peut être justifiée par l’application du processus de la raison. Dans le contexte juridique, la raison comporte la notion d’inférence à partir de la preuve ou des faits établis. Il ne s’agit pas d’éliminer le rôle de l’intuition, ni d’exiger chaque fois une preuve répondant aux normes scientifiques, mais bien d’insister sur une défense rationnelle et raisonnée.

Deuxièmement, pour s’acquitter du fardeau que lui impose l’article premier de la *Charte*, l’État doit établir que la violation comprise dans une loi se situe à l’intérieur de limites « dont la justification puisse se démontrer ». Le choix de l’expression « puisse se démontrer » est important. Il ne s’agit pas de procéder par simple intuition, ou d’affirmer qu’il faut avoir de l’égard pour le choix du Parlement. Il s’agit d’un processus de démonstration. Cela renforce la notion propre au terme « raisonnable » selon laquelle il faut tirer une inférence rationnelle de la preuve ou des faits établis.

La démarche fondamentale est la suivante. Bien qu’ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu’il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l’État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation. Les tribunaux doivent respecter cette démarche fondamentale pour que les droits garantis par notre constitution soient opérants. Ce n’est pas une tâche facile, et les tribunaux devront peut-être affronter le courant d’opinion publique. Cependant, c’est depuis toujours le prix du maintien des

how important Parliament's goal may seem, if the state has not demonstrated that the means by which it seeks to achieve its goal are reasonable and proportionate to the infringement of rights, then the law must perforce fail.

Where, however, legislation is directed at changing human behaviour, . . . the causal relationship may not be scientifically measurable. In such cases, this Court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 768 and 777; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503.

. . . 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; emphasis in original deleted.]

In *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68, McLachlin C.J. further explained the interplay in a s. 1 analysis between evidence, inference and common sense as follows:

While some matters can be proved with empirical or mathematical precision, others, involving philosophical, political and social considerations, cannot. . . . [I]t is enough that the justification be convincing, in the sense that it is sufficient to satisfy the reasonable person looking at all the evidence and relevant considerations, that the state is justified in infringing the right at stake to the degree it has: see *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 154, *per* McLachlin J.; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 502-3, *per* Sopinka J. . . . Common sense and inferential reasoning may supplement the evidence: *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 78, *per* McLachlin C.J. [Emphasis added; para. 18.]

Similarly, Bastarache J. confirmed in *Harper* that the “court may rely on a reasoned apprehension of . . . harm” and that “logic and reason assisted by

droits constitutionnels. Si important que puisse sembler l'objectif du Parlement, si l'État n'a pas démontré que les moyens qu'il utilise pour atteindre son objectif sont raisonnables et proportionnels à la violation des droits, la loi doit alors par nécessité être déclarée non valide.

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

. . . 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 . . . [Je souligne; soulignement dans l'original supprimé.]

Dans *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68, la juge en chef McLachlin a en outre expliqué l'interaction entre la preuve, l'inférence et le bon sens dans une analyse fondée sur l'article premier :

Alors que certaines propositions peuvent être démontrées de façon empirique ou avec une précision mathématique, d'autres, qui impliquent des considérations philosophiques, politiques et sociales, ne peuvent l'être. Dans ce cas, il suffit que la justification soit convaincante, c'est-à-dire qu'il suffit de convaincre la personne raisonnable prenant en compte tous les éléments de preuve et toutes les considérations pertinentes que l'État est justifié de porter une telle atteinte au droit en question: voir *RJR-MacDonald*, précité, par. 154, le juge McLachlin; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 502-503, le juge Sopinka. [. . .] La preuve peut être complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction : *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 78, le juge en chef McLachlin. [Je souligne; par. 18.]

Le juge Bastarache a pareillement confirmé dans *Harper* que les « tribunaux peuvent se fonder sur une crainte raisonnée du préjudice » et que « la

some social science evidence is sufficient proof of the harm that Parliament seeks to remedy” (paras. 77 and 79).

103 These cases represent a judicial acknowledgment that policy judgments made by government often represent complex polycentric conclusions not easily amenable to “precise measurement” (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 304). But while scientific proof may not always be necessary or available, and social science evidence supported by reason and logic can be relied upon, the evidence must nonetheless establish the consequences of imposing or failing to impose the limit. As McLachlin C.J. warned in *Sauvé*, “one must be wary of stereotypes cloaked as common sense, and of substituting deference for the reasoned demonstration required by s. 1” (para. 18).

104 The first determination is whether the government’s objective is “pressing and substantial”. The government’s stated objective in enacting the publication ban now found in s. 329 was to prevent an informational imbalance which could have a negative impact on voter behaviour or perceptions of electoral fairness. This Court in *Harper* accepted that “ensur[ing] that electors in different parts of the country have access to the same information before they go to the polls” is a pressing and substantial objective (para. 132). I see no reason to reject it as a pressing and substantial objective in this case and acknowledge at the outset the significance of maintaining public confidence in electoral fairness and the integrity of the electoral system, as did Bastarache J. in *Harper* when he said:

Perception is of utmost importance in preserving and promoting the electoral regime in Canada. . . . Electoral fairness is key. [para. 82]

105 The “rational connection” analysis is the initial step in the proportionality determination. I think

logique et la raison, conjuguées à certains éléments de preuve relevant des sciences sociales, démontrent de façon suffisante l’existence du préjudice auquel le Parlement cherche à remédier » (par. 77 et 79).

Ces arrêts indiquent la reconnaissance par les tribunaux que les décisions de principe du gouvernement représentent souvent des conclusions polycentriques complexes qu’il est difficile d’« évalu[er] précisément » (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 304). Toutefois, même si la preuve scientifique n’est pas toujours nécessaire ou disponible et qu’on peut se fonder sur des éléments de preuve relevant des sciences sociales appuyés par la logique et la raison, il faut que la preuve établissee les conséquences découlant de la restriction imposée ou de l’absence de restriction. Comme la juge en chef McLachlin l’a signalé dans *Sauvé*, « il faut se méfier des stéréotypes qui revêtent les apparences du bon sens et se garder de substituer la retenue à la démonstration raisonnée requise par l’article premier » (par. 18).

Il faut tout d’abord déterminer si l’objectif du gouvernement est « urgent et réel ». La raison qu’invoque le gouvernement pour justifier l’interdiction de diffusion actuellement énoncée à l’art. 329 est d’empêcher un déséquilibre informationnel qui pourrait avoir une incidence négative sur le comportement des électeurs ou leur perception de l’équité électorale. La Cour a reconnu dans *Harper* que « fai[re] en sorte que les électeurs de tous les coins du pays disposent des mêmes renseignements avant de se rendre aux urnes » constitue un objectif urgent et réel (par. 132). Je ne vois aucune raison de revenir sur cette conclusion en l’espèce et je reconnais d’emblée l’importance de maintenir la confiance du public à l’égard de l’équité électorale et de l’intégrité du système électoral, comme l’a fait le juge Bastarache dans *Harper* lorsqu’il a affirmé :

La perception du public est de la plus haute importance lorsqu’il s’agit de préserver et de soutenir le régime électoral au Canada. [ . . . ] L’équité électorale est l’élément clé. [par. 82]

L’analyse du « lien rationnel » constitue la première étape de la détermination de la proportion-

there can be little dispute that s. 329 is rationally connected to the objective of preventing an information imbalance. As Kelleher J. observed: “If the objective is to prevent the informational imbalance created by transmitting election results from Atlantic Canada to the west, banning these transmissions is an entirely rational way to fulfill that objective” (para. 48). This finding is also consistent with *Harper*, where Bastarache J. held that a “black-out period [for election advertising] is . . . rationally connected to ensuring that all voters receive the same information where possible” (para. 133).

It is difficult, however, to conclude that the limitation, a complete ban, minimally impairs the right to know election results in a timely way, that is, impairs the right no more than is reasonably necessary, or, in the language of McLachlin J. in *RJR-MacDonald*, is “carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary” (para. 160). But in my view it is unnecessary to further consider this issue because the government’s justification falters fatally in the balance of the proportionality analysis, namely, its submission that the benefits of the limitation are proportional to its harmful effects.

For the reasons that follow, I find that the evidence submitted by the government in this case does not provide the requisite “reasoned demonstration” to justify infringing the right at stake to the extent that it has. Any evidence of harm to the public’s perception or conduct in knowing the election results from Atlantic Canada before they vote is speculative, inconclusive and largely unsubstantiated. The harm of suppressing core political speech, on the other hand, is profound. The benefits of the ban are, accordingly, far outweighed by its deleterious effects.

À mon avis, il est difficile de contester qu’il existe un lien rationnel entre l’art. 329 et l’objectif d’empêcher un déséquilibre informationnel. Comme le juge Kelleher l’a fait observer, [TRADUCTION] « Si l’objectif est d’empêcher le déséquilibre informationnel créé par la transmission, dans l’Ouest du pays, des résultats électoraux pour le Canada atlantique, l’interdiction de ces transmissions est une manière tout à fait rationnelle d’atteindre cet objectif » (par. 48). Cette conclusion est également conforme à l’arrêt *Harper*, dans lequel le juge Bastarache a statué que : « la période d’interdiction de publicité [électorale] est rationnellement liée au souci de mettre les mêmes renseignements à la disposition de tous les électeurs, lorsque la chose est possible » (par. 133).

Il est toutefois difficile de conclure qu’une limite se présentant sous la forme d’une interdiction totale porte atteinte de façon minimale au droit de connaître les résultats des élections en temps utile, c’est-à-dire qu’elle ne porte pas atteinte au droit plus qu’il n’est raisonnablement nécessaire ou, pour reprendre la formulation de la juge McLachlin dans *RJR-MacDonald*, qu’elle est « soigneusement adaptée de façon à ce que l’atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire » (par. 160). Mais il est inutile, à mon avis, de pousser davantage l’analyse de la question, car la justification invoquée par le gouvernement comporte un vice fatal pour ce qui est du reste de l’analyse de la proportionnalité, à savoir l’affirmation que les effets bénéfiques de la limite imposée sont proportionnels à ses effets préjudiciables.

Pour les motifs exposés ci-après, j’estime que la preuve présentée en l’espèce par le gouvernement n’apporte pas la « démonstration raisonnée » exigée pour justifier le degré d’atteinte porté au droit en l’espèce. Toute preuve que la connaissance des résultats électoraux pour le Canada atlantique a un effet préjudiciable sur la perception ou le comportement des électeurs avant qu’ils aillent voter est hypothétique, inconcluante et largement non fondée. Par contre, la suppression d’une expression politique fondamentale cause un préjudice profond. Par conséquent, les effets préjudiciables de l’interdiction dépassent de loin ses effets bénéfiques.

106

107

108 In *Thomson Newspapers*, this Court accepted that the type of proof required under s. 1 will vary according to the “seriousness and likelihood of the harm” the limitation seeks to remedy (para. 111). The harm at which the blackout period in s. 329 is aimed is the prevention of information imbalance to protect the perception or reality of electoral fairness. However, this information imbalance must be considered not in the abstract, but in the context of staggered hours. It is not sufficient to suggest that information imbalances in general are harmful to the public perception or conduct. The proportionality exercise under s. 1 requires that the government demonstrate, by “cogent and persuasive” evidence, that this *particular* information imbalance is so harmful that it justifies the infringement represented by the ban.

109 What the particular information imbalance now amounts to, whatever its aspirational provenance, is that some voters — those who vote during the final hours of election day — may know the results of 32 Atlantic region ridings before they vote. The onus is on the government to demonstrate, therefore, that this specific information imbalance causes harm to voter perception or conduct to such a degree that the ban can be justified as a proportional response, considering the protected right at issue.

110 The right at issue is the right of the media and others to publish election results in a timely fashion and the right of all Canadians to receive it (*Thomson Newspapers*, at para. 127). Communicating and receiving election results is a core democratic right. Because the right to know election results is an essential part of the democratic process, clear and convincing evidence is required to justify limiting the availability of the information. In my view, based on the record, there is only speculative and unpersuasive evidence to support the government’s claim that this particular information imbalance is of sufficient harm to voter behaviour or perceptions of electoral unfairness — the objects sought

Dans *Thomson Newspapers*, la Cour a reconnu que le genre de preuve qu’exige l’analyse fondée sur l’article premier varie selon la « gravité » et la « vraisemblance » du préjudice auquel la restriction cherche à remédier (par. 111). L’embargo prévu à l’art. 329 vise à empêcher le déséquilibre informationnel afin de préserver l’équité électorale, qu’elle soit perçue ou réelle. Il convient toutefois d’évaluer ce déséquilibre non pas dans l’abstrait, mais dans le contexte du décalage des heures de scrutin. Il ne suffit pas d’affirmer que les déséquilibres informationnels en général ont un effet préjudiciable sur la perception ou le comportement du public. L’analyse de la proportionnalité dans le cadre de l’article premier exige du gouvernement qu’il démontre, par une preuve « forte et persuasive » que ce déséquilibre informationnel *particulier* cause un préjudice tel qu’il justifie l’atteinte représentée par l’interdiction.

Quelles que soient les aspirations à l’origine du déséquilibre informationnel en cause, celui-ci se résume maintenant au fait que des électeurs — ceux qui votent au cours des dernières heures le jour du scrutin — peuvent connaître les résultats électoraux pour les 32 circonscriptions du Canada atlantique avant d’aller voter. Il incombe donc au gouvernement de démontrer que ce déséquilibre, en raison de son effet sur la perception ou le comportement des électeurs, cause un préjudice tel que l’interdiction constitue une mesure proportionnelle qui peut se justifier, compte tenu du droit protégé en question.

Les droits en cause sont celui des médias et d’autres organismes de publier en temps utile les résultats électoraux et celui de tous les Canadiens de les recevoir (*Thomson Newspapers*, par. 127). Communiquer et recevoir des résultats électoraux sont des droits démocratiques fondamentaux. Étant donné que le droit d’être informé des résultats électoraux constitue un élément essentiel du processus démocratique, la preuve que la restriction de la disponibilité des informations est justifiée doit être claire et convaincante. À mon avis, d’après le dossier, le gouvernement se fonde sur une preuve seulement hypothétique et non convaincante pour affirmer que ce déséquilibre

to be addressed by the ban — that it outweighs any damage done to a fundamental and constitutionally protected right.

The government stressed the importance of maintaining public confidence in the electoral process and submitted that the s. 329 publication ban has the salutary effects of protecting the public perception that the electoral process is fair, and preventing the likelihood that premature disclosure of Atlantic election results could negatively affect voter behaviour. In so doing, it relied primarily on three sources: the evidence of Professor MacDermid, the findings of the Lortie Commission, and the Decima poll introduced as fresh evidence (Decima Research/Carleton University Poll, conducted during the period November 25 to December 5, 2005).

Professor MacDermid's conclusions were that information imbalance can affect voter perception and behaviour. His evidence was based on American studies. The evidentiary utility of his conclusions are, consequently, limited by a fundamental difference between American and Canadian elections: the absence in the United States of staggered voting hours. The consequences he anticipates for Canada are therefore hypothetical. They derive from an election context where, unlike Canada, Western American voters could in fact know, based on results from the rest of the country and the predictions of the media, what the likely outcome of an election will be when they go to the polls.

But it is instructive that all of the studies Professor MacDermid cited concluded that before there was any impact, let alone a harmful one, on voter turnout or behaviour from information imbalance, the imbalance must be of such a nature that voters know or can predict the outcome of the election. Nowhere in his report does Professor

informationnel particulier, en raison de ses effets sur le comportement des électeurs ou leur perception d'iniquité électorale — deux problèmes que l'interdiction vise à corriger —, est suffisamment préjudiciable pour dépasser tout préjudice engendré par l'atteinte à un droit fondamental protégé par la Constitution.

Le gouvernement a souligné l'importance de maintenir la confiance du public dans le processus électoral et a fait valoir que l'interdiction de diffusion prévue à l'art. 329 avait pour effet bénéfique de protéger la perception du public que le processus électoral est juste et d'empêcher que la diffusion prématurée des résultats électoraux pour la région de l'Atlantique puisse avoir une incidence négative sur le comportement des électeurs. Son argument à cet égard repose essentiellement sur trois sources : le témoignage du professeur MacDermid, les conclusions de la Commission et le sondage réalisé par le Centre de recherche Décima et l'Université Carleton entre le 25 novembre et le 5 décembre 2005 (le « sondage Décima ») qui a été introduit à titre de preuve nouvelle.

Selon le professeur MacDermid, le déséquilibre informationnel peut avoir une incidence sur la perception et le comportement des électeurs. Son témoignage est fondé sur les études menées aux États-Unis. L'utilité de ses conclusions en tant que preuve est donc limitée en raison d'une différence fondamentale entre les deux systèmes électoraux : l'absence de décalage des heures de scrutin aux États-Unis. Les conséquences qu'il prévoit pour le Canada sont donc hypothétiques. Elles découlent d'un contexte électoral où, contrairement au Canada, les électeurs américains de l'Ouest pourraient en fait, d'après les résultats pour le reste du pays et les prédictions des médias, connaître l'issue probable d'un scrutin avant d'aller voter.

Il est toutefois révélateur que, selon toutes les études citées par le professeur MacDermid, pour que le déséquilibre informationnel provoque une incidence, à plus forte raison un effet préjudiciable, sur la participation ou le comportement des électeurs, il faut qu'il soit de nature à permettre aux électeurs de connaître ou de prédire l'issue du

111

112

113

MacDermid cite a study that finds an impact on voter behaviour in the absence of such knowledge.

114 As the following excerpts from his cross-examination demonstrate, Professor MacDermid agreed that knowing which party is going to form the government is a necessary precondition to voters deciding not to vote, a conclusion he acknowledged could not be reached based on staggered hours. He also stressed the importance of being able to predict a winner, without which an information imbalance by itself has no effect on voter behaviour:

Q And you tell me whether you -- this is still your evidence, or not? "You need a prediction of a winner, must be able to vote -- and the prediction of the winner must be both made and different from that which was expected for there to be an effect on turnout."

A Absolutely, I stand by that.

. . . .

Q Are there any one of the studies that you have cited and relied upon . . . that say knowing some results, but not an outcome . . . with no projections . . . will result in people staying home . . . and not voting?

. . . .

A None of them.

. . . .

Q . . . All of the U.S. studies which found an effect on voter behaviour, whether that's turnouts, strategic voting, whatever kind of voter behaviour we're talking about, the condition precedent to finding that change in behaviour -- or that behaviour, I'm sorry, we don't know if it was a change, if it's aggregate data -- is the requirement that there be a media call?

scrutin. Or, nulle part dans son rapport, le professeur MacDermid n'a cité une étude qui mentionne une incidence sur le comportement des électeurs en l'absence d'une telle connaissance.

Comme le démontrent les extraits de son contre-interrogatoire qui figurent ci-dessous, le professeur MacDermid a admis que, pour que des électeurs décident de ne pas aller voter, il faut qu'ils sachent au préalable quel parti va former le gouvernement, ce qui est impossible avec le décalage des heures de scrutin, comme il l'a lui-même reconnu. Il a aussi souligné l'importance de pouvoir prédire un gagnant, sans quoi le déséquilibre informationnel n'a aucune incidence sur le comportement des électeurs :

[TRADUCTION]

Q Et vous me dites si vous -- c'est toujours votre témoignage, n'est-ce pas? « Vous avez besoin des prédictions sur le gagnant pour pouvoir voter -- et il faut que ces prédictions soient faites et qu'elles soient différentes des résultats escomptés pour qu'on puisse parler d'effet sur la participation »?

R Absolument, je maintiens ce que j'ai dit.

. . . .

Q Parmi les études que vous avez citées et sur lesquelles vous vous êtes fondé, y en a-t-il qui mentionnent que le fait de connaître certains résultats, mais pas l'issue . . . sans aucune projection . . . incite les gens à rester chez eux et à ne pas aller voter?

. . . .

R Aucune.

. . . .

Q . . . **Dans toutes les études menées aux États-Unis** qui ont mentionné une incidence sur le comportement des électeurs, que ce soit la participation, le vote stratégique ou un comportement quelconque des électeurs, pour qu'on puisse conclure à un changement de comportement -- ou à ce comportement, excusez-moi, nous ne savons s'il s'agit d'un changement, de données globales -- il faut qu'il y ait d'abord des prédictions des médias?

A Well --

Q In those instances where there was no media call because the race was too close, I understood that the studies that you cited to say no effect?

A I think I conceded when I talked about how to view these studies. I said that one couldn't imagine there being effect if there is no media call, because that's the -- that's one of the variables that one is arguing is important, the presence of a media call, that has an effect on voters in certain circumstances and certain times of races, when they hear that information it causes them to change their mind. So when there is no call, ther[e] can't really be an effect. You're right.

Q [I]n order for there to be an effect on voter behaviour . . . there has to be a media call? No media call, no effect?

A I think to the extent that that's what you're looking at, yes. . . . I think that's right.

In Professor MacDermid's view, however, "[t]he important point" is not so much "whether voters engage in [strategic] voting", since, in his words, "[m]ost probably decide to do this even before election day and how they choose to explain or arrive at reasons for voting is really their own business." Notwithstanding his observation that inconclusive results do not affect voter turnout or behaviour, he was nonetheless of the view that the real harm is in the fact that "some voters have information about the race that others cannot have". The harm is the mere fact of an information imbalance.

In his report, he further explains the harm from information imbalance as being a feeling that "western voters don't count since eastern voters have already decided the election". Yet it is difficult to see how this perception of unfair treatment can be even theoretically attributed to Western voters when, in the context of staggered hours, they will not know the final decision when they vote. Whatever other conclusions voters may be able to

R Eh bien --

Q Dans les cas où les médias n'ont pas fait de prédiction parce que la course était trop serrée, je crois comprendre que les études que vous citez concluent à l'absence d'effets?

R Je pense que je l'ai admis lorsque j'ai parlé de la façon dont il faut interpréter ces études. J'ai dit qu'on ne peut concevoir qu'il y aurait des effets en l'absence de prédiction des médias, parce que c'est -- c'est une des variables présentées comme importantes, la présence de prédictions des médias, qui a un effet sur les électeurs dans certaines circonstances et à certains moments de la course, lorsqu'ils entendent cette information, cela les fait changer d'avis. C'est pourquoi sans prédiction il ne peut véritablement y avoir d'effet. Vous avez raison.

Q [P]our qu'il y ait un effet sur le comportement des électeurs . . . il faut qu'il y ait une prédiction des médias? Pas de prédiction, pas d'effet?

R Je pense que dans la mesure où l'on pose ainsi la question, oui . . . je pense que c'est exact.

Selon le professeur MacDermid, toutefois, [TRADUCTION] « le plus important », ce n'est pas tellement de « savoir si les électeurs recourent au vote [stratégique] » étant donné que, pour reprendre ses propos, « [i]ls ont très probablement pris la décision de le faire même avant le jour des élections et les raisons de leur choix de vote leur sont personnelles. » Malgré son observation que les résultats inconcluants n'ont aucune incidence sur la participation électorale ou le comportement des électeurs, il estime quand même que le véritable préjudice réside dans le fait que [TRADUCTION] « certains électeurs disposent de renseignements sur la course électorale que d'autres ne peuvent avoir ». Le préjudice est le simple fait qu'il y a un déséquilibre informationnel.

Dans son rapport, il a aussi expliqué que le préjudice résultant du déséquilibre informationnel tient à l'impression que [TRADUCTION] « les électeurs de l'Ouest du pays ne comptent pas puisque ceux de la région de l'Est ont déjà décidé de l'issue du scrutin ». Pourtant, il est difficile de voir comment cette perception de traitement injuste peut être attribuée, même théoriquement, aux électeurs de l'Ouest canadien, car, dans le contexte des heures décalées,

draw for themselves about the Atlantic election results, they will not realistically be able to predict the outcome of the election and therefore, logically, the perception that they “don’t count” is unlikely, given that they will only know, at most, 11 percent of the election outcome when they do vote.

117 Professor MacDermid was unable to offer any support for his theory that information imbalances have an inherently harmful impact. The possibility that some Western voters might be influenced by results from Atlantic Canada cannot be completely discounted, but the question is not, it seems to me, whether there will be any impact on Western voters of knowing the results from these 32 ridings. It is impossible to immunize voters from all conceivable influences, as this Court concluded in *Thomson Newspapers* when it struck down the ban on the availability of opinion poll information immediately before an election. The question is whether the impact will be a harmful one, and while deciding not to vote may be in this category, Professor MacDermid’s evidence was that there is no impact on voter turnout unless the outcome of the election is known or knowable.

118 Nor is there support in the Lortie Commission for the contention that this information imbalance is so significant a public concern as to justify a complete ban no matter how inconclusive the election information is. The government observed that the Lortie Commission found that Canadians “feel very strongly about premature release of election results and favour changes in voting hours to eliminate the problem” (vol. 2, at p. 84). But this quotation must be read with the perspective of its timing. It refers to the attitudes of Canadians before staggered voting hours were introduced, and explains why the Commission recommended them as an alternative to the ban on disclosing election results. It also explains, as does the Decima poll discussed

ils ne connaîtront pas la décision finale quand ils vont voter. Quelles que soient les autres conclusions qu’ils peuvent tirer des résultats électoraux pour les provinces de l’Atlantique, ils ne pourront pas d’une façon réaliste prédire l’issue du scrutin; par conséquent, logiquement, la perception qu’ils « ne comptent pas » est improbable étant donné que les seuls résultats qu’ils connaîtront quand ils se rendent aux urnes ne représentent au plus que 11 pour 100 des résultats électoraux.

Le professeur MacDermid n’était pas en mesure d’appuyer sa théorie que les déséquilibres informationnels comportent un effet intrinsèquement préjudiciable. On ne peut pas écarter complètement la possibilité que des électeurs de l’Ouest du pays puissent être influencés par les résultats pour le Canada atlantique, mais il ne s’agit pas, à mon avis, de savoir si le fait de connaître les résultats pour ces 32 circonscriptions aura une incidence sur les électeurs de l’Ouest du Canada. Il est impossible d’immuniser les électeurs contre toutes les influences concevables, comme l’a conclu la Cour dans *Thomson Newspapers* lorsqu’elle a invalidé l’interdiction de communiquer les résultats de sondage d’opinion juste avant une élection. La question est de savoir s’il s’agit d’un effet préjudiciable, et même si le fait de décider de ne pas voter peut relever de cette catégorie, d’après le témoignage du professeur MacDermid, il n’y a aucune incidence sur la participation électorale, sauf si l’issue de l’élection est connu ou peut être connu.

La Commission n’appuie non plus l’argument que le déséquilibre informationnel est une si grande préoccupation pour le public qu’il justifie une interdiction totale, peu importe que les informations sur les élections ne soient pas concluantes. Le gouvernement a fait observer que, selon la Commission, les Canadiens « sont très sensibles à la divulgation prématurée des résultats et souhaitent que ce problème soit résolu en modifiant les heures du scrutin » (vol. 2, p. 90). Il convient toutefois de replacer ces propos dans leur contexte chronologique. Ils font référence à l’opinion des Canadiens avant l’institution des heures de scrutin décalées et ils expliquent pourquoi la Commission a recommandé cette mesure en remplacement de

below, why I accept, unequivocally, that the government's objective of protecting the perception of electoral fairness is a pressing and substantial one.

It does not, however, justify the impairment of the right. Had the Lortie Commission been of the view that all information imbalances were problematic or harmful, either perceptually or behaviourally, it would have suggested that a solution like staggered hours be accompanied by the retention of the ban to prevent an information imbalance from knowing 32 riding results.

The specific harm the Lortie Commission identified was in voters knowing the outcome of the election when they voted. It never suggested that the mere fact of an information imbalance created a perceptual harm to public confidence in electoral fairness. In fact, it observed that “the release of some election results before polls close in the West — specifically, results from the 32 seats in Atlantic Canada — would not constitute a major problem so long as other results from eastern Canada were not available until after the polls closed in the West” (vol. 2, at p. 85 (emphasis added)). As Kelleher J. noted, “the most pressing concern [of the Lortie Commission] was ensuring that voters in the west did not hear results from Quebec and Ontario before the polls closed, since these two provinces have the potential to determine who will form the government” (para. 36).

The harm perceived by the Lortie Commission — the influence on voter perception generated by knowing the Ontario and Quebec results — is alleviated by staggered hours. This leaves only the questionable harm of knowing the Atlantic results in the absence of a ban. With respect, therefore, I disagree with the assertion of my colleague Justice Fish that “the findings of the Lortie Commission provide a sound basis for concluding that this

l'interdiction de diffusion des résultats électoraux. Ils expliquent aussi, tout comme le sondage Décima, dont il est question ci-après, pourquoi je reconnais, sans équivoque, que l'objectif du gouvernement de préserver la perception d'équité électorale est urgent et réel.

Cependant, cet objectif ne justifie pas pour autant l'atteinte au droit. Si la Commission avait estimé que tout déséquilibre informationnel pose des problèmes ou est préjudiciable, sur le plan de la perception ou du comportement, elle aurait proposé qu'une solution comme le décalage des heures de scrutin soit accompagnée par le maintien de l'interdiction pour empêcher que la connaissance des résultats pour 32 circonscriptions n'entraîne un déséquilibre informationnel.

Le préjudice spécifique dont parle la Commission est le fait que des électeurs connaissent l'issue de l'élection avant d'aller voter. Elle n'a jamais laissé entendre que le simple déséquilibre informationnel crée un préjudice perceptuel à l'égard de la confiance du public dans l'équité électorale. À vrai dire, elle fait observer que « la divulgation de quelques résultats — en l'occurrence ceux des 32 sièges des provinces de l'Atlantique — serait acceptable, à condition que les autres résultats de l'Est ne soient rendus publics qu'après la clôture du scrutin dans l'Ouest » (vol. 2, p. 91 (je souligne)). Comme l'a fait remarqué le juge Kelleher, [TRADUCTION] « ce qui comptait le plus [pour la Commission] était de veiller à ce que les électeurs de l'Ouest du Canada n'apprennent pas les résultats pour le Québec et l'Ontario avant la fermeture de leurs bureaux de scrutin, parce que ces deux provinces peuvent déterminer qui formera le gouvernement » (par. 36).

Le préjudice perçu par la Commission — l'influence sur la perception des électeurs due à la connaissance des résultats pour l'Ontario et le Québec — est atténué par le décalage des heures de scrutin. Il reste seulement le préjudice douteux découlant de la connaissance des résultats pour les provinces de l'Atlantique en l'absence d'interdiction. Soit dit en tout respect, je ne souscris donc pas à l'affirmation de mon collègue le juge Fish que

119

120

121

information imbalance is a real and significant harm” (para. 71).

122

The government also introduced the Decima Research/Carleton University Poll as persuasive of the fact that, without the ban, Canadians would perceive elections to be unfair. According to this poll, 70 percent of Canadians surveyed “thought people should not be able to know election results from other provinces before their polls close”. We do not know how these same Canadians would have responded if the purpose and effects of staggered hours had been explained. Absent the relevant context, the answer is a very general response to a very general question and is indicative of an unsurprising public preference for the goal of electoral fairness, not persuasive evidence that elections would in fact be seen by reasonably informed Canadians to be unfair unless there was a ban prohibiting voters from learning the results of Atlantic Canada’s 32 ridings before they voted.

123

Any potential benefits of the publication ban are also diminished by the reality that, as the Lortie Commission pointed out, the s. 329 publication ban was “rendered obsolete” by broadcasting and telecommunications technology (vol. 2, at p. 84). The ineffectiveness of the blackout was one of the reasons the Commission recommended that it be replaced by suggested staggered hours. Even the Decima poll submitted by the government found that among those surveyed who were considered “[i]nvolved” Canadians, 35 percent indicated that they would make an effort to find out election results despite the ban. As Professor Chris Waddell observed in commenting on the Decima poll:

[T]hanks to technology there are more and more ways for people to get around the blackout if they wish.

« les constatations de la Commission Lortie constituent une assise solide permettant de conclure que ce déséquilibre crée un préjudice réel et important » (par. 71).

Le gouvernement a également présenté le sondage Décima comme établissant que, sans l’interdiction, les Canadiens percevraient les élections comme inéquitables. Selon ce sondage, 70 pour 100 des Canadiens interrogés « croient que personne ne devrait connaître les résultats des autres provinces avant la fermeture des bureaux de scrutin de [sa] circonscription ». Nous ne savons pas comment ces mêmes Canadiens auraient réagi si on leur avait expliqué le but et les effets du décalage des heures de scrutin. Sans contexte pertinent, la réponse à une question de sondage est d’ordre très général — comme la question elle-même d’ailleurs —, et révèle la préférence du public pour l’objectif d’équité électorale, ce qui n’est pas étonnant; elle ne constitue pas la preuve convaincante que des Canadiens raisonnablement informés considéreraient en fait les élections comme inéquitables à moins qu’une interdiction empêche les électeurs de connaître les résultats pour les 32 circonscriptions du Canada atlantique avant d’aller voter.

De plus, tout effet bénéfique que pourrait présenter l’interdiction de diffusion se trouve amoindri par la réalité selon laquelle, comme l’a souligné la Commission, l’interdiction de diffusion prévue à l’art. 329 « est aujourd’hui désuète » à cause des techniques de radiodiffusion et de télécommunications (vol. 2, p. 90). C’est notamment à cause de l’inefficacité de l’embargo que la Commission a recommandé de le remplacer par un décalage des heures de scrutin. Il ressort même du sondage Décima déposé en preuve par le gouvernement que 35 pour 100 des répondants considérés comme Canadiens « impliqués » ont indiqué qu’ils tenteraient de connaître les résultats malgré l’interdiction. Comme l’a fait observer le professeur Chris Waddell dans ses commentaires sur le sondage Décima :

Grâce à la technologie, les gens ont de plus en plus de moyens de contourner l’interdiction de diffusion.

Unlike phone calls to a single person or web sites where content can be controlled, e-mails, instant messages and cell phone text messages can all be distributed simultaneously to a broad cross-section of people. So while a majority support the blackout, the blackout itself is . . . more a fiction for those who are really interested in how the votes are being counted on election night.

The impact of technology on the unenforceability of a publication ban was considered by this Court in the context of criminal proceedings in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Lamer C.J.'s conclusions are, in my view, particularly apposite in the circumstances of this case, when he observed that:

It should also be noted that recent technological advances have brought with them considerable difficulties for those who seek to enforce bans. The efficacy of bans has been reduced by the growth of interprovincial and international television and radio broadcasts available through cable television, satellite dishes, and shortwave radios. It has also been reduced by the advent of information exchanges available through computer networks. In this global electronic age, meaningfully restricting the flow of information is becoming increasingly difficult.

If the actual beneficial effects of publication bans are limited, then it might well be argued . . . that the negative impact the ban has on freedom of expression outweighs its useful effects. [pp. 886-87]

All of this leads me to conclude that any inference that the information imbalance created by lifting the ban in s. 329 would have a harmful impact of any kind on voter turnout, choice or perception, is highly theoretical and far from sufficiently persuasive to justify infringing the core right at issue in this case. It is true that scientific proof of the harmful effects of the information imbalance created by disclosing Atlantic Canada's election results may not be possible, but there must

Contrairement aux appels téléphoniques individuels ou aux sites Web dont le contenu peut être contrôlé, les courriels, la messagerie instantanée et les messages texte peuvent rejoindre simultanément de vastes segments de la population. Bien qu'une majorité de citoyens appuient l'interdiction de diffusion, cette interdiction est somme toute théorique car il est facile pour les gens de contourner et d'obtenir les résultats de façon prématurée le soir du scrutin.

La Cour a examiné les effets de la technologie sur l'inapplicabilité d'une interdiction de publication dans le contexte d'instances criminelles, dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Les conclusions du juge en chef Lamer me semblent particulièrement pertinentes en l'es-pèce :

Il y a également lieu de signaler que les récents progrès technologiques ont entraîné dans leur sillage des difficultés considérables pour ceux qui cherchent à faire valoir des interdictions. Leur efficacité a été réduite d'autant que s'est accru le nombre d'émissions télévisées et radiophoniques accessibles au niveau interprovincial et international par câblodiffusion, antenne parabolique orientable et radio à ondes courtes. Elles ont également souffert de l'avènement des échanges d'informations rendues possibles par les réseaux informatiques. En cette ère d'électronique globale, restreindre de façon significative la circulation de l'information devient de plus en plus difficile.

Si les effets bénéfiques réels des interdictions de publication sont limités, on peut très bien soutenir dans certains cas que les conséquences négatives de l'interdiction sur la liberté d'expression excèdent ses effets utiles. [p. 886-887]

Tout cela m'amène à conclure que toute inférence que le déséquilibre créé par la levée de l'interdiction prévue à l'art. 329 aurait un effet préjudiciable quelconque sur la participation, le choix ou la perception des électeurs est hautement théorique et loin d'être suffisamment convaincante pour justifier l'atteinte au droit fondamental qui est en cause en l'espèce. Il est vrai qu'il n'est peut-être pas possible de prouver scientifiquement les effets préjudiciables du déséquilibre informationnel créé par la

still be a reasoned or logical basis for inferring its validity.

126 The evidence of Professor MacDermid is that there is no effect on voter turnout unless the voter is able to predict the election's outcome. The evidence from the Lortie Commission suggests that there is no harm to public perception from knowing the results of 32 ridings. And the evidence of the Decima poll does not address, one way or another, whether this *particular* information imbalance would be harmful to public perceptions of electoral fairness. This makes the government's evidence essentially a combination of speculation and theory, unsubstantiated by cogent evidence.

127 It is far from clear to me that there is any evidence at all to demonstrate that the ban in s. 329, in the context of staggered hours, is directed at a demonstrated harm and sufficiently promotes public confidence in the fairness of elections to justify infringing the right to disseminate and receive election results. This view was shared by Stephen Harper, then a Member of Parliament for the Reform Party, at the third reading in 1996 of Bill C-63 (*An Act to amend the Canada Elections Act, the Parliament of Canada Act and the Referendum Act*), when he observed:

It is important to realize, and anybody who looks at the transcripts of the committee will see that no convincing evidence was provided to the committee that this is creating a serious problem in the functioning of our democracy.

. . . I asked the various witnesses whether there was any documented evidence or any serious academic study on whether knowing the results in other parts of the country had either of two effects: caused people not to vote or it caused them to vote differently than they would vote otherwise. There is precious little evidence that either of these things are true.

(*House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., November 26, 1996, at p. 6723)

128 On the other hand, the harm caused by the ban to the expressive rights in s. 2(b) is considerable. For

communication des résultats électoraux pour l'Est du Canada, mais il demeure qu'il faut se fonder sur la raison et la logique pour inférer la validité d'une telle preuve.

Selon le professeur MacDermid, il n'y a aucune incidence sur la participation électorale à moins que l'électeur puisse prédire l'issue du scrutin. De plus, il ressort du rapport Lortie que la connaissance des résultats pour 32 circonscriptions n'entraîne aucun préjudice pour la perception du public. Par ailleurs, le sondage Décima ne permet pas de déterminer si ce déséquilibre informationnel *particulier* aurait un effet préjudiciable sur la perception d'équité électorale du public. Ce qui fait que le témoignage du gouvernement est essentiellement hypothétique et théorique, non fondé sur une preuve convaincante.

Il est loin d'être évident que l'interdiction prévue à l'art. 329, compte tenu du décalage des heures de scrutin, vise un préjudice dont la preuve a été établie et renforce suffisamment la confiance du public dans l'équité des élections pour justifier l'atteinte au droit de diffuser et de recevoir des résultats électoraux. M. Stephen Harper, alors député du Parti réformiste, a souscrit à ce point de vue à la troisième lecture du projet de loi C-63 (*Loi modifiant la Loi électorale du Canada, la Loi sur le Parlement du Canada et la Loi référendaire*) :

Il est important de se rendre compte que — et il suffit de lire les travaux du comité pour s'en convaincre — aucune preuve n'a été présentée au comité pour établir que cette situation nuisait vraiment beaucoup au fonctionnement de notre démocratie.

. . . j'ai demandé à divers témoins s'il existait des documents ou une étude théorique sérieuse établissant que le fait de connaître les résultats des élections dans une autre partie du pays pouvait avoir les conséquences suivantes : inciter les gens à ne pas voter ou les inciter à modifier leur vote. Rien ne permet de conclure, à vrai dire, que cela arrive.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 26 novembre 1996, p. 6723)

Par contre, le préjudice causé par l'interdiction d'exercer les droits d'expression garantis par

the duration of the ban, the Atlantic election results are denied to all Canadians west of the Atlantic provinces, many of whom have already voted. It is difficult to imagine a more important aspect of democratic expression than voting and learning the results of their vote. The s. 329 ban impairs the right both to disseminate and receive election results at a crucial time in the electoral process. To suggest that this is only a delay, not the suppression of information, unduly minimizes the significance both of the information and of the delay.

The fact that the suppression of information is of limited duration is not determinative. News is news precisely because of its immediacy, especially during an election, where a great deal of information and analysis must be passed on to the public in a short period of time. Canadians are entitled to know, as soon as possible, who their elected representatives are.

There is, in addition, harm of a more practical nature. The technical challenges faced by the media when implementing the ban are considerable, and mean that individuals in certain areas may not receive radio or television election coverage even though the polls have closed in their area of the country. The media's role in disseminating election information to the public is crucial. Election coverage is how the public learns the outcome of its defining democratic right — voting. It is in this country's interest to enhance, not impede, the media's ability to transmit this evolving information as it becomes available. Similarly, Atlantic Canadians who rely on the Internet as their primary source of news are denied any election news from their medium of choice since the transmission of election results over the Internet is prohibited until the end of the blackout.

All of this harm to the *Charter* right is demonstrable; the benefits of the ban are not. To justify

l'al. 2b) est considérable. Pour la durée de l'interdiction, les Canadiens se trouvant à l'ouest des provinces de l'Atlantique, dont beaucoup ont déjà voté, ne peuvent avoir accès aux résultats électoraux pour la région de l'Atlantique. Il est difficile d'imaginer un aspect plus important de l'expression démocratique que le vote et le fait d'être informé des résultats de leur vote. L'interdiction prévue par l'art. 329 porte atteinte au droit de diffuser et à celui de recevoir les résultats des élections à un moment crucial du processus électoral. Affirmer qu'il s'agit seulement de retarder la communication des informations et non de les supprimer minimise indûment l'importance à la fois des informations et du retard.

Le fait que la suppression des informations est de courte durée n'est pas déterminant. Ce qui définit les nouvelles, c'est précisément leur immédiateté, surtout pendant la période électorale, où beaucoup d'informations et d'analyses doivent être transmises au public en peu de temps. Les Canadiens ont le droit de connaître, aussitôt que possible, ceux qui ont été élus pour les représenter.

Il y a un autre préjudice de nature plus pratique. Les difficultés techniques que rencontrent les médias dans la mise en œuvre de l'interdiction sont considérables et signifient qu'il se peut que les gens de certaines régions ne reçoivent pas la couverture des élections par radio ou télévision même si leurs bureaux de scrutin ont déjà fermé. Le rôle des médias dans la diffusion des informations électorales est crucial. C'est grâce à la couverture des élections que le public apprend les résultats de l'exercice de son droit démocratique, à savoir le vote. Il est dans l'intérêt de ce pays d'accroître, et non d'entraver, la capacité des médias de transmettre ces informations changeantes au fur et à mesure qu'ils les reçoivent. De même les Canadiens de la région de l'Atlantique qui recourent à Internet comme principale source d'informations ne pourront pas obtenir d'informations sur les élections à partir du média de leur choix étant donné qu'il est interdit de transmettre les résultats électoraux sur Internet avant la fin de l'embargo.

Tout ce préjudice causé à un droit garanti par la *Charte* peut se démontrer; ce n'est pas le cas des

129

130

131

limiting a right, the evidence must establish the consequential harm that would occur in the absence of this limitation. The government has offered only hypothetical and speculative evidence. There is no reasonable basis for assuming that Canadian voters will perceive the electoral process to be unfair or will adjust their voting behaviour based on learning the results of 11 percent of the election results. I agree with Kelleher J. who concluded:

There was no evidence before the trial judge of any effect on voter behaviour. The evidence of Dr. MacDermid was that an information imbalance could have harmful effects: it could reduce voter turnout, it could influence how citizens vote by causing strategic voting, it could cause “bandwagon” voting, and it could cause “underdog” voting. But the evidence does not show that any of these harmful effects occurs in the context of staggered voting hours. There is no evidence of reduced turnout where any early results information relates to no more than 11 per cent of the ridings. Similarly, strategic voting, “underdog” voting or “bandwagon” voting occurs where the likely outcome of the election is known from the results published from another part of the country. As noted above, the 32 ridings in Atlantic Canada cannot determine the likely outcome of the election . . . [para. 44]

132 There is, therefore, no persuasive evidence of harm requiring the remedial attention of a publication ban. This means that the government’s justification fails the proportionality branch since there can be nothing proportional between the benefits of a limitation and its harmful effects if there is no demonstrated benefit to the limitation.

133 This Court concluded in *Thomson Newspapers* that it was constitutionally impermissible to prevent voters from learning about public opinion polls just before an election because no harm could be imputed from this knowledge. Similarly, in this case the imputation of harm is weak, speculative and unpersuasive. Potential harm caused by electoral informational imbalance is eliminated

effets bénéfiques de l’interdiction. Pour justifier la restriction d’un droit, il faut que la preuve établisse le préjudice qui pourrait survenir sans cette restriction. Or, le gouvernement n’a présenté que des éléments de preuve hypothétiques. Aucun fondement rationnel ne permet de présumer que les électeurs canadiens percevront le processus électoral comme étant injuste ou modifieront leur comportement après avoir pris connaissance de 11 pour 100 des résultats électoraux. Je souscris aux conclusions du juge Kelleher :

[TRADUCTION] Le juge de première instance ne disposait d’aucun élément de preuve concernant un quelconque effet sur le comportement des électeurs. Le professeur MacDermid avait témoigné que le déséquilibre informationnel pouvait avoir des effets préjudiciables : réduction de la participation aux élections, choix électoraux influencés par le vote stratégique, par l’effet d’entraînement ou par l’effet du perdant. Toutefois, la preuve n’établit pas qu’un de ces effets préjudiciables se fait sentir dans le contexte des heures de scrutin décalées. Rien ne prouve que la participation électorale diminue en cas de diffusion prématurée des résultats électoraux ne concernant pas plus de 11 pour 100 des circonscriptions. De même, le vote stratégique, l’effet d’entraînement ou l’effet du perdant ne se produisent que si la communication des résultats pour une autre partie du pays permet de prédire l’issue probable du scrutin. Or, comme on l’a vu, les 32 circonscriptions du Canada atlantique ne peuvent déterminer l’issue probable du scrutin . . . [par. 44]

Par conséquent, il n’existe aucune preuve convaincante permettant de conclure à l’existence d’un préjudice auquel il faut remédier par une interdiction de diffusion. La justification invoquée par le gouvernement ne satisfait donc pas au critère de la proportionnalité, car on ne peut dire qu’il y ait proportionnalité entre les effets bénéfiques d’une restriction et ses effets préjudiciables si aucun effet bénéfique de la restriction n’a été démontré.

Dans *Thomson Newspapers*, la Cour a conclu que la Constitution ne permet pas d’empêcher les électeurs de prendre connaissance de sondages juste avant le scrutin, car on ne peut conclure que cette connaissance aura des effets préjudiciables. De même, en l’espèce, l’imputation du préjudice est faible, hypothétique et peu convaincante. Le préjudice que pourrait causer le déséquilibre en matière

by staggered hours, which guarantee that voters cannot know what the overall outcome of the election is likely to be before they go to the polls, the only harmful information imbalance identified by the Lortie Commission as worthy of remedial attention. Section 329 of the *Canada Elections Act* is, therefore, a remedy for an undemonstrated problem and, as a result, an overbroad intrusion on a *Charter* right. As an excessive response to an insufficiently proven harm in light of the implementation of staggered voting hours, the publication ban in s. 329 of the *Canada Elections Act* is therefore a violation of s. 2(b) of the *Charter* that is not justified under s. 1.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside Mr. Bryan's conviction, and declare s. 329 of the *Canada Elections Act* to be of no force or effect by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

*Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and BINNIE, LEBEL and ABELLA JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Taylor Jordan Chafetz, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Canadian Broadcasting Corporation, CTV Inc., TVA Group Inc., Rogers Broadcasting Limited, CHUM Limited, Sun Media Corporation, Sun Media (Toronto) Corporation, Canadian Press, Globe and Mail, CanWest MediaWorks Inc., CanWest MediaWorks Publications Inc. and Canoe Inc.: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitors for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

d'information électorale est éliminé par le décalage des heures de scrutin, qui empêche les électeurs de connaître le résultat global probable des élections avant d'aller voter — le seul déséquilibre informationnel préjudiciable qui, selon la Commission, soit digne de mesure corrective. L'article 329 de la *Loi électorale du Canada* cherche donc à corriger un problème dont l'existence n'a pas été démontrée et, en raison de sa trop grande portée, il empiète sur un droit garanti par la *Charte*. Compte tenu du décalage des heures de scrutin, l'interdiction de diffusion prévue à l'art. 329 — réponse excessive à un préjudice dont l'existence n'a pas été établie par une preuve suffisante — constitue donc une violation de l'al. 2b) de la *Charte* qui n'est pas justifiée au sens de l'article premier.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de M. Bryan et de rendre un jugement déclaratoire portant que l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada* est inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

*Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et les juges BINNIE, LEBEL et ABELLA sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Taylor Jordan Chafetz, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes Société Radio-Canada, CTV Inc., Groupe TVA Inc., Rogers Broadcasting Limited, CHUM Limitée, Corporation Sun Media, Sun Media (Toronto) Corporation, Presse canadienne, Globe and Mail, CanWest MediaWorks Inc., CanWest MediaWorks Publications Inc. et Canoe Inc. : Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*