

**Douglas Quan, Kelly Egan, Don Campbell, Ottawa Citizen, Ottawa Citizen Group Inc. and Southam Publications (A CanWest Company)** *Appellants*

v.

**Danno Cusson** *Respondent*

and

**Globe and Mail, Toronto Star Newspapers Limited, Canadian Broadcasting Corporation, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, PEN Canada, Peter Grant and Grant Forest Products Inc.** *Interveners*

**INDEXED AS: QUAN v. CUSSON**

**Neutral citation: 2009 SCC 62.**

File No.: 32420.

2009: February 17; 2009: December 22.

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

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

*Torts — Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Police constable suing newspaper and reporters for libel after articles were published alleging that he had misrepresented himself and possibly interfered with rescue operations at Ground Zero — Court of Appeal recognizing new responsible journalism defence but denying defendants its protection because they had not advanced it at*

**Douglas Quan, Kelly Egan, Don Campbell, Ottawa Citizen, Ottawa Citizen Group Inc. et Southam Publications (une société CanWest)** *Appellants*

c.

**Danno Cusson** *Intimé*

et

**Globe and Mail, Toronto Star Newspapers Limited, Société Radio-Canada, Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, PEN Canada, Peter Grant et Grant Forest Products Inc.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : QUAN c. CUSSON**

**Référence neutre : 2009 CSC 62.**

N° du greffe : 32420.

2009 : 17 février; 2009 : 22 décembre.

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

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

*Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Action en libelle diffamatoire par un agent de police contre un journal et des journalistes ayant publié des articles alléguant qu'il s'était présenté sous un faux jour et qu'il avait possiblement nui aux opérations de sauvetage à Ground Zero — Cour d'appel reconnaissant un nouveau moyen*

*trial — Whether common law of defamation should be modified to accord stronger protection to defamatory statements of fact published responsibly — If so, whether defendants should be able to avail themselves of new defence of responsible communication on matters of public interest at a new trial.*

C was an Ontario police constable who, shortly after the events of September 11, 2001 and without permission from his employer, travelled to New York City to assist with the search and rescue effort at Ground Zero. A newspaper published articles alleging that C had misrepresented himself to the authorities in New York and possibly interfered with the rescue operation. C brought a libel action against the newspaper and the reporters. At trial, the defendants pleaded qualified privilege and did not rely on the defence known in England as “responsible journalism” which, at the time, had not yet been recognized as a distinct defence by any Canadian court. The trial judge rejected the defendants’ claim of qualified privilege and put the case to the jury to decide whether the defence of truth had been made out. The jury found that many but not all of the factual imputations in the articles had been proven true, and awarded C general damages. The Court of Appeal upheld that decision. The court took the opportunity to establish a responsible journalism defence in Ontario law, but held that the defendants were not entitled to a new trial and the protection of the new defence because they had not advanced the defence at trial.

*Held:* The appeal should be allowed and a new trial ordered.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The defence of responsible communication on matters of public interest recognized in *Grant v. Torstar Corp.* is applicable where the publication is on a matter of public interest and, having regard to the relevant factors, the publisher was diligent in trying to verify the allegations. The public interest test is clearly met here, as the Canadian public has a vital interest in knowing about the professional misdeeds of those who are entrusted by the state with protecting public safety. The defendants’ liability therefore hinges on whether they were diligent in trying

*de défense de journalisme responsable, mais empêchant les défendeurs de s’en prévaloir parce qu’ils ne l’ont pas invoqué au procès — Y a-t-il lieu de modifier les règles de common law en matière de diffamation afin d’offrir une plus grande protection aux énoncés de fait diffamatoires publiés de façon responsable? — Si oui, les défendeurs devraient-ils pouvoir invoquer le nouveau moyen de défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public dans le cadre d’un nouveau procès?*

C, un agent de la police ontarienne, s’est rendu à New York peu après les événements du 11 septembre 2001 — sans autorisation de son employeur — pour participer aux opérations de recherche et de sauvetage à Ground Zero. Un quotidien a publié des articles indiquant que C s’était présenté sous un faux jour aux autorités new-yorkaises et qu’il avait possiblement nui aux opérations de sauvetage. C a entamé une action en libelle diffamatoire contre le journal et les journalistes. Au procès, les défendeurs ont invoqué la défense d’immunité relative, mais ne se sont pas appuyés sur la défense reconnue en Angleterre comme la défense de « journalisme responsable », laquelle n’avait pas encore été reconnue comme moyen de défense distinct par les tribunaux canadiens. Le juge de première instance a rejeté la défense d’immunité relative opposée par les défendeurs et a soumis l’affaire à l’appréciation du jury pour qu’il détermine si la défense de véracité devait être retenue. Le jury a conclu que la véracité de plusieurs, mais pas de la totalité, des imputations factuelles dans les articles avait été établie et a accordé des dommages-intérêts généraux à C. La Cour d’appel a confirmé la décision. La cour a saisi l’occasion pour reconnaître l’existence de la défense de journalisme responsable en droit ontarien, mais a conclu que les défendeurs n’avaient pas droit à un nouveau procès et à la protection du nouveau moyen de défense parce qu’ils n’ont pas soulevé ce moyen au procès.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et la tenue d’un nouveau procès est ordonnée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell : La défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public reconnue dans l’arrêt *Grant c. Torstar Corp.* s’applique lorsque la communication concerne une question d’intérêt public et, compte tenu des facteurs pertinents, lorsque le diffuseur s’est efforcé avec diligence de vérifier les allégations. En l’espèce, le critère de l’intérêt public a manifestement été rempli, puisque la population canadienne a un intérêt fondamental à connaître les fautes professionnelles commises par les personnes auxquelles l’État confie la tâche

to verify the allegations prior to publication, and it will be for the jury at a new trial to decide whether the articles met this standard of responsibility. [28] [31-32]

An appellate court may depart from the general rule and entertain a new issue where the interests of justice require it and where the court has a sufficient evidentiary record and findings of fact to do so. In this case, it is open to question whether the issue argued on appeal was genuinely “new” in the sense of being legally and factually distinct from the issues litigated at trial. The arguments on qualified privilege and responsible journalism were both directed toward the same fundamental question: whether the newspaper and its reporters enjoyed a privilege to publish the impugned material on grounds of public interest and due diligence. In any event, the deficiencies in the evidentiary foundation are largely immaterial in this case because the ultimate determination of responsibility is a matter for the jury, and a proper evidentiary record can be established at a new trial. [37] [39-41]

The interests of justice favour allowing the defendants the opportunity to avail themselves of the change in the law brought about by this litigation on a new trial. Under s. 134(6) of the Ontario *Courts of Justice Act*, a court hearing an appeal of a civil matter may only order a new trial if “some substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”. This test is met. The plaintiff will suffer no undue prejudice from a new trial other than costs. The defendants, on the other hand, would be seriously disadvantaged by being deprived of the opportunity to avail themselves of the responsible communication defence which their appeal was responsible for developing. If it turns out that the defence is found to apply to the articles in question, such a deprivation would amount to an injustice. Furthermore, the defendants’ conduct did not exhibit the absence of due diligence that the “no new issues on appeal” rule is meant to discourage. At the time of trial, it was by no means clear that the new defence of responsible communication would emerge as a “different jurisprudential creature” in English or Canadian law. It was therefore not unreasonable for the defendants to argue qualified privilege at trial, and later, on appeal, to contend for a broader elaboration of a responsible communication defence. [42-44] [47]

de protéger le public. La responsabilité des défendeurs dépend donc de la question de savoir s’ils ont fait preuve de diligence en tentant de vérifier les allégations avant qu’elles ne soient diffusées, et il appartiendra au jury, lors d’un nouveau procès, de déterminer si les articles respectaient la norme de la communication responsable. [28] [31-32]

Une cour d’appel peut s’écarter de la règle générale et entendre une nouvelle question lorsque l’intérêt de la justice l’exige et lorsque la cour dispose de conclusions de fait et d’un dossier factuel suffisant. En l’espèce, il est permis de se demander, si la question débattue en appel était véritablement une « nouvelle » question, c’est-à-dire une question différente sur les plans juridique et factuel de celles soulevées pendant le procès. Les arguments concernant l’immunité relative et le journalisme responsable se rapportaient tous deux à la même question fondamentale : le journal et ses journalistes jouissaient-ils du droit de publier les articles contestés pour des motifs d’intérêt public et en raison de la diligence raisonnable dont ils ont fait preuve. Quoi qu’il en soit, les lacunes du dossier factuel n’ont pour ainsi dire aucune importance en l’espèce étant donné qu’il appartient ultimement au jury de trancher la question de la responsabilité. Il est possible de constituer un dossier de preuve adéquat lors de la tenue du nouveau procès. [37] [39-41]

L’intérêt de la justice commande qu’on offre aux défendeurs la possibilité d’invoquer, dans le cadre d’un nouveau procès, la modification du droit engendrée par le litige. Aux termes du par. 134(6) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l’Ontario, le tribunal saisi d’un appel dans un dossier civil ne peut ordonner un nouveau procès que s’il y a « préjudice grave ou [. . .] erreur judiciaire ». Ce critère est rempli. Le demandeur ne subira pas de préjudice indu advenant la tenue d’un nouveau procès, si ce n’est des coûts qu’il générera. Les défendeurs, par contre, seraient considérablement désavantagés s’ils étaient privés de la possibilité d’invoquer la défense de communication responsable élaborée grâce à leur pourvoi. S’il s’avère que le moyen de défense s’applique aux articles en question, on créerait une injustice en empêchant que les défendeurs y recourent. En outre, on ne peut pas dire que les défendeurs n’ont pas fait preuve de diligence raisonnable, comportement que la règle « empêchant qu’une nouvelle question soit soulevée en appel » vise à décourager. Au moment du procès, il était loin d’être évident que la nouvelle défense de communication responsable verrait le jour en droit britannique ou en droit canadien en tant que « créature jurisprudentielle différente ». Il n’était donc pas déraisonnable que les défendeurs invoquent l’immunité relative au procès, et par la suite, en appel, qu’ils préconisent l’adoption d’une défense de communication responsable plus large. [42-44] [47]

*Per* Abella J.: As stated in the concurring reasons in the companion case of *Grant v. Torstar Corp.*, both steps in the responsible communication defence should be determined by the judge, with the jury determining factual disputes. Subject to those views, the Chief Justice's reasons and her decision to order a new trial were agreed with. [52]

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; **referred to:** *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Jameel v. Wall Street Journal Europe Sprl*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84; *Pereira v. Hamilton Township Farmers' Mutual Fire Insurance Co.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 690; *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652.

By Abella J.

**Referred to:** *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640.

### Statutes and Regulations Cited

*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(6).  
*Libel and Slander Act*, R.S.O. 1990, c. L.12, s. 14.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Sharpe and Blair J.J.A.), 2007 ONCA 771, 87 O.R. (3d) 241, 231 O.A.C. 277, 286 D.L.R. (4th) 196, 53 C.C.L.T. (3d) 122, 164 C.R.R. (2d) 284, [2007] O.J. No. 4348 (QL), 2007 CarswellOnt 7310, upholding a decision of Maranger J. and the jury award. Appeal allowed and new trial ordered.

*Richard G. Dearden and Wendy J. Wagner*, for the appellants.

*Ronald F. Caza, Jeff G. Saikaley and Mark C. Power*, for the respondent.

*La juge* Abella : Comme l'affirment les motifs concordants rendus dans le pourvoi connexe *Grant c. Torstar Corp.*, il revient au juge de trancher les deux volets du test applicable à la défense de communication responsable et au jury de décider des questions de fait. Sous réserve de ce point de vue, il est souscrit aux motifs de la Juge en chef et à sa décision d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. [52]

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêt appliqué :** *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; **arrêts mentionnés :** *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Jameel c. Wall Street Journal Europe Sprl*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84; *Pereira c. Hamilton Township Farmers' Mutual Fire Insurance Co.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 690; *Loutchansky c. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652.

Citée par la juge Abella

**Arrêt mentionné :** *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640.

### Lois et règlements cités

*Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, ch. L.12, art. 14.  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 134(6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Sharpe et Blair), 2007 ONCA 771, 87 O.R. (3d) 241, 231 O.A.C. 277, 286 D.L.R. (4th) 196, 53 C.C.L.T. (3d) 122, 164 C.R.R. (2d) 284, [2007] O.J. No. 4348 (QL), 2007 CarswellOnt 7310, qui a confirmé une décision du juge Maranger et l'octroi de dommages-intérêts par le jury. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*Richard G. Dearden et Wendy J. Wagner*, pour les appelants.

*Ronald F. Caza, Jeff G. Saikaley et Mark C. Power*, pour l'intimé.

*Peter M. Jacobsen and Adrienne Lee*, for the interveners the Globe and Mail.

*Paul B. Schabas, Iris Fischer and Erin Hoult*, for the intervener the Toronto Star Newspapers Limited.

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

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

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

*Peter A. Downard, Catherine M. Wiley and Dawn K. Robertson*, for the interveners Peter Grant and Grant Forest Products Inc.

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

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Overview

[1] This appeal, along with its companion case *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640 (released concurrently), requires the Court to consider whether the common law of defamation should be modified to accord stronger protection to defamatory statements of fact published responsibly.

[2] As explained in *Grant*, the time has come to recognize a new defence — the defence of responsible communication on matters of public interest.

*Peter M. Jacobsen et Adrienne Lee*, pour l'intervenant Globe and Mail.

*Paul B. Schabas, Iris Fischer et Erin Hoult*, pour l'intervenante Toronto Star Newspapers Limited.

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

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

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

*Peter A. Downard, Catherine M. Wiley et Dawn K. Robertson*, pour les intervenants Peter Grant et Grant Forest Products Inc.

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

LA JUGE EN CHEF —

## I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi, ainsi que le pourvoi connexe *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640 (rendu simultanément), porte sur la question de savoir s'il y a lieu de modifier les règles de common law en matière de diffamation afin d'offrir une plus grande protection aux énoncés de fait diffamatoires publiés de façon responsable.

[2] Comme il est expliqué dans *Grant*, le temps est venu de reconnaître un nouveau moyen de défense — la défense de communication responsable

The question on this appeal is whether the defendants should be able to avail themselves of it.

[3] The respondent in this Court, Danno Cusson, was a constable with the Ontario Provincial Police (“OPP”) who, shortly after the events of September 11, 2001, and without permission from his employer, travelled to New York City to assist with the search and rescue effort at Ground Zero. Initially, he was portrayed in the press as a hero, while the OPP was pilloried for demanding that he return to his duties in Ottawa. The *Ottawa Citizen* subsequently published three articles alleging that Cst. Cusson had misrepresented himself to the authorities in New York and possibly interfered with the rescue operation. Cst. Cusson brought this libel action against the newspaper, the reporters (the “Citizen defendants”), and OPP Staff Sgt. Penny Barager, who was a quoted source of information for the articles.

[4] At trial, the defendants pleaded qualified privilege. They disclaimed any separate reliance on the defence known in England as “responsible journalism” or “*Reynolds* privilege” — which, at the time, had not yet been recognized as a distinct defence by any Canadian court. With respect to two of the articles, the trial judge rejected the claim of privilege and put the case to the jury to decide whether the defence of truth had been made out. Answering a long list of factual questions which parsed the allegedly defamatory statements in considerable detail, the jury found that many, but not all, of the factual imputations in the articles had been proven true. It awarded Cst. Cusson \$100,000 in general damages against the Citizen defendants and \$25,000 against Staff Sgt. Barager. However, the jury also found no malice on the part of any of the defendants and declined to award any special, aggravated or punitive damages.

concernant des questions d’intérêt public. Il s’agit en l’espèce de déterminer si les défendeurs peuvent invoquer ce moyen de défense.

[3] L’intimé devant notre Cour, Danno Cusson, un agent de la Police provinciale de l’Ontario (« PPO »), s’est rendu à New York peu après les événements du 11 septembre 2001 — sans autorisation de son employeur — pour participer aux opérations de recherche et de sauvetage à Ground Zero. Dans la presse, on l’a d’abord décrit comme un héros, alors que la PPO a été clouée au pilori parce qu’elle exigeait qu’il reprenne ses fonctions à Ottawa. L’*Ottawa Citizen* a publié par la suite trois articles indiquant que l’agent Cusson s’était présenté sous un faux jour aux autorités new-yorkaises et qu’il avait possiblement nuï aux opérations de sauvetage. L’agent Cusson a entamé une action en libelle diffamatoire contre le journal et les journalistes (les « défendeurs Citizen ») ainsi que contre la sergente d’état-major de la PPO, Penny Barager, qui était citée comme source dans les articles.

[4] Au procès, les défendeurs ont invoqué la défense d’immunité relative. Ils ont renoncé à s’appuyer de façon spécifique sur la défense reconnue en Angleterre comme la défense de [TRADUCTION] « journalisme responsable » ou d’« immunité fondée sur l’arrêt *Reynolds* » — laquelle n’avait pas encore été reconnue comme moyen de défense distinct par les tribunaux canadiens. Le juge de première instance a rejeté la défense d’immunité en ce qui a trait à deux des articles et a soumis l’affaire à l’appréciation du jury pour qu’il détermine si la défense de véracité devait être retenue. Après avoir répondu à une longue liste de questions factuelles, permettant d’analyser en profondeur les déclarations que le demandeur alléguait être diffamatoires, le jury a conclu que la véracité de plusieurs, mais pas de la totalité, des imputations factuelles dans les articles avait été établie. Il a condamné les défendeurs Citizen à verser des dommages-intérêts généraux de 100 000 \$ à l’agent Cusson et la sergente d’état-major Penny Barager à lui verser la somme de 25 000 \$. Il a cependant conclu qu’il n’avait pas été établi que les défendeurs avaient fait preuve de malveillance et il a refusé d’accorder des dommages-intérêts spéciaux, majorés ou punitifs.

[5] The Court of Appeal, *per* Sharpe J.A., took the opportunity to establish a responsible journalism defence in Ontario law. However, it denied the defendants the protection of the defence in this case because they had not advanced it at trial.

[6] For the reasons that follow, in my view, the Citizen defendants should have an opportunity to avail themselves of the new defence. I would allow the appeal and order a new trial.

## II. Facts

[7] The facts of this case are unusual. In the course of two weeks in September, 2001, OPP Cst. Danno Cusson went from being lauded as a hero for his post-9/11 rescue efforts to being derided in the press as a dishonest attention-seeker. The accuracy of these competing characterizations was hotly contested at trial. In view of my disposition of this case, I will say no more than is necessary to provide context for the legal issues that arise.

[8] This much is uncontroversial. Following the attacks of September 11, the OPP had volunteered its assistance to New York authorities through official channels, but the offer had been declined. Nonetheless, Cst. Cusson made his way from Ottawa to Manhattan with his pet dog Ranger, presenting himself as a search and rescue volunteer to the police authorities at Ground Zero. When the OPP ordered him to return to his post near Ottawa, Cst. Cusson tendered his resignation to the force (he later withdrew his resignation and went on medical leave).

[9] Cst. Cusson gave a number of media interviews and was portrayed as a hero for his efforts. There were reports that he had helped find and rescue two businessmen from the rubble. However, as the Citizen would later report, at some point

[5] La Cour d'appel, sous la plume du juge Sharpe, a saisi l'occasion pour reconnaître l'existence de la défense de journalisme responsable en droit ontarien. Toutefois, elle a nié le droit aux défendeurs de faire valoir ce moyen de défense en l'espèce parce qu'ils ne l'avaient pas invoqué au procès.

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les défendeurs Citizen devraient se voir accorder la possibilité de faire valoir ce nouveau moyen de défense. J'accueillerais donc le pourvoi et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

## II. Faits

[7] Les faits de la présente affaire sont inusités. Au mois de septembre 2001, sur une période de deux semaines, l'agent Danno Cusson de la PPO a d'abord été proclamé héros pour sa participation aux opérations de sauvetage ayant suivi les événements du 11 septembre, puis fortement dénigré par la presse en tant que personne malhonnête cherchant à attirer l'attention. L'exactitude de ces descriptions divergentes a été contestée avec énergie au procès. Compte tenu de la conclusion à laquelle j'arrive, je ne dirai dans mon aperçu des faits que ce qui est nécessaire pour fournir le contexte des questions juridiques en jeu.

[8] Les faits suivants, à tout le moins, ne sont pas contestés. Après les attaques du 11 septembre, la PPO s'est portée volontaire par les voies officielles pour aider les autorités new-yorkaises. Son offre a toutefois été déclinée. L'agent Cusson est quand même parti d'Ottawa et a réussi à se rendre avec son chien Ranger à Manhattan, où il s'est présenté comme un bénévole de recherche et sauvetage aux autorités policières se trouvant à Ground Zero. Lorsque la PPO lui a ordonné de retourner au travail, près d'Ottawa, l'agent Cusson a remis sa démission (il l'a par la suite retirée et s'est absenté pour des raisons médicales).

[9] L'agent Cusson a donné plusieurs entrevues aux médias et a été dépeint comme un héros en raison de sa participation aux opérations. Des reportages ont mentionné qu'il avait aidé à trouver et à secourir deux hommes d'affaires qui se trouvaient

Cst. Cusson was barred from the World Trade Center site by the New York authorities. With this yet unknown, the OPP was widely criticized for its apparent callousness in failing to support his initiative and insisting that he return to work. Cst. Cusson received public support from a variety of media outlets and at least one provincial politician.

[10] On September 25, the *Citizen* published an article by Douglas Quan headlined “‘Renegade’ OPP officer under fire”. It began:

A Kanata OPP officer who has been hailed as a “hero” for his efforts to find survivors of the World Trade Center disaster may have compromised the search and rescue mission after he is alleged to have misled New York State Police into thinking he was a fully trained K-9 handler with the RCMP, the *Citizen* has learned.

[11] In the article, Sgt. Tim Fischer of the New York State Police described how Cst. Cusson had identified himself as a member of the RCMP and tried to explain why his business card said OPP. Sgt. Fischer was quoted as saying, “The next time I see him, I’m going to arrest him”. Other New York officials described how they had become suspicious of Cst. Cusson’s qualifications and eventually banned him from the site. Cst. Cusson was reportedly angry at having his access revoked.

[12] The article also quoted Cst. Cusson’s supervisor, Staff Sgt. Penny Barager, confirming that Cusson had never been a member of the RCMP nor had he been trained in K-9 rescue operations. She called his actions “heroic” but cautioned that officers cannot be permitted to go on “renegade missions”. She said that Cusson had violated two OPP policies when he took his uniform

dans les décombres. Toutefois, comme le *Citizen* allait plus tard le rapporter, à un certain moment, les autorités new-yorkaises ont interdit à l’agent Cusson l’accès au site du World Trade Center. Avant que ce fait ne soit connu, la PPO a été largement critiquée pour s’être montrée en apparence insensible en refusant d’appuyer l’initiative de son agent et en insistant pour que ce dernier revienne au travail. L’agent Cusson a reçu l’appui du public par le truchement de divers médias et d’au moins un politicien provincial.

[10] Le 25 septembre, le *Citizen* a publié un article de Douglas Quan intitulé [TRADUCTION] « Un agent insoumis de la PPO essuie de vives critiques ». Il débutait comme suit :

[TRADUCTION] Le *Citizen* a appris qu’un agent de la PPO de Kanata, qui avait été acclamé comme un « héros » pour les efforts qu’il avait déployés pour trouver des survivants après le désastre du World Trade Center, aurait pu compromettre la mission de recherche et de sauvetage après avoir apparemment faussement fait croire au service de police de l’État de New York qu’il était un maître-chien de la GRC ayant une formation K9 complète.

[11] L’article reprend les propos du sergent Tim Fischer de la police de l’État de New York qui a décrit comment l’agent Cusson s’était fait passer pour un agent de la GRC et comment il a tenté d’expliquer pourquoi sa carte professionnelle faisait mention de la PPO. Les propos suivants du sergent Fischer ont été cités : [TRADUCTION] « La prochaine fois que je le vois, je l’arrête. » D’autres représentants des autorités new-yorkaises ont indiqué comment elles en étaient venues à douter des compétences de l’agent Cusson et à lui interdire l’accès au site. Cette interdiction aurait mis l’agent Cusson en colère.

[12] L’article rapportait également les propos de la superviseure de l’agent Cusson, la sergente d’état-major Penny Barager, qui confirmait que l’agent Cusson n’avait jamais été membre de la GRC ni reçu de formation en recherche et sauvetage à l’aide d’un chien. Elle a qualifié ses actions d’[TRADUCTION] « héroïques », mais a ajouté qu’on ne pouvait permettre aux agents de se lancer dans

and service pistol out of the country without prior authorization.

[13] Mr. Quan had contacted Cst. Cusson prior to publication to get his side of the story. In the article, Cst. Cusson was quoted as denying that he had ever worn an RCMP uniform or otherwise misrepresented himself to the New York authorities. Referring to his military background, he said, “I have army blood in me. I guess it took over my police responsibility”. While admitting no wrongdoing, he expressed the hope that he had not “tarnished the image of my force”.

[14] The article concluded by referring to media reports that Cst. Cusson and his dog Ranger had discovered two men in business suits alive in the debris.

[15] The following day, September 26, the Citizen published a follow-up article by Kelly Egan headlined “OPP apologizes for Cusson ‘fiasco’”. It revealed that Staff Sgt. Barager had spoken to Sgt. Fischer and apologized to New York police for Cst. Cusson’s behaviour. The remainder of the piece covered much the same ground as the previous article — most importantly, that he had “misrepresented himself and may have hampered early rescue efforts”.

[16] Finally, on October 11, the Citizen published an article by Don Campbell entitled “OPP’s Cusson faces internal investigation”. Besides repeating the earlier allegations, it reported that Staff Sgt. Barager planned to file a complaint over Cst. Cusson’s conduct. Cusson, it said, was not available for further comment.

[TRANSDUCTION] « des missions qui font d’eux des insoumis ». Elle a en outre indiqué que l’agent Cusson avait contrevenu à deux politiques la PPO en apportant sans autorisation son uniforme et son arme de service en dehors du pays.

[13] M. Quan avait communiqué avec l’agent Cusson avant la publication pour obtenir sa version des faits. L’article citait ce dernier qui avait dit ne jamais avoir porté un uniforme de la GRC ni avoir autrement donné des renseignements erronés sur son identité aux autorités new-yorkaises. Voici ce qu’il a affirmé en se référant à son expérience militaire : [TRANSDUCTION] « Je suis un militaire dans l’âme. Je pense que cela l’a emporté sur mes responsabilités de policier. » Sans admettre avoir commis d’écarts de conduite, il a ajouté qu’il espérait ne pas avoir « terni l’image de son service ».

[14] Selon la conclusion de l’article, des médias avaient rapporté que l’agent Cusson et son chien Ranger avaient découvert, dans les décombres, deux hommes, vêtus de complets, encore en vie.

[15] Le jour suivant, soit le 26 septembre, le Citizen a publié un suivi d’article rédigé par Kelly Egan et intitulé [TRANSDUCTION] « La PPO présente des excuses pour le “fiasco” Cusson ». Il y était indiqué que la sergente d’état-major Barager avait parlé au sergent Fischer et s’était excusée de la conduite de l’agent Cusson auprès du service de police de l’État de New York. Le reste du texte reprenait les sujets abordés dans l’article précédent — plus particulièrement qu’il [TRANSDUCTION] « s’était présenté sous un faux jour et aurait pu gêner les premiers efforts de sauvetage ».

[16] Enfin, le 11 octobre, le Citizen a publié un article de Don Campbell intitulé [TRANSDUCTION] « L’agent Cusson de la PPO risque de faire l’objet d’une enquête interne ». On y reprenait les allégations antérieures et on y rapportait que la sergente d’état-major Barager avait l’intention de déposer une plainte relativement à la conduite de l’agent Cusson. On y précisait, en outre, que l’agent Cusson n’était pas disponible pour commenter davantage ces faits.

### III. Judicial History

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

[17] After both sides had called their evidence at trial, the defendants asked the judge to rule that the three articles were protected by qualified privilege. Reviewing the Canadian and English authorities, the trial judge observed that the law in this area was in a state of flux and that the door had been opened to extending qualified privilege to media publications in limited circumstances. With respect to the Quan and Egan articles, he held that there was no “compelling, moral or social duty to publish” them. In the trial judge’s view, they were “certainly of public interest”, but not “to the extent that they needed to be heard”. He therefore held that qualified privilege did not apply.

[18] The trial judge reached a different conclusion with respect to the Don Campbell article. Drawing an analogy to the qualified privilege for reports of pending court proceedings elaborated in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, he held that the privilege must also cover the Citizen’s report of the pending disciplinary action against Cst. Cusson. The part of the action dealing with the Campbell article was therefore dismissed.

[19] The case went to the jury, primarily on the basis of fair comment and justification, with respect to the first two articles. The jury was provided with a detailed special verdict form comprising 151 questions. This questionnaire went through each impugned statement in the Quan and Egan articles, asking the jury to rule on their meaning, defamatory content, truth, and status as fact or opinion. The jury was also provided with a general verdict form, presumably in order to comply with s. 14 of the Ontario *Libel and Slander Act*, R.S.O. 1990, c. L.12, which provides that a jury in a defamation

### III. Historique judiciaire

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

[17] Après que les deux parties eurent présenté leur preuve respective lors du procès, les défendeurs ont demandé au juge de déclarer que les trois articles étaient protégés par une immunité relative. Ayant examiné la doctrine et la jurisprudence canadiennes et anglaises, le juge de première instance a constaté que ce domaine du droit est en constante évolution et qu’on avait ouvert la voie, dans certaines circonstances, à la reconnaissance d’une immunité relative plus étendue pour les publications de la presse. En ce qui concerne les articles de Douglas Quan et de Kelly Egan, il a conclu qu’il n’y avait aucune [TRADUCTION] « obligation impérieuse, morale ou sociale de [les] publier ». À son avis, ils étaient « certainement d’intérêt public », mais pas « à un point tel qu’ils devaient être entendus ». Il a donc conclu que les articles en question n’étaient pas protégés par l’immunité relative.

[18] Le juge de première instance a tiré une conclusion différente en ce qui concerne l’article de Don Campbell. Faisant une analogie avec les principes de l’immunité relative qui protègent les articles relatifs aux procédures en cours élaborés dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, il a conclu que l’immunité devait également protéger les articles du Citizen concernant les mesures disciplinaires pendantes contre l’agent Cusson. La portion du recours visant l’article de Don Campbell a donc été rejetée.

[19] L’affaire a été soumise au jury, qui devait principalement déterminer si les défenses de justification et de commentaire loyal s’appliquaient aux deux premiers articles. Le jury a reçu un formulaire détaillé de verdict particulier comportant 151 questions. Dans ce questionnaire, on demandait au jury de déterminer le sens de chacune des déclarations contestées figurant dans les articles de Douglas Quan et de Kelly Egan, ainsi que de se prononcer sur leur caractère diffamatoire, sur leur véracité et sur la question de savoir s’il s’agissait d’énoncés d’opinion ou d’énoncés de fait. On a aussi remis

action “may give a general verdict upon the whole matter in issue in the action”. The jury chose to render a special verdict, ruling on each of the identified statements.

[20] The jury found that the lead paragraph of the September 25 article, quoted above, was fair comment.

[21] Asked to rule on the truth of each of the impugned factual statements and imputations, the jury found that the defendants had proven the following facts:

- the plaintiff had failed in his duties as an OPP officer and abandoned his responsibilities without justification;
- neither the plaintiff nor his dog had received formal training in search and rescue operations;
- Sgt. Fischer or someone else intended to arrest the plaintiff;
- the plaintiff misled Sgt. Fischer into thinking he was an RCMP officer;
- the plaintiff was trying to give the impression that he was an RCMP officer.

[22] However, the jury also found that the following imputations had *not* been proven:

- the plaintiff may have compromised the World Trade Center rescue effort;
- the plaintiff deliberately misled the New York police by representing himself as a trained RCMP K-9 officer;
- the plaintiff had no search and rescue training;

aux jurés un formulaire de verdict général, selon toute vraisemblance, pour satisfaire aux exigences de l’art. 14 de la *Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, ch. L.12, qui prévoit qu’un jury appelé à juger une action en diffamation « peut rendre un verdict général sur l’ensemble de la question en litige ». Le jury a choisi de prononcer un verdict particulier, et donc de se prononcer sur chacune des déclarations relevées.

[20] Le jury a conclu que le chapeau de l’article du 25 septembre, reproduit ci-devant, constituait un commentaire loyal.

[21] Ayant été appelé à juger de la véracité de chacune des déclarations et imputations factuelles contestées, le jury est arrivé à la conclusion que les défendeurs avaient établi les faits suivants :

- le demandeur avait manqué à ses devoirs en tant qu’agent de la PPO et avait abdiqué ses responsabilités sans justification;
- ni le demandeur ni son chien n’avaient reçu de formation officielle les habitant à participer à des opérations de recherche et de sauvetage;
- le sergent Fischer — ou une autre personne — avait l’intention de procéder à l’arrestation du demandeur;
- le demandeur avait fait croire au sergent Fischer qu’il était un agent de la GRC;
- le demandeur essayait de se faire passer pour un agent de la GRC.

[22] Toutefois, le jury a aussi conclu que les imputations suivantes *n’avaient pas* été établies :

- le demandeur avait peut-être compromis les efforts de sauvetage dans les décombres du World Trade Center;
- le demandeur avait délibérément trompé le service de police de New York en se présentant comme un maître-chien de la GRC;
- le demandeur n’avait pas de formation en recherche et sauvetage;

- the plaintiff told Sgt. Fischer that he was an RCMP officer and his dog had received training;
  - the plaintiff had concealed his true identity;
  - the plaintiff asked to be told about the most elementary dog handling techniques and could not carry out even the simplest manoeuvres with his dog;
  - the plaintiff was responsible for a supposed “fiasco”;
  - the plaintiff’s actions embarrassed the OPP and may have harmed the force’s reputation.
- le demandeur avait dit au sergent Fischer qu’il était un agent de la GRC et que son chien avait été dressé;
  - le demandeur avait caché sa véritable identité;
  - le demandeur avait voulu qu’on le renseigne sur les techniques élémentaires de dressage et il n’avait pas été en mesure d’effectuer les manœuvres les plus simples avec son chien;
  - le demandeur était responsable d’un soi-disant « fiasco »;
  - le demandeur, par ses actions, avait mis la PPO dans l’embarras et vraisemblablement nui à la réputation du service.

[23] As can be seen, these findings are somewhat difficult to reconcile with one another. On the one hand, the jury found that Cst. Cusson misled Sgt. Fischer into thinking he was an RCMP officer; on the other, it declined to find that Cst. Cusson told the New York authorities that he was an RCMP officer who had received the necessary training. Overall, the jury seems to have taken the view that Cst. Cusson misled the authorities in New York, but that he did not act as deliberately or mendaciously as the articles suggested.

[23] Comme on peut le voir, ces conclusions sont plutôt difficiles à concilier. Le jury a conclu, d’une part, que l’agent Cusson avait induit le sergent Fischer en erreur en lui faisant croire qu’il était un agent de la GRC, mais il a refusé, d’autre part, de conclure que l’agent Cusson avait dit aux autorités new-yorkaises qu’il était un agent de la GRC possédant la formation nécessaire. De façon générale, le jury semble avoir conclu que l’agent Cusson avait induit les autorités new-yorkaises en erreur, mais qu’il n’avait pas agi délibérément ou fallacieusement, comme le suggéraient les articles.

[24] The jury found that there was no “actual malice” on the part of any of the defendants. It awarded the plaintiff \$100,000 in general damages against the *Ottawa Citizen* and \$25,000 against Penny Barager. It declined to award any special, aggravated or punitive damages.

[24] Le jury a conclu à l’absence de « malveillance véritable » de la part des défendeurs. Il a condamné l’*Ottawa Citizen* et Penny Barager à verser des dommages-intérêts généraux de 100 000 \$ et 25 000 \$ respectivement. Il a refusé d’accorder des dommages-intérêts spéciaux, majorés ou punitifs.

B. *Court of Appeal for Ontario (Weiler, Sharpe and Blair JJ.A.) (2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277)*

B. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Weiler, Sharpe et Blair) (2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277)*

[25] The Court of Appeal, *per* Sharpe J.A., undertook an extensive review of the Canadian law of qualified privilege as well as the more recent developments in other common law jurisdictions (its reasons for judgment are discussed more fully in *Grant*). The court concluded that the existing

[25] La Cour d’appel, sous la plume du juge Sharpe, a examiné de façon approfondie les règles appliquées au Canada en matière d’immunité relative ainsi que les développements plus récents dans d’autres ressorts de common law (les motifs de la Cour d’appel sont examinés plus en détail dans

law should be developed in order to give “appropriate recognition and weight to the *Charter* values of freedom of expression and freedom of the media without unduly minimizing the value of protecting individual reputation” (para. 140). Drawing particularly on the House of Lords’ decisions in *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, and *Jameel v. Wall Street Journal Europe Sprl*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, it determined that a new defence of responsible journalism on matters of public interest should be recognized in Ontario.

[26] However, in light of the position taken by the defendants at trial, Sharpe J.A. considered it inappropriate either to apply the defence or to order a new trial. In his view, it would be unjust to allow the defendants a second “bite at the cherry”, citing *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at para. 18. The court therefore dismissed the appeal.

[27] The defendants (appellants in this Court) now appeal, asking this Court to enter judgment in their favour based on the new defence recognized below. The plaintiff Mr. Cusson, contends that the introduction of a new defence is unwarranted, but in the result asks this Court to dismiss the appeal and confirm the trial judgment in his favour.

#### IV. Analysis

##### A. *The Defence of Responsible Communication on Matters of Public Interest*

[28] In *Grant*, at para. 126, we hold that the defence of responsible communication on matters of public interest applies where:

l’arrêt *Grant*). Elle a conclu que les règles applicables devraient être étoffées de façon à reconnaître « les valeurs de la *Charte* en matière de liberté d’expression et de liberté des médias, et [à] leur accorde[r] un poids approprié sans minimiser indûment la valeur de la protection de la réputation individuelle » (par. 140). S’appuyant plus particulièrement sur les arrêts *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, et *Jameel c. Wall Street Journal Europe Sprl*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, rendus par la Chambre des lords, la Cour d’appel a conclu qu’il y avait lieu de reconnaître un nouveau moyen de défense en droit ontarien, soit la défense de journalisme responsable concernant des questions d’intérêt public.

[26] Toutefois, vu la position prise par les défendeurs lors du procès, le juge Sharpe a estimé qu’il était inapproprié d’appliquer la défense de journalisme responsable ou d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Citant *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, par. 18, il a estimé qu’il serait injuste de permettre que les défendeurs aient droit à une seconde « tentative ». La cour a donc rejeté l’appel.

[27] Les défendeurs (appelants devant la présente Cour) se pourvoient devant notre Cour et sollicitent un jugement en leur faveur sur le fondement du nouveau moyen de défense dont l’existence est reconnue plus loin. Le demandeur, M. Cusson, soutient qu’il n’y a pas lieu d’introduire un nouveau moyen de défense, mais, en définitive, il demande à notre Cour de rejeter le pourvoi et de confirmer le jugement de première instance, qui lui était favorable.

#### IV. Analyse

##### A. *La défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public*

[28] Au paragraphe 126 de *Grant*, nous statuons que la défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public s’applique dans les cas suivants :

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>A. The publication is on a matter of public interest, and</p> <p>B. The publisher was diligent in trying to verify the allegation, having regard to:</p> <p>(a) the seriousness of the allegation;</p> <p>(b) the public importance of the matter;</p> <p>(c) the urgency of the matter;</p> <p>(d) the status and reliability of the source;</p> <p>(e) whether the plaintiff's side of the story was sought and accurately reported;</p> <p>(f) whether the inclusion of the defamatory statement was justifiable;</p> <p>(g) whether the defamatory statement's public interest lay in the fact that it was made rather than its truth ("reportage"); and</p> <p>(h) any other relevant circumstances.</p> | <p>A. La communication concerne une question d'intérêt public, et</p> <p>B. Le diffuseur s'est efforcé avec diligence de vérifier les allégations, compte tenu des facteurs suivants :</p> <p>a) la gravité de l'allégation;</p> <p>b) l'importance de la question pour le public;</p> <p>c) l'urgence de la question;</p> <p>d) la nature et la fiabilité des sources;</p> <p>e) la question de savoir si l'on a demandé et rapporté fidèlement la version des faits du demandeur;</p> <p>f) la question de savoir si l'inclusion de l'énoncé diffamatoire était justifiable;</p> <p>g) la question de savoir si l'intérêt public de l'énoncé diffamatoire réside dans l'existence même de l'énoncé, et non dans sa véracité (« relation de propos »);</p> <p>h) toute autre considération pertinente.</p> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

[29] The judge decides whether the publication was on a matter of public interest. If so, the jury then decides whether the standard of responsibility has been met.

[29] Le juge décide si la communication concerne une question d'intérêt public. Si oui, le jury détermine ensuite si la norme de la communication responsable a été respectée.

[30] When determining responsibility, the jury must consider the broad thrust of the publication as a whole rather than minutely parsing individual statements. However, where, as here, the publication arguably includes statements of both fact and opinion, the trial judge may deem it necessary to isolate individual statements for the jury's consideration so it can decide in turn on the applicability of fair comment and responsible communication. While the special verdict form given to the jury in this case was arguably too long and complex, some itemization of individual statements in the judge's charge to the jury and (if there is one) the special verdict form may be the preferable course to follow in applying the different

[30] Pour déterminer s'il a été satisfait à la norme de la communication responsable, le jury doit tenir compte de l'ensemble du message véhiculé par la communication, plutôt que d'analyser dans les moindres détails chacune des déclarations. Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, on peut soutenir que la communication contient à la fois des énoncés d'opinion et des énoncés de fait, le juge de première instance peut juger nécessaire d'isoler les déclarations de sorte que le jury puisse décider pour chacune d'entre elles si les critères du commentaire loyal et de la communication responsable sont applicables. Bien qu'on puisse prétendre que le formulaire de verdict particulier remis au jury en l'espèce était trop long et complexe, il est possible

defences. That said, as was done here, an Ontario libel jury must have the option of rendering a general verdict by virtue of the *Libel and Slander Act*, s. 14.

[31] In this case, the public interest test is clearly met. The Canadian public has a vital interest in knowing about the professional misdeeds of those who are entrusted by the state with protecting public safety. While the subject of the *Ottawa Citizen* articles was not political in the narrow sense, the articles touched on matters close to the core of the public's legitimate concern with the integrity of its public service. When Cst. Cusson represented himself to the New York authorities and the media as an OPP or RCMP officer, he sacrificed any claim to be engaged in a purely private matter. News of his heroism was already a matter of public record; there is no reason that legitimate questions about the validity of this impression should not have been publicized too.

[32] That being the case, the defendants' liability hinges on whether they were diligent in trying to verify the allegations prior to publication. As explained below, it will be for the jury at a new trial to decide whether the articles met the standard of responsibility articulated in *Grant*. Further evidence of the steps taken by Quan and Egan may have to be adduced in order to provide a satisfactory record upon which their conduct can be judged.

B. *Should the Defendants Have the Opportunity to Avail Themselves of the New Defence?*

[33] The Court of Appeal deemed the responsible journalism or responsible communication defence

que le recours à une liste de déclarations distinctes dans l'exposé du juge au jury et (le cas échéant) le formulaire de verdict particulier soit la meilleure façon d'indiquer au jury comment appliquer les moyens de défense invoqués. Cela étant dit, comme ce fut le cas dans la présente affaire, un jury appelé à entendre en Ontario une affaire de libelle doit, en vertu de l'art. 14 de la *Loi sur la diffamation*, avoir le choix de rendre un verdict général.

[31] En l'espèce, le critère de l'intérêt public a manifestement été rempli. La population canadienne a un intérêt fondamental à connaître les fautes professionnelles commises par les personnes auxquelles l'État confie la tâche de protéger le public. Certes, le sujet des articles du *Ottawa Citizen* n'était pas politique au sens étroit du terme, mais ils touchaient des questions au cœur des préoccupations légitimes de la population en ce qui concerne l'intégrité de ses services publics. Lorsque l'agent Cusson s'est présenté auprès des autorités new-yorkaises et des médias en tant qu'agent de la PPO ou de la GRC, il a renoncé à toute possibilité de faire valoir qu'il s'agissait d'une affaire purement privée. La nouvelle de ses actes d'héroïsme était déjà du domaine public; il n'y avait donc pas de raison de s'abstenir de rendre publiques les questions légitimes portant sur le bien-fondé de l'impression qu'il avait produite.

[32] Cela étant, la responsabilité des défendeurs dépend de la question de savoir s'ils ont fait preuve de diligence en tentant de vérifier les allégations avant qu'elles ne soient diffusées. Comme nous le verrons ultérieurement, il appartiendra au jury, lors d'un nouveau procès, de déterminer si les articles respectaient la norme de la communication responsable énoncée dans l'arrêt *Grant*. Pour constituer un dossier permettant de se prononcer sur la conduite de Douglas Quan et de Kelly Egan, il pourrait être nécessaire que les défendeurs présentent des éléments de preuve additionnels concernant les démarches que les deux journalistes ont effectuées.

B. *Les défendeurs devraient-ils avoir la possibilité de se prévaloir du nouveau moyen de défense?*

[33] La Cour d'appel a jugé que la défense de journalisme responsable ou de communication

to be a “new issue” raised on appeal for the first time. Applying the jurisprudence on when such an argument should be entertained, it concluded that allowing the defendants to benefit from the new defence would be to give them an impermissible second “bite at the cherry”.

[34] I have some difficulty with how the Court of Appeal characterized the problem arising from the defendants’ new argument on appeal. First, from a procedural point of view, it seems to me that the Court of Appeal *did* in fact allow the “new issue” of responsible journalism to be raised on appeal. Indeed, it broke new jurisprudential ground on precisely this issue. And, as will be explained, it is open to question how “new” this issue really was, considering the defences pleaded at trial.

[35] Second, from a substantive perspective, the new defence was properly before the Court of Appeal and, in principle, available to the defendants.

[36] The general rule, applied by the Court of Appeal, is that a new issue may not be raised on appeal. However, the authorities shed light on the circumstances in which appellate courts should make an exception to the rule. In *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, at p. 539, Duff J. (as he then was) observed:

A court of appeal, I think, should not give effect to such a point taken for the first time in appeal, unless it be clear that, had the question been raised at the proper time, no further light could have been thrown upon it.

See also: *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, at para. 16, *per* L’Heureux-Dubé J. (dissenting in part); *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, at paras. 32-33, *per* Binnie J.

responsable était une « nouvelle question », soulevée pour la première fois en appel. Appliquant la jurisprudence sur la question de savoir à quel moment un tel argument devrait être examiné, elle a conclu qu’on donnerait aux défendeurs injustement droit à une seconde « tentative » en leur permettant de faire valoir le nouveau moyen de défense.

[34] Selon moi, la façon dont la Cour d’appel qualifie le problème qui se pose du fait que les défendeurs ont présenté un nouvel argument en appel soulève des difficultés. Premièrement, d’un point de vue procédural, il semble que la Cour d’appel *ait* effectivement permis que la « nouvelle question » du journalisme responsable soit soulevée devant elle. Elle a d’ailleurs créé un précédent jurisprudentiel justement sur ce point. En outre, comme je l’expliquerai ultérieurement, il est permis de se demander dans quelle mesure cette question était réellement « nouvelle » compte tenu des moyens de défense invoqués au procès.

[35] Deuxièmement, sur le plan du fond, la Cour d’appel a été régulièrement saisie de la question du nouveau moyen de défense dont, en principe, les défendeurs pouvaient se prévaloir.

[36] Selon la règle générale, appliquée par la Cour d’appel, il n’est pas permis de soulever une nouvelle question en appel. Cependant, la doctrine et la jurisprudence nous éclairent quant aux circonstances dans lesquelles les tribunaux d’appel devraient faire une exception à la règle. Dans *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, p. 539, le juge Duff (plus tard Juge en chef) fait la remarque suivante :

[TRADUCTION] Selon moi, un tribunal d’appel ne devrait pas recevoir un tel argument soulevé pour la première fois en appel, à moins qu’il ne soit clair que, même si la question avait été soulevée en temps opportun, elle n’aurait pas été éclaircie davantage.

Voir également : *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, par. 16, la juge L’Heureux-Dubé (dissidente en partie); *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, par. 32-33, le juge Binnie.

[37] Further guidance as to the appropriate test is provided by *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84, relied on by Sharpe J.A. below. There, the Ontario Court of Appeal explained the circumstances in which an exception will be made to the rule:

An appellate court may depart from this ordinary rule and entertain a new issue where the interests of justice require it and where the court has a sufficient evidentiary record and findings of fact to do so. [para. 102]

[38] Applying this test, the preliminary question is whether the Citizen defendants in fact raised a “new issue” in arguing responsible journalism on appeal. If so, then the question becomes whether the evidentiary record and the interests of justice support granting an exception to the general rule.

[39] In this case it was much less clear than in *Wasauksing First Nation* that the issue argued on appeal was genuinely “new” in the sense of being legally and factually distinct from the issues litigated at trial. Though Sharpe J.A. is right that the focus of the inquiry under the new defence is different from the focus under qualified privilege, there is considerable overlap. Much of the evidence adduced to demonstrate qualified privilege and malice would also be relevant to responsible communication. For example, in attempting to refute any suggestion of malice, the defendants led evidence from Douglas Quan which showed some of the steps he took to verify the allegations. Importantly, he talked to Cst. Cusson and gave him the opportunity to tell his side of the story. Cusson’s denials were included in the article.

[40] All this is to say that the issue on appeal — responsible journalism — did not raise entirely new

[37] L’arrêt *Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84, sur lequel s’appuie le juge Sharpe, fournit d’autres précisions sur le test applicable. Dans cet arrêt, la Cour d’appel de l’Ontario explique les circonstances dans lesquelles une exception à la règle sera admise :

[TRADUCTION] Une cour d’appel peut s’écarter de la règle habituellement applicable et entendre une nouvelle question lorsque l’intérêt de la justice l’exige et lorsque la cour dispose de conclusions de fait et d’un dossier factuel suffisant. [par. 102]

[38] Dans l’application de ce test, la question préliminaire qui se pose est celle de savoir si les défendeurs Citizen ont effectivement soulevé une « nouvelle question » lorsqu’ils ont présenté des arguments portant sur le journalisme responsable en appel. Dans l’affirmative, il faut déterminer si la preuve versée au dossier et les intérêts de la justice justifient que le tribunal applique l’exception à la règle générale.

[39] Dans le présent pourvoi, il était beaucoup moins évident que dans l’arrêt *Wasauksing First Nation* que la question débattue en appel était véritablement une « nouvelle » question, c’est-à-dire une question différente sur les plans juridique et factuel de celles soulevées pendant le procès. Bien que le juge Sharpe ait raison de dire que l’objet central de l’examen auquel le tribunal doit procéder diffère selon qu’il se penche sur le nouveau moyen de défense ou sur la défense d’immunité relative, les deux processus se recoupent considérablement. Une large part de la preuve portée à l’attention du tribunal en ce qui concerne l’immunité relative et la malveillance serait également pertinente pour décider s’il y a lieu d’accepter la défense de communication responsable. À titre d’exemple, en tentant de réfuter les allégations de malveillance, les défendeurs se sont appuyés sur le témoignage de Douglas Quan où il était question de certaines des mesures qu’il a prises pour vérifier les allégations en question. Fait important, il a parlé à l’agent Cusson et il lui a fourni l’occasion de lui faire part de sa version des événements. Les démentis de l’agent Cusson ont été rapportés dans l’article.

[40] Bref, le point en litige en appel — le journalisme responsable — ne soulevait pas des questions

factual matters without any basis in the evidence. The arguments on qualified privilege and responsible journalism were both directed toward the same fundamental question: whether the Citizen enjoyed a privilege to publish the impugned material on grounds of public interest and due diligence.

[41] In any event, the deficiencies in the evidentiary foundation are largely immaterial because, as held in *Grant*, the ultimate determination of responsibility is a matter for the jury. Since Sharpe J.A. took the view (following *Reynolds* and *Jameel*) that the new defence would be a matter for the judge, he did not consider ordering a new trial so that a jury could entertain the new defence. However, the gaps in the evidentiary record with respect to responsible communication are of less concern if the relevant option is a new trial rather than appellate application of the defence. A proper evidentiary record can be established at a new trial.

[42] The remaining question is whether the interests of justice favour allowing the defendants the opportunity to avail themselves of the change of the law brought about by this litigation on a new trial.

[43] In my opinion, they do. In Ontario, a court hearing an appeal of a civil matter may only order a new trial if “some substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”: *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(6). This is arguably a higher standard than that for raising a new issue on appeal, but similar considerations apply. The appellant must demonstrate that “the case was not fairly put to the jury, as, for example, where the charge leaves the jury with a misapprehension as to the applicable legal principles”, that the jury charge was “materially deficient”, or that “the law was not clearly stated on a critical issue”: *Pereira v. Hamilton Township Farmers’ Mutual Fire*

factuelles entièrement nouvelles non étayées par la preuve. Les arguments concernant l’immunité relative et le journalisme responsable se rapportaient tous deux à la même question fondamentale : le Citizen jouissait-il du droit de publier les articles contestés pour des motifs d’intérêt public et en raison de la diligence raisonnable dont il a fait preuve?

[41] Quoi qu’il en soit, les lacunes du dossier factuel n’ont pour ainsi dire aucune importance en l’espèce étant donné que, comme il a été statué dans l’arrêt *Grant*, il appartient ultimement au jury de trancher la question de la responsabilité. Ayant conclu (en s’appuyant sur les arrêts *Reynolds* et *Jameel*) qu’il reviendrait au juge de se prononcer sur le nouveau moyen de défense, le juge Sharpe n’a pas envisagé la possibilité d’ordonner la tenue d’un nouveau procès pour qu’un jury puisse se pencher sur ce moyen. Or, il est moins préoccupant qu’un dossier factuel comporte des lacunes en ce qui concerne la communication responsable si la situation justifie que la cour ordonne la tenue d’un nouveau procès plutôt qu’elle se prononce sur l’applicabilité du moyen de défense en question. En effet, il est possible de constituer un dossier de preuve adéquat lors de la tenue du nouveau procès.

[42] Il reste à déterminer si l’intérêt de la justice commande qu’on offre aux défendeurs la possibilité d’invoquer, dans le cadre d’un nouveau procès, la modification du droit engendrée par le litige.

[43] À mon avis, c’est bel et bien le cas. En Ontario, le tribunal saisi d’un appel dans un dossier civil ne peut ordonner un nouveau procès que s’il y a « préjudice grave ou [. . .] erreur judiciaire » : *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, par. 134(6). On pourrait soutenir qu’il s’agit d’un critère plus exigeant que celui auquel il faut satisfaire pour soulever une nouvelle question en appel, mais des considérations similaires s’appliquent. L’appelant doit démontrer que [TRADUCTION] « l’affaire n’a pas été présentée de façon équitable au jury, par exemple parce que l’exposé du juge ne permet pas au jury de bien comprendre les principes juridiques applicables », parce qu’il est entaché d’une « lacune

*Insurance Co.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 690 (Ont. C.A.), at paras. 75-76, *per* Borins J.A.

[44] In this case, this test is met. The plaintiff will suffer no undue prejudice from a new trial other than costs, addressed below. The defendants, on the other hand, would be seriously disadvantaged by being deprived of the opportunity to avail themselves of the responsible communication defence which their appeal was responsible for developing. If it turns out that the defence is found to apply to the articles in question, such a deprivation would amount to an injustice.

[45] As background, it is necessary to recap the approach of the courts below. Applying earlier cases that were loathe to extend qualified privilege to the media, the trial judge applied a stringent duty/interest test that required the publisher to show a “compelling” public interest in publication amounting to a “moral or social duty” (C.A. reasons, at para. 5). Not surprisingly, he found that the Quan and Egan articles fell short of this standard. The jury returned its verdict in favour of the plaintiff on the basis that the defence of qualified privilege was not available. The defendants appealed, arguing that the trial judge’s formulation of qualified privilege was too narrow and, in the alternative, arguing for a broad responsible journalism defence. The Court of Appeal affirmed the existence of a separate responsible journalism defence, but held that the defendants were not entitled to a new trial, given that they had not pleaded this defence initially.

importante » ou qu’« en ce qui touche une question fondamentale le droit, n’a pas été clairement énoncé » : *Pereira c. Hamilton Township Farmers’ Mutual Fire Insurance Co.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 690 (C.A. Ont.), par. 75-76, le juge Borins.

[44] En l’espèce, le critère mentionné précédemment est rempli. Le demandeur ne subira pas de préjudice indu advenant la tenue d’un nouveau procès, si ce n’est des coûts qu’il générera, un point dont il sera question plus loin. Les défendeurs, par contre, seraient considérablement désavantagés s’ils étaient privés de la possibilité d’invoquer la défense de communication responsable élaborée grâce à leur pourvoi. Si un tribunal jugeait que le moyen de défense s’applique aux articles en question, on créerait une injustice en empêchant que les défendeurs y recourent.

[45] Pour situer les choses dans leur contexte, il faut revenir sur l’approche adoptée par les tribunaux d’instance inférieure. S’appuyant sur des précédents dans lesquels les tribunaux se sont montrés très réticents à permettre aux médias d’invoquer l’immunité relative, le juge de première instance a appliqué un test exigeant fondé sur l’intérêt du public à recevoir de l’information et sur le devoir du diffuseur de la communiquer, selon lequel ce dernier devait démontrer que des considérations d’intérêt public « impérieuse[s] » pouvant être assimilées à une « obligation [. . .] morale ou sociale » justifiaient la publication (motifs de la Cour d’appel, par. 5). Comme on aurait pu s’y attendre, il a conclu que les articles de Douglas Quan et de Kelly Egan ne satisfaisaient pas à ce test. Le jury a prononcé un verdict favorable au demandeur au motif que la défense d’immunité relative ne pouvait être invoquée. Les défendeurs ont interjeté appel, faisant valoir que le juge de première instance avait interprété trop restrictivement l’immunité relative et, de façon subsidiaire, qu’il y avait lieu de reconnaître l’existence d’une défense de journalisme responsable de large portée. La Cour d’appel a confirmé l’existence du journalisme responsable en tant que moyen de défense distinct, mais elle a statué que les défendeurs n’avaient pas droit à un nouveau procès parce qu’ils n’avaient pas invoqué ce moyen d’entrée de jeu.

[46] The plaintiff supports the Court of Appeal's conclusion, arguing that the defendants are not entitled to a new trial on the basis of the new defence of responsible communication on matters of public interest, because they did not raise that defence at the first trial. He argues that the defendants made a strategic decision to rely on traditional qualified privilege, declining to stake their case on the riskier prospect that the trial judge might extend the law to provide a distinct responsible communication defence. Instead, they chose to remain on the more familiar terrain of qualified privilege. On appeal, the plaintiff contends, they should have to lie in the bed they made.

[47] While this argument is not without force, it does not, in my view, carry the day. First, at the time of trial, it was by no means clear that the new defence of responsible communication would emerge as a "different jurisprudential creature" (*Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652, at para. 35), in English or Canadian law, since *Jameel* had not yet been decided. It was therefore not unreasonable for the defendants to argue qualified privilege at trial, and later, on appeal, to contend for a broader elaboration of a responsible communication defence. A panel of the Court of Appeal was much more likely to undertake a thoroughgoing re-evaluation of the governing jurisprudence than was a single trial judge. It cannot therefore be said that the conduct of the defendants exhibited the absence of due diligence that the "no new issues on appeal" rule is meant to discourage.

[48] Second, had the Court of Appeal and this Court endorsed a broadened defence of qualified privilege as pleaded by the defendants, a new trial would have been required in any event, because the trial judge applied an extremely narrow conception of public interest. The defendants had argued for a broader privilege. That was the bed they sought to make; the trial judge, however, required them to lie in a narrower one. The problem was compounded when the Court of Appeal opted for a new

[46] Le demandeur défend la conclusion de la Cour d'appel en faisant valoir que les défendeurs n'ont pas droit à un nouveau procès en raison de l'existence de la nouvelle défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public parce qu'ils n'ont pas soulevé ce moyen lors du premier procès. Il soutient que la stratégie adoptée par les défendeurs consistait à s'appuyer sur la traditionnelle immunité relative plutôt que de faire reposer leur cause sur la possibilité plus faible que le juge de première instance étende le droit de façon à admettre une défense distincte de communication responsable. Ils ont en effet choisi de rester sur le terrain plus connu de l'immunité relative; or, comme on fait son lit, on se couche.

[47] Cet argument a certes du mérite, mais selon moi, il ne l'emporte pas. D'abord, au moment du procès, il était loin d'être évident que la nouvelle défense de communication responsable verrait le jour en droit britannique ou en droit canadien en tant que [TRADUCTION] « créature jurisprudentielle différente » (*Loutchansky c. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652, par. 35) étant donné que l'arrêt *Jameel* n'avait pas encore été rendu. Il n'était donc pas déraisonnable que les défendeurs invoquent l'immunité relative au procès, et par la suite, en appel, qu'ils préconisent l'adoption d'une défense de communication responsable plus large. Une formation de la Cour d'appel était nettement plus susceptible de réexaminer en profondeur la jurisprudence pertinente qu'un juge de première instance siégeant seul. On ne peut pas dire que les défendeurs n'ont pas fait preuve de diligence raisonnable, comportement que la règle « empêchant qu'une nouvelle question soit soulevée en appel » vise à décourager.

[48] Ensuite, si la Cour d'appel et notre Cour avaient reconnu l'existence d'une défense d'immunité relative plus large, comme le proposaient les défendeurs, il aurait quand même été nécessaire d'ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que le juge de première instance s'est appuyé sur une notion d'intérêt public extrêmement étroite. Les défendeurs avaient quant à eux revendiqué une immunité plus large. Voilà la position qu'ils ont choisi de faire valoir; toutefois, le juge du procès

and different defence than the broadened qualified privilege defence pleaded. The trial judge cannot be faulted for failing to undertake a development of the law that the defendants did not ask for — i.e. the establishment of a new responsible communication defence. However, in my view, his restrictive approach to the pleaded defence of qualified privilege occasioned an injustice by effectively removing any realistic prospect that statements on matters of public interest to the world at large could be protected. The defendants deserve an opportunity to make their case to a jury properly instructed on the law as it now stands. A new trial is therefore warranted.

[49] Because the ultimate determination of responsibility is a matter for the jury, I make no comment on whether or not the defence should apply on the new trial.

#### V. Conclusion

[50] I would allow the appeal and order a new trial.

[51] Success on this appeal has been divided. In the circumstances, each side should bear its own costs in this Court. While the appellants deserve the opportunity to avail themselves of the new defence, they must also live with the consequences of their own strategic decisions at trial. I would therefore not disturb the costs orders made in the courts below.

The following are the reasons delivered by

[52] ABELLA J. — As in the companion case of *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, in my view both steps in the responsible

a exigé qu'ils s'en tiennent à une position de portée plus restreinte. Le problème s'est aggravé lorsque la Cour d'appel a choisi d'admettre un nouveau moyen de défense, différent de la défense d'immunité relative élargie qu'avaient fait valoir les défendeurs. On ne peut reprocher au juge du procès de ne pas avoir modifié le droit en l'absence de demande en ce sens de la part des défendeurs — à savoir la reconnaissance de l'existence d'une nouvelle défense de communication responsable. Toutefois, je suis d'avis qu'en interprétant de façon trop restrictive la défense d'immunité relative invoquée devant lui, il a engendré une injustice étant donné que, ce faisant, il écartait toute possibilité réaliste que des déclarations sans destinataire précis concernant des questions d'intérêt public soient protégées. Les défendeurs devraient pouvoir présenter leur cause devant un jury ayant reçu des directives appropriées quant à l'état du droit. Il y a donc lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[49] Étant donné qu'il revient ultimement au jury de déterminer si la norme de la responsabilité est remplie, je ne ferai aucun commentaire sur la question de savoir si le nouveau moyen de défense devrait ou non s'appliquer dans le contexte du nouveau procès.

#### V. Conclusion

[50] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[51] Les parties ont chacune obtenu partiellement gain de cause. Dans ce contexte, chacune d'elles assumera ses dépens devant notre Cour. Les appellants méritent certes d'avoir la possibilité de faire valoir le nouveau moyen de défense, mais ils doivent vivre avec les conséquences de leurs décisions stratégiques lors du procès. Par conséquent, je suis d'avis qu'il faut laisser intact les ordonnances des tribunaux d'instance inférieure concernant les dépens.

Version française des motifs rendus par

[52] LA JUGE ABELLA — Comme dans le pourvoi connexe *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, j'estime qu'il revient au juge

communication defence should be determined by the judge, with the jury determining factual disputes. Subject to those views I agree with the Chief Justice's reasons and with her decision to order a new trial.

*Appeal allowed and new trial ordered.*

*Solicitors for the appellants: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Globe and Mail: Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Toronto Star Newspapers Limited: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

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

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

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

*Solicitors for the interveners Peter Grant and Grant Forest Products Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

de trancher les deux volets du test applicable à la défense de communication responsable et que le jury décide des questions de fait. Sous réserve de ce point de vue, je souscris aux motifs de la Juge en chef et à sa décision d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

*Procureurs des appelants : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé : Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant Globe and Mail : Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Toronto Star Newspapers Limited : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torys, Toronto.*

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

*Procureurs des intervenants Peter Grant et Grant Forest Products Inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*