

**The Wholesale Travel Group Inc.** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, Ellis-Don Limited and Rocco Morra** *Intervenors*

and between

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**The Wholesale Travel Group Inc.** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, Ellis-Don Limited and Rocco Morra** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. WHOLESALE TRAVEL GROUP INC.

File Nos.: 21779, 21786.

1991: February 18; 1991: October 24.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

**The Wholesale Travel Group Inc.** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le**  
<sup>c</sup> **procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, Ellis-Don Limited et Rocco Morra** *Intervenants*

<sup>d</sup> et entre

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>e</sup>

**The Wholesale Travel Group Inc.** *Intimée*

<sup>f</sup> et

**Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le**  
<sup>g</sup> **procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, Ellis-Don Limited et Rocco Morra** *Intervenants*

<sup>h</sup>

RÉPERTORIÉ : R. c. WHOLESALE TRAVEL GROUP INC.

Nos du greffe: 21779, 21786.

<sup>i</sup> 1991: 18 février; 1991: 24 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

<sup>j</sup>

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Regulatory provisions — Strict liability — Corporation charged with misleading advertising under Competition Act — Conviction possible without fault on part of regulated party — Imprisonment possible penalty on breach of provisions — Whether ss. 36(1)(a) and 37.3(2) of Competition Act infringe s. 7 of Charter — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), 37.3(2).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provisions — Corporation charged with misleading advertising under Competition Act — Statutory defences comprising defence of due diligence coupled with timely retraction — Statutory defences to be established by accused on balance of probabilities — Whether reverse onus infringes s. 11(d) of Charter — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), 37.3(2).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Corporations — Standing — Corporation charged with misleading advertising under Competition Act — Whether corporation has standing to challenge validly of federal legislation under ss. 7 and 11(d) of Charter — If so, whether a corporation entitled to benefit from a finding that federal legislation unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), 37.3(2).*

Wholesale Travel Group Inc. (a travel agency) was charged with false or misleading advertising, contrary to s. 36(1)(a) of the *Competition Act*. The advertisements referred to vacations at "wholesale prices" but the advertised "wholesale price" was not the price at which Wholesale Travel acquired its vacation packages. The Crown elected to proceed by way of summary conviction and the accused pleaded not guilty. At the outset of the trial, the accused brought a motion for a declaration that ss. 36(1)(a) and 37.3(2) of the *Competition Act* were inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were, therefore, of

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Dispositions de nature réglementaire — Responsabilité stricte — Personne morale accusée de publicité trompeuse en vertu de la Loi sur la concurrence — Déclaration de culpabilité possible en l'absence de faute de la partie assujettie à la réglementation — L'inobservation des dispositions peut entraîner une peine d'emprisonnement — Les articles 36(1)a) et 37.3(2) de la Loi sur la concurrence violent-ils l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1)a), 37.3(2).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Dispositions portant inversion de la charge de la preuve — Personne morale accusée de publicité trompeuse en vertu de la Loi sur la concurrence — Moyens de défense prévus par la loi comprenant la défense de diligence raisonnable assortie d'une rétractation obligatoire — Moyens de défense prévus par la loi devant être établis par l'accusé selon la prépondérance des probabilités — L'inversion de la charge de la preuve viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1)a), 37.3(2).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Personnes morales — Qualité pour agir — Personne morale accusée de publicité trompeuse en vertu de la Loi sur la concurrence — La personne morale a-t-elle qualité pour contester la validité de la loi fédérale en vertu des art. 7 et 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, la personne morale peut-elle bénéficier de la conclusion selon laquelle la loi fédérale est inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1)a), 37.3(2).*

Wholesale Travel Group Inc. (une agence de voyages) a été accusée de publicité fautive ou trompeuse, infraction prévue à l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*. La publicité en cause parlait de «prix de gros», mais les prix offerts pour les forfaits voyages de Wholesale Travel n'étaient pas des «prix de gros». Le ministère public a choisi la procédure sommaire et les accusés ont plaidé non coupables. Au début du procès, les accusés ont présenté une requête en jugement déclaratoire portant que l'al. 36(1)a) et le par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* étaient incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*

no force or effect. Section 36(1)(a) created the offence and s. 37.3(2) set forth a statutory defence. This defence, which was to be established by the accused (s. 37.3(2)), included essentially the common law defence of due diligence (s. 37.3(2)(a) and (b)) coupled with the requirement of a timely retraction (s. 37.3(2)(c) and (d)).

The trial judge held that ss. 36(1)(a) and 37.3(2) were inconsistent with ss. 7 and 11(d) and could not be upheld under s. 1 of the *Charter* and dismissed the charges. The Supreme Court of Ontario, on appeal, found impugned provisions constitutional and remitted the case to the Provincial Court. The Ontario Court of Appeal allowed the appeal in part. The majority held that s. 37.3(2)(c) and (d) of the *Competition Act* were severable from the rest of s. 37.3(2) and declared them to be of no force or effect. The majority further held that the words "he establishes that" in s. 37.3(2) were severable and declared them to be of no force or effect. Both Wholesale Travel and the Crown appealed.

The constitutional questions stated here queried: (1) whether s. 37.3(2) of the *Competition Act* in whole or in part violated ss. 7 or 11(d) of the *Charter*; (2) whether s. 36(1)(a), in and of itself or when read in combination with s. 37.3(2), violated ss. 7 or 11(d) of the *Charter*; and (3) if either were answered in the affirmative, whether the impugned provision was saved by s. 1 of the *Charter*? An issue not encompassed by the constitutional questions was whether a corporation had "standing" to challenge the constitutionality of these statutory provisions under the *Charter* and, if so, was a corporation entitled to benefit from a finding that the provisions violated a human being's constitutional rights.

*Held*: The appeal by Wholesale should be dismissed.

*Held* (Lamer C.J., La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting in the result): The Crown's appeal should be allowed.

The issues are decided as follows:

1. It is not an infringement of s. 7 of the *Charter* to create an offence for which the *mens rea* component is negligence, so that a due diligence defence (s. 37.3(2)(a) and (b)) is available. Unanimous.

et, par conséquent, inopérants. L'alinéa 36(1)a crée l'infraction et le par. 37.3(2) prévoit une défense. Cette défense, que l'accusé doit établir (par. 37.3(2)), se compose essentiellement de la défense de diligence raisonnable en common law (al. 37.3(2)a) et b)) conjuguée à l'exigence d'une rétractation sans délai (al. 37.3(2)c) et d)).

Le juge du procès a décidé que l'al. 36(1)a et le par. 37.3(2) étaient incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11d) et ne pouvaient pas être maintenus sous le régime de l'article premier de la *Charte*, et il a rejeté les accusations. En appel, la Cour suprême de l'Ontario a conclu que les dispositions attaquées étaient constitutionnelles et a renvoyé l'affaire devant la Cour provinciale. La Cour d'appel de l'Ontario a fait droit à l'appel en partie. La majorité a décidé que les al. c) et d) pouvaient être retranchés du par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* et les a déclarés inopérants. La majorité a en outre conclu que les mots «elle prouve que» du par. 37.3(2) pouvaient être retranchés et elle a déclaré qu'ils étaient inopérants. Wholesale Travel et le ministère public ont tous deux interjeté appel.

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées: (1) Le paragraphe 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* ou une partie de ce paragraphe, porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*? (2) L'alinéa 36(1)a), pris isolément ou avec le par. 37.3(2), porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*? (3) Si l'une ou l'autre des questions reçoit une réponse affirmative, peut-on justifier la disposition contestée en vertu de l'article premier de la *Charte*? Se posait également une question qui n'était pas visée par les questions constitutionnelles: Une personne morale a-t-elle «qualité» pour contester la constitutionnalité de ces dispositions législatives en se fondant sur la *Charte* et, le cas échéant, peut-elle bénéficier de la conclusion selon laquelle les dispositions portent atteinte aux droits constitutionnels d'une personne physique?

*Arrêt*: Le pourvoi de Wholesale est rejeté.

*Arrêt* (Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents quant au résultat): Le pourvoi du ministère public est accueilli.

Les questions soulevées dans les pourvois reçoivent les réponses suivantes:

1. La création d'une infraction pour laquelle l'élément de *mens rea* est la négligence, qui est donc assortie d'une défense de diligence raisonnable (al. 37.3(2)a) et b)), ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Unanime.

2. The timely retraction provisions (s. 37.3(2)(c) and (d)) infringe s. 7, are not justified under s. 1, and are accordingly unconstitutional. Unanimous.

3. (a) On a majority reasoning by Lamer C.J. (and La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.), the reverse onus provision ("he establishes that" in s. 37.3(2)) infringes s. 11(d) of the *Charter*; L'Heureux-Dubé and Cory JJ. (dissenting on this issue) would find no infringement, and would in any event, have found an infringement justified under s. 1.

(b) *Per* Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.: The provision is justified under s. 1 of the *Charter*.

(c) *Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting on this issue): The provision is not justified under s. 1 of the *Charter*.

(d) *Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Stevenson and Iacobucci JJ. (Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting in the result): The reverse onus provision is constitutional.

4. The matter is therefore remitted to trial on the bases that:

- (a) a negligence *mens rea* regulatory offence is constitutional;
- (b) the timely retraction provisions are unconstitutional; and
- (c) the reverse onus provision is constitutional.

## I. Standing

*Per* Lamer C.J. and La Forest and Sopinka JJ.: Wholesale Travel has standing to challenge the constitutionality of the false/misleading advertising provisions under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and may benefit the finding that these provisions are unconstitutional. However, this is not to say that if the same provisions were enacted so as to apply exclusively to corporations, a corporation would be entitled to raise the *Charter* arguments which have been raised in the case at bar. Sections 36(1) and 37.3(2) of the *Competition Act* encompass both individual and corporate accused. If the

2. Les dispositions concernant la rétractation sans délai (al. 37.3(2)c) et d)) contreviennent à l'art. 7, ne sont pas justifiées en vertu de l'article premier et sont donc inconstitutionnelles. Unanime.

3. a) Selon une opinion majoritaire du juge en chef Lamer (avec l'appui des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci), la disposition portant inversion de la charge de la preuve («elle prouve que», au par. 37.3(2)) contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*; les juges L'Heureux-Dubé et Cory (dissidents sur ce point) concluent qu'elle n'y porte pas atteinte et que, de toute façon, une atteinte aurait été justifiée en vertu de l'article premier.

b) *Les* juges Gonthier, Stevenson et Iacobucci: La disposition est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

c) *Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin (dissidents sur ce point): La disposition n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

d) *Les* juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Stevenson et Iacobucci (le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents quant au résultat): La disposition portant inversion de la charge de la preuve est constitutionnelle.

4. L'affaire est donc renvoyée à procès compte tenu des principes suivants:

- a) Une infraction réglementaire dont la *mens rea* est la négligence est constitutionnelle;
- b) Les dispositions relatives à la rétractation sans délai sont inconstitutionnelles;
- c) La disposition portant inversion de la charge de la preuve est constitutionnelle.

## h I. Qualité pour agir

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest et Sopinka: Wholesale Travel a qualité pour contester la constitutionnalité des dispositions relatives à la publicité fautive ou trompeuse en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte* et peut bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité de ces dispositions. Toutefois, cela ne signifie pas que si ces mêmes dispositions visaient uniquement les personnes morales, une personne morale aurait le droit de faire valoir les arguments fondés sur la *Charte* qui ont été avancés en l'espèce. Les paragraphes 36(1) et 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*

provisions violate an individual's *Charter* rights they must be struck down (to the extent of the inconsistency) and cannot apply to any accused, whether corporate or individual. If the provisions in question applied only to corporations, the *Charter* analysis would be very different.

*Per* Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.: The conclusions of Lamer C.J. on standing were agreed with.

*Per* McLachlin J.: It was not necessary to consider the application of the *Charter* to a provision dealing with corporations only.

## II. Sections 7 and 11(d) of the Charter

*Per* Lamer C.J. and Sopinka J.: Section 37.3(2)(c) and (d) infringes s. 7 of the *Charter* and the words "he establishes that" in s. 37.3(2) infringe the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter*.

The offence of false/misleading advertising is punishable by imprisonment. The offence therefore must not be one of absolute liability and must command at least a fault requirement of negligence, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused.

While there are some offences for which the special stigma attaching to conviction is such that subjective *mens rea* is necessary in order to establish the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence, the offence of false/misleading advertising is not such an offence.

The issue here centred on the fault requirement constitutionally required where an accused faces possible imprisonment. An element of subjective *mens rea* is not always required by s. 7 of the *Charter*. Whether a fault requirement higher than this constitutional minimum of negligence ought to be adopted where an accused faces possible imprisonment or conviction of any offence under the *Criminal Code* is a question of public policy which must be determined by Parliament.

The inclusion of the word "and" after s. 37.3(2)(c) clearly indicates that all four components of s. 37.3(2) must be established for the accused to be acquitted. If a situation could arise where an accused would be unable to establish all four components of s. 37.3(2) but had

visent à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Si les dispositions portent atteinte aux droits d'une personne physique garantis par la *Charte*, elles doivent être invalidées (dans la mesure de l'incompatibilité) et ne peuvent s'appliquer à aucun inculpé, personne morale ou physique. Si elles ne visaient que les personnes morales, l'analyse fondée sur la *Charte* serait très différente.

*Les juges* Gonthier, Stevenson et Iacobucci: Les juges souscrivent aux conclusions du juge en chef Lamer concernant la qualité pour agir.

*Le juge* McLachlin: Il n'était pas nécessaire de considérer l'application de la *Charte* à une disposition visant uniquement des personnes morales.

## II. L'article 7 et l'al. 11d) de la Charte

*Le juge en chef* Lamer et le juge Sopinka: Les alinéas 37.3(2)c) et d) violent l'art. 7 de la *Charte* et les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2) contreviennent à la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d) de la *Charte*.

L'infraction de publicité fautive ou trompeuse est assortie d'une peine d'emprisonnement. Elle ne doit donc pas être une infraction de responsabilité absolue et elle commande à tout le moins une faute de négligence, c'est-à-dire que l'accusé doit au moins pouvoir invoquer la diligence raisonnable.

Il y a certaines infractions pour lesquelles les stigmates particuliers liés à la déclaration de culpabilité sont de telle nature qu'il faut une *mens rea* subjective pour établir la réprobation morale qui justifie les stigmates et la peine, mais l'infraction de publicité fautive ou trompeuse ne peut pas être classée dans cette catégorie.

La question en l'espèce se rapporte à l'exigence en matière de faute qui est requise sur le plan constitutionnel lorsque l'accusé risque l'emprisonnement. L'article 7 de la *Charte* n'exige pas toujours un élément de *mens rea* subjective. La question de savoir si une norme de faute plus sévère que l'élément minimum de négligence requis par la Constitution devrait être retenue dans les cas où l'accusé risque l'emprisonnement ou une déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction prévue au *Code criminel* est une question d'ordre public qu'il appartient au Parlement de trancher.

L'insertion du mot «et» après l'al. 37.3(2)c) indique clairement que, pour obtenir l'acquiescement, l'accusé doit établir les quatre éléments du par. 37.3(2). S'il peut arriver qu'un accusé soit incapable d'établir les quatre éléments du par. 37.3(2) bien qu'il ait tout de même fait

nonetheless been duly diligent (i.e., not negligent), the constitutionally required element of negligence is not fulfilled by the statutory defence contained in s. 37.3(2).

The additional requirement of "timely retraction" in paras. (c) and (d) means that the statutory defence is considerably more narrow than the common law defence of due diligence and could result in the conviction of an accused who was not negligent. The consequence of paras. (c) and (d) is to remove the constitutionally required fault level in the false/misleading advertising provisions and s. 7 of the *Charter* is therefore offended.

Whether this offence (or the Act generally) is better characterized as "criminal" or "regulatory" is not the issue. A person whose liberty has been restricted by way of imprisonment has lost no less liberty because he or she is being punished for the commission of a regulatory offence as opposed to a criminal offence. It is the fact that the state has resorted to the restriction of liberty through imprisonment for enforcement purposes which is determinative of the principles of fundamental justice. These principles do not take on a different meaning simply because the offence can be labelled as "regulatory". A regulatory context may well influence the *Charter* analysis in particular cases but negligence nevertheless is the minimum level of fault which will accord with s. 7 of the *Charter* whenever a conviction gives rise to imprisonment.

The presumption of innocence is protected expressly by s. 11(d) and inferentially by s. 7 because this presumption is a principle of fundamental justice. Section 11(d) requires, where a person faces penal consequences, that the individual be proven guilty beyond a reasonable doubt, the state bear the burden of proof, and that the prosecution be carried out lawfully. Section 11(d) is offended if an accused may be convicted notwithstanding a reasonable doubt on an essential element of the offence. The real concern, therefore, is not that the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists.

The words "he establishes that" in s. 37.3(2) require the accused to prove the two elements set out on a balance of probabilities and failure to so prove either element will result in conviction. The absence of due dili-

preuve de diligence raisonnable (c'est-à-dire qu'il n'ait pas été négligent), le moyen de défense énoncé au par. 37.3(2) ne répond pas à l'élément relatif à la négligence requis sur le plan constitutionnel.

L'élément supplémentaire de la «rétractation sans délai» aux al. c) et d), signifie que la défense prévue par la loi est beaucoup plus restreinte que la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law et pourrait avoir pour effet la déclaration de culpabilité d'un accusé qui n'a pas été négligent. Les alinéas c) et d) ont pour effet d'écartier l'exigence constitutionnelle en matière de faute des dispositions relatives à la publicité fausse ou trompeuse et contreviennent donc à l'art. 7 de la *Charte*.

La question n'est pas de savoir si cette infraction (ou la Loi en général) doit être qualifiée de «pénale» ou de «réglementaire». La personne privée de sa liberté par l'emprisonnement n'est pas privée de moins de liberté parce qu'elle a été punie en raison de la perpétration d'une infraction réglementaire et non d'un crime. C'est le fait que l'État a infligé une peine privative de liberté, en l'occurrence l'emprisonnement, pour faire respecter la loi qui est décisif du point de vue des principes de justice fondamentale. Ces principes ne doivent pas être interprétés différemment du simple fait que l'infraction peut être qualifiée de «réglementaire». Le contexte réglementaire peut bien influencer l'analyse fondée sur la *Charte* dans certains cas mais la négligence est le degré minimum de faute qui est conforme à l'art. 7 de la *Charte* dans tous les cas où une déclaration de culpabilité peut entraîner l'emprisonnement.

La présomption d'innocence est expressément garantie par l'al. 11d) de la *Charte* et, par déduction, par l'art. 7 puisqu'il s'agit d'un principe de justice fondamentale. L'alinéa 11d) exige, lorsqu'une personne est exposée à des conséquences pénales, que la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable, que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve et que les poursuites criminelles se déroulent d'une manière conforme à la loi. L'alinéa 11d) est violé quand un accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l'infraction. La préoccupation véritable n'est donc pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais plutôt qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable.

Les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2) imposent à l'accusé la charge de prouver ces deux éléments selon la prépondérance des probabilités et s'il ne prouve pas l'un de ces éléments, il sera déclaré coupable. Le défaut

gence is necessary for conviction and yet an accused could be convicted under s. 37.3(2) notwithstanding a reasonable doubt as to whether or not the accused was duly diligent. The impugned words therefore infringe s. 11(d).

Since constitutional difficulties arise only from the operation of s. 37.3(2)(c) and (d) and from the words "he establishes that" in s. 37.3(2), s. 36(1)(a) raises no constitutional problem either by itself or in combination with the remainder of s. 37.3(2).

*Per La Forest J.:* Substantial agreement was expressed for the reasons of Lamer C.J. Nevertheless, there is a broad divide between true criminal law and regulatory offences. The possible imposition of a term of imprisonment necessitates much stricter requirements to conform with the principles of fundamental justice than mere monetary penalties. In the regulatory context here, a requirement that a reasonable doubt be raised by the accused that he or she exercised due diligence meets the requirements of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. A requirement that the accused prove such diligence on the balance of probabilities goes too far. The same holds true under s. 1 if the issue is approached in terms of s. 11(d).

The requirement of due diligence is sufficient for *Charter* purposes for regulatory offences and some criminal offences having a significant regulatory base. However, a lower level of *mens rea* than criminal negligence should not be accepted for most criminal cases.

*Per McLachlin J.:* The modified due diligence defence embodied in s. 37.3(2)(c) and (d) permits conviction in the absence of even the minimum fault of negligence and so infringes s. 7 of the *Charter*. The requirement of s. 37.3(2) that the accused establish due diligence on a balance of probabilities, through the inclusion of the phrase "he establishes that", permits conviction despite a reasonable doubt as to an essential element of the offence. Combined with the sanction of imprisonment, the application of this onus violates s. 11(d) of the *Charter*. When the offending provision in s. 37.3(2)(c) and (d) is removed, along with the phrase "he establishes that" in s. 37.3(2), the remaining provision at issue, s. 36(1)(a), does not infringe the *Charter*.

de diligence raisonnable est nécessaire pour qu'il soit déclaré coupable et pourtant, en vertu du par. 37.3(2), l'accusé pourrait être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à savoir s'il a fait preuve de diligence raisonnable. Ces mots contreviennent donc à l'al. 11d).

Comme les difficultés constitutionnelles ne se posent qu'au regard de l'application des al. 37.3(2)c) et d) et des mots «elle prouve que» au par. 37.3(2), l'al. 36(1)a), pris isolément ou avec le reste du par. 37.3(2), ne pose aucun problème constitutionnel.

*Le juge La Forest:* Le juge La Forest est largement d'accord avec les motifs rédigés par le juge en chef Lamer. Il existe cependant une différence assez marquée entre le droit criminel proprement dit et les infractions réglementaires. La possibilité d'une peine d'emprisonnement nécessite, pour que l'on se conforme aux principes de justice fondamentale, des exigences beaucoup plus strictes que dans le cas de simples peines pécuniaires. Dans le contexte réglementaire en cause, l'obligation pour l'accusé de soulever un doute raisonnable selon lequel il a agi avec une diligence raisonnable satisfait aux exigences de la justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, mais l'obligation pour l'accusé de prouver cette diligence suivant la prépondérance des probabilités va trop loin. Il en est de même en vertu de l'article premier de la *Charte* si on aborde la question sous l'angle de l'al. 11d).

L'exigence de la diligence raisonnable est suffisante aux fins de la *Charte* dans le cas des infractions réglementaires et de certaines infractions criminelles qui reposent de façon importante sur des aspects réglementaires. Toutefois, il ne faut pas accepter un degré de *mens rea* inférieur à la négligence criminelle pour la plupart des infractions criminelles.

*Le juge McLachlin:* La défense modifiée de diligence inscrite aux al. 37.3(2)c) et d) permet de déclarer une personne coupable même sans le degré minimal de faute de la négligence et contrevient donc à l'art. 7 de la *Charte*. L'exigence prévue au par. 37.3(2), par les mots «elle prouve que», imposant à l'accusé de prouver la diligence selon la prépondérance des probabilités permet de déclarer une personne coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément important de l'infraction. Combinée à une peine d'emprisonnement, l'attribution de cette charge de preuve à l'accusé viole l'al. 11d) de la *Charte*. Lorsque les dispositions en cause aux al. 37.3(2)c) et d) et les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2) sont supprimés, la disposition restant en litige, l'al. 36(1)a), ne viole pas la *Charte*.

*Per L'Heureux-Dubé and Cory JJ.:* Strict liability offences, as exemplified in this case by the combination of s. 36(1)(a) and s. 37.3(2)(a) and (b) of the *Competition Act*, do not infringe either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. Neither the absence of a *mens rea* requirement nor the imposition of an onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities offends the *Charter* rights of those accused of regulatory offences.

The common law has long acknowledged a distinction between truly criminal conduct and conduct, otherwise lawful, which is prohibited in the public interest. Regulatory offences and crimes embody different concepts of fault. The *mens rea* requirement is not required in regulatory offences. Since regulatory offences are directed primarily not to conduct itself but to the consequences of conduct, conviction of a regulatory offence imports a significantly lesser degree of culpability than conviction of a true crime. The concept of fault in regulatory offences is based upon a reasonable care standard and, as such, does not imply moral blameworthiness in the same manner as criminal fault. Conviction for breach of a regulatory offence suggests nothing more than failure to meet a prescribed standard of care.

The *Competition Act* is regulatory in character. Here, the offence did not focus on dishonesty but rather on the harmful consequences of otherwise lawful conduct. Conviction would only suggest that the defendant has made a representation to the public which was in fact misleading and that the defendant was unable to establish the exercise of due diligence in preventing the error. This connotes a fault element of negligence rather than one involving moral turpitude.

The *Charter* is to be interpreted in light of the context in which the claim arises. The rights asserted by the appellant must be considered in light of the regulatory context, acknowledging that a *Charter* right may have different scope and implications in a regulatory context than in a truly criminal one. Under this contextual approach, constitutional standards developed in the criminal context cannot be applied automatically to regulatory offences. Rather, the content of the *Charter* right must be determined only after an examination of all relevant factors and in light of the essential differences between the two classes of prohibited activity. The appellant's claim must also be considered and weighed

*Les juges L'Heureux-Dubé et Cory:* Les infractions de responsabilité stricte, dont l'effet combiné des al. 36(1)a) et 37.3(2)a) et b) de la *Loi sur la concurrence* constitue un exemple en l'espèce, ne violent ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. Ni l'absence de l'exigence de la *mens rea* ni l'imposition à l'accusé de la charge de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a été diligent ne contreviennent aux droits garantis par la *Charte* aux personnes accusées d'infractions réglementaires.

La common law fait depuis longtemps une distinction entre la conduite criminelle proprement dite et la conduite qui, bien que licite par ailleurs, est interdite dans l'intérêt du public. Les infractions réglementaires et les crimes expriment deux concepts de faute différents. L'exigence de la *mens rea* n'existe pas dans les infractions réglementaires. Étant donné que les infractions réglementaires ne visent pas principalement la conduite elle-même mais plutôt ses conséquences, la déclaration de culpabilité relative à une infraction réglementaire comporte un degré de culpabilité considérablement moins important qu'une déclaration de culpabilité relative à un crime proprement dit. Le concept de faute en matière d'infractions réglementaires repose sur une norme de diligence raisonnable et, comme tel, ne suppose pas la même réprobation morale que la faute criminelle. La déclaration de culpabilité pour une infraction réglementaire n'indique rien de plus que l'inobservation de la norme de diligence prescrite.

La *Loi sur la concurrence* est de nature réglementaire. En l'espèce, l'infraction ne repose pas sur la malhonnêteté, mais plutôt sur les conséquences préjudiciables d'une conduite par ailleurs légale. La déclaration de culpabilité du défendeur indiquerait simplement qu'il a donné au public des indications qui étaient en fait trompeuses et qu'il a été incapable de prouver qu'il avait fait preuve de diligence pour prévenir l'erreur. Cela dénote la négligence plutôt que la turpitude morale.

La *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel une revendication prend naissance. Il faut examiner les droits revendiqués par l'appelante en tenant compte du cadre réglementaire, tout en reconnaissant qu'un droit garanti par la *Charte* peut avoir, dans un cadre réglementaire, une portée et une incidence différentes que dans un contexte criminel proprement dit. Suivant cette méthode contextuelle, les normes constitutionnelles élaborées dans le contexte criminel ne peuvent être automatiquement appliquées aux infractions réglementaires. La portée du droit garanti par la *Charte* doit être déterminée seulement au moyen d'un examen de tous les éléments pertinents, et en fonction des diffé-



in light of the realities of a modern industrial society, where the regulation of innumerable activities is essential for the benefit of all. It is vital that the fundamentally important role of regulatory legislation in the protection of individuals and groups in Canadian society today be recognized and accepted.

The distinction between criminal and regulatory offences and their differential treatment for *Charter* purposes is in some ways explained by a "licensing argument" and by the vulnerability of those being protected by the regulatory measures. The regulated person chose to enter the regulated field and accordingly can be taken to have known of, in most cases, and to have accepted certain terms and conditions of entry. The nature of the conduct will largely determine if the licensing argument should apply. The procedural and substantive protections a person can reasonably expect may vary depending upon the activity that brings that person into contact with the state. The extent of *Charter* protection may differ depending upon whether the activity in question is regulatory or criminal in nature. Vulnerability is also a component in the contextual approach to *Charter* interpretation and should be considered whenever regulatory legislation is subject to *Charter* challenge.

The principles of fundamental justice referred to in s. 7 of the *Charter* prohibit the imposition of penal liability and punishment without proof of fault. The level of fault constitutionally required for every type of offence, however, has not been determined and will vary with the nature of the offence and the penalties available upon conviction. It has only been established that where imprisonment is available as a penalty, absolute liability cannot be imposed since it removes the fault element entirely and, in so doing, permits the punishment of the morally innocent.

Section 7 requires proof of *mens rea* in connection with true crimes. With respect to regulatory offences, however, proof of negligence satisfies the s. 7 fault requirement. Although the element of fault may not be removed completely, the demands of s. 7 will be met in the regulatory context where liability is imposed for

rences essentielles entre les deux catégories d'activités prohibées. La demande de l'appelante doit aussi être examinée et appréciée en fonction des réalités d'une société industrielle moderne où la réglementation d'innumérables activités est essentielle pour assurer le bien-être de tous. Il est crucial de reconnaître et d'accepter le rôle fondamentalement important des lois de nature réglementaire dans la protection des particuliers et des groupes dans la société canadienne moderne.

La distinction faite entre les infractions criminelles et les infractions réglementaires et leur traitement différent aux fins de la *Charte* s'expliquent d'une certaine façon par un argument fondé sur l'acceptation des conditions et par la vulnérabilité des personnes protégées par la réglementation. La personne assujettie à la réglementation a choisi de s'engager dans le domaine réglementé et on peut donc dire qu'elle connaissait, dans la plupart des cas, et qu'elle a accepté certaines conditions d'entrée. La nature de la conduite déterminera dans une large mesure si l'argument fondé sur l'acceptation des conditions devrait s'appliquer. La protection quant à la procédure et quant au fond à laquelle le citoyen peut raisonnablement s'attendre peut varier selon les activités qui le mettent en contact avec l'État. La protection offerte par la *Charte* peut varier selon que l'activité en cause est de nature réglementaire ou criminelle. La vulnérabilité est également un élément de la méthode contextuelle d'interprétation de la *Charte* et elle devrait être prise en considération chaque fois qu'une loi réglementaire fait l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*.

Les principes de justice fondamentale dont il est question à l'art. 7 de la *Charte* interdisent d'imputer une responsabilité pénale et d'infliger une peine en l'absence de la preuve d'une faute. Le degré de faute requis par la Constitution pour chaque catégorie d'infraction n'a toutefois pas été déterminé et il variera suivant la nature de l'infraction et les peines pouvant être infligées en cas de déclaration de culpabilité. On a seulement établi que lorsqu'une peine d'emprisonnement est prévue, on ne peut imputer de responsabilité absolue car celle-ci fait totalement disparaître l'élément de faute et, de ce fait, permet de punir celui qui est moralement innocent.

L'article 7 exige la preuve de la *mens rea* à l'égard des crimes proprement dits. Cependant, en ce qui concerne les infractions réglementaires, la preuve de la négligence satisfait à l'exigence en matière de faute posée par l'art. 7. Bien qu'il soit impossible d'écarter complètement l'élément de faute, les exigences de l'art. 7 sont remplies dans le contexte réglementaire lorsque la responsabilité est imputée relativement à une

conduct which breaches the standard of reasonable care required of those operating in the regulated field.

*Mens rea* and negligence are both fault elements which provide a basis for the imposition of liability. *Mens rea* focuses on the mental state of the accused and requires proof of a positive state of mind such as intent, recklessness or wilful blindness. Negligence, on the other hand, measures the conduct of the accused on the basis of an objective standard, irrespective of the accused's subjective mental state. Where negligence is the basis of liability, the question is not what the accused intended but rather whether the accused exercised reasonable care. The application of the contextual approach suggests that negligence is an acceptable basis of liability in the regulatory context which fully meets the fault requirement in s. 7 of the *Charter*. To place regulatory offences in a separate category from criminal offences, with a lower fault standard, does not violate the principles of fundamental justice under s. 7 by allowing the defendant to go to jail without having had the protection of proof of *mens rea* by the Crown which is available in criminal prosecutions.

Governments must have the ability to enforce a standard of reasonable care in activities affecting public welfare. The laudable objectives served by regulatory legislation should not be thwarted by the application of principles developed in another context. The tremendous importance of regulatory legislation in modern Canadian industrial society requires that courts be wary of interfering unduly with the regulatory role of government through the application of inflexible standards.

The government cannot adequately monitor every industry so as to be able to prove actual intent or *mens rea* in each case. It can, as a practical matter, do no more than to demonstrate that it has set reasonable standards to be met by persons in the regulated sphere, and to prove beyond a reasonable doubt that there has been a breach of those standards by the regulated defendant. The regulated person is taken to be aware of and to have accepted the imposition of a certain objective standard of conduct as a pre-condition engaging the regulated activity. It misses the mark to speak in terms of the "unfairness" of an attenuated fault requirement because

conduite qui viole la norme de diligence raisonnable requise des personnes qui exercent des activités dans le domaine réglementé.

a La *mens rea* et la négligence sont deux éléments de faute qui servent à imputer la responsabilité. La *mens rea* concerne l'état d'esprit de l'accusé et exige la preuve d'un état d'esprit positif tels l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Par contre, la négligence mesure la conduite de l'accusé en fonction d'une norme objective, sans tenir compte de son état d'esprit subjectif. Lorsque la responsabilité est fondée sur la négligence, il ne faut pas se demander quelle était l'intention de l'accusé, mais plutôt s'il a fait preuve de diligence raisonnable. L'application de la méthode contextuelle donne à penser que la négligence constitue un critère acceptable de responsabilité dans le contexte réglementaire et respecte pleinement l'exigence de l'art. 7 de la *Charte* quant à la faute. Classer les infractions réglementaires dans une catégorie distincte des infractions criminelles avec un degré de faute moindre ne viole pas les principes de justice fondamentale prévus à l'art. 7 en permettant que le défendeur soit emprisonné sans qu'il ait pu bénéficier de la protection de la preuve de la *mens rea* par le ministère public offerte dans les poursuites pénales.

Les gouvernements doivent avoir la capacité de faire appliquer une norme de diligence raisonnable dans les activités qui ont une incidence sur le bien-être public. Les objectifs louables auxquels servent les lois de nature réglementaire ne devraient pas être contrecarrés par l'application de principes élaborés dans un autre contexte. L'importance énorme des lois de nature réglementaire dans la société industrielle moderne du Canada exige que les tribunaux se montrent prudents afin de ne pas intervenir indûment dans le rôle de réglementation du gouvernement en appliquant des normes inflexibles.

Il est impossible pour le gouvernement de surveiller chaque industrie afin de pouvoir prouver l'intention réelle ou la *mens rea* dans chaque cas. Il ne peut d'un point de vue pratique faire plus que démontrer qu'il a fixé des normes raisonnables qui doivent être respectées dans le domaine réglementé, et prouver hors de tout doute raisonnable que le défendeur assujetti à la réglementation a violé ces normes. La personne assujettie à la réglementation est censée savoir et avoir accepté que l'une des conditions préalables à l'autorisation d'exercer l'activité réglementée est le respect d'une certaine norme objective de conduite. On se trompe lorsqu'on parle de «l'iniquité» qui découle d'une exigence moindre en matière de faute parce que la personne assujettie

the standard of reasonable care has been accepted by the regulated actor upon entering the regulated sphere.

Strict liability offences accordingly do not violate s. 7 of the *Charter*. The requirements of s. 7 are met in the regulatory context by the imposition of liability based on a negligence standard.

The imposition of a reverse persuasive onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities does not run counter to the presumption of innocence, notwithstanding the fact that the same reversal of onus would violate s. 11(d) in the criminal context. The section 11(d) standard which has been developed and applied in the criminal context should not be applied to regulatory offences. The importance of regulatory legislation and its enforcement strongly supports the use of a contextual approach in the interpretation of the s. 11(d) right as applied to regulatory offences. Quite simply, the enforcement of regulatory offences would be rendered virtually impossible if the Crown were required to prove negligence beyond a reasonable doubt. The means of proof of reasonable care will be peculiarly within the knowledge and ability of the regulated accused. Only the accused will be in a position to bring forward evidence relevant to the question of due diligence. There is a practical difference between requiring the accused to prove due diligence on a balance of probabilities and requiring only that the accused raise a reasonable doubt as to the exercise of due diligence. The presumption of innocence for a regulated accused is not meaningless because the Crown must still prove the *actus reus*. Fault is presumed from the bringing about of the proscribed result and the onus shifts to the defendant to establish reasonable care on a balance of probabilities.

The availability of imprisonment does not alter the conclusion that strict liability does not violate either ss. 7 or 11(d) of the *Charter*. The *Charter* does not guarantee an absolute right to liberty; rather, it guarantees the right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. It is whether the principles of fundamental justice have been violated, not the availability of imprisonment, which is the determinative consideration. There is a difference or variation between what the principles of fundamental justice require in regard to true crimes and what they require in the regulatory context. Imprisonment is not

à la réglementation a accepté la norme de diligence raisonnable lorsqu'elle a décidé d'exercer des activités dans le domaine réglementé.

Les infractions de responsabilité stricte ne violent donc pas l'art. 7 de la *Charte*. Les exigences de l'art. 7 sont respectées dans le cadre réglementaire par l'imputation d'une responsabilité en fonction d'une norme de négligence.

L'inversion de la charge de persuasion obligeant l'accusé à prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il a fait preuve de diligence ne va pas à l'encontre de la présomption d'innocence, bien que cette même inversion de la charge violerait l'al. 11d) dans le contexte criminel. La norme de l'al. 11d) qui a été élaborée et appliquée dans le contexte criminel ne devrait pas être appliquée aux infractions réglementaires. L'importance des lois de nature réglementaire et de leur application joue grandement en faveur de l'utilisation de la méthode contextuelle dans l'interprétation du droit garanti par l'al. 11d) en ce qui concerne les infractions réglementaires. Plus simplement, il deviendrait pratiquement impossible d'obtenir l'application des infractions réglementaires si le ministère public était tenu de prouver la négligence hors de tout doute raisonnable. C'est l'accusé assujéti à la réglementation qui connaît les moyens de prouver la diligence raisonnable et qui peut les utiliser. Seul l'accusé est en position de fournir des éléments de preuve pertinents relativement à la question de la diligence raisonnable. Il y a une différence entre le fait d'exiger que l'accusé prouve la diligence raisonnable selon la prépondérance des probabilités et celui d'exiger seulement qu'il soulève un doute raisonnable quant au fait qu'il s'est montré diligent. La présomption d'innocence n'est pas dénuée de sens pour un accusé assujéti à la réglementation parce que le ministère public doit encore prouver l'*actus reus*. La faute est présumée à compter du moment où se produit le résultat proscrié et il incombe alors au défendeur d'établir selon la prépondérance des probabilités qu'il a fait preuve de diligence.

La possibilité d'une peine d'emprisonnement ne modifie pas la conclusion que la responsabilité stricte ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. La *Charte* ne garantit pas un droit absolu à la liberté; elle garantit plutôt qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. La considération déterminante n'est pas l'existence d'une peine d'emprisonnement mais plutôt la question de savoir si les principes de justice fondamentale ont été violés. Il y a une différence entre les exigences des principes de justice fondamentale à l'égard des crimes proprement dits et leurs exigences dans le contexte régle-

unreasonable, given the danger that can accrue to the public from breaches of regulatory statutes, and can be challenged under s. 12 of the *Charter* if grossly disproportionate to the offence committed.

Section 37.3(2)(c) and (d) imposes an obligation on the accused to make a timely retraction as a precondition to relying on the defence of due diligence. Conviction therefore may be required in some circumstances where there is no fault on the part of the accused. Even where an accused can establish the absence of negligence in the making of misleading representations, paras. (c) and (d) nonetheless require conviction if the accused has failed to make a timely prompt correction or retraction. In these circumstances, the accused would be deprived of the defence of due diligence and the offence would be tantamount to absolute liability, and thereby violate s. 7.

Section 37.3(2)(a) and (b) put forward the common law defence of due diligence. They do not violate s. 7 of the *Charter* because of the removal of the *mens rea* requirement in strict liability offences. Where imprisonment is available as a penalty for breach of a statute, s. 7 of the *Charter* requires a proof of fault before liability can be imposed. Fault in the regulatory context should be imposed on the basis of negligence.

The imposition in strict liability offences of a reverse persuasive onus on the accused to establish due diligence is proper and permissible and does not constitute a violation of the s. 11(d) presumption of innocence. Section 37.3(2)(a) and (b) do not violate s. 11(d) of the *Charter*.

*Per* Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.: Section 37.3(2)(c) and (d) infringe s. 7 of the *Charter*. The section 11(d) presumption of innocence has a different scope and meaning in relation to public welfare or regulatory offences as opposed to criminal offences.

The reverse onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities (via the words "he establishes that" in s. 37.3(2)) infringes s. 11(d) (but is justified under s. 1 of the *Charter*).

### III. Section 1 of the *Charter*

*Per* Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.: Section 37.3(2)(c) and (d) is not justified under s. 1.

mentaire. L'emprisonnement n'est pas abusif, compte tenu du danger que les violations des lois de nature réglementaire peuvent représenter pour le public, et il peut être contesté en vertu de l'art. 12 de la *Charte* s'il constitue une peine exagérément disproportionnée par rapport à l'infraction commise.

Les alinéas 37.3(2)c) et d) ont pour effet d'obliger l'accusé à présenter sans délai une rétractation s'il veut invoquer la défense de diligence raisonnable. Une déclaration de culpabilité peut donc être requise dans certaines circonstances lorsque l'accusé n'a commis aucune faute. Même lorsque l'accusé peut prouver qu'il n'a pas commis de négligence en donnant des indications trompeuses, les al. c) et d) exigent néanmoins qu'il soit déclaré coupable s'il n'a pas fait rapidement une correction ou une rétractation. Dans ces circonstances, l'accusé serait privé de la défense fondée sur la diligence raisonnable et il s'agirait alors d'une infraction de responsabilité absolue qui violerait donc l'art. 7.

Les alinéas 37.3(2)a) et b) énoncent la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law. Ils ne violent pas l'art. 7 en raison du retrait de l'exigence de la *mens rea* dans le cas des infractions de responsabilité stricte. Lorsqu'une loi prévoit une peine d'emprisonnement en cas d'infraction, l'art. 7 de la *Charte* exige la preuve de la faute pour imputer une responsabilité. Dans un contexte réglementaire, la faute doit être imputée en fonction de la négligence.

Il est justifié et permis, en matière d'infractions de responsabilité stricte, d'imposer à l'accusé une charge de persuasion inversée l'obligeant à prouver qu'il a fait preuve de diligence, et cela ne viole pas la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d). Les alinéas 37.3(2)a) et b) ne violent pas l'al. 11d) de la *Charte*.

Les juges Gonthier, Stevenson et Iacobucci: Les alinéas 37.3(2)c) et d) violent l'art. 7 de la *Charte*. La portée et la signification de la présomption d'innocence prévue par l'al. 11d) varient selon qu'il s'agit d'une infraction réglementaire, ou contre le bien-être public, ou d'une infraction criminelle.

L'inversion de la charge obligeant l'accusé à prouver sa diligence selon la prépondérance des probabilités (par les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2)) porte atteinte à l'al. 11d) (mais est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*).

### III. L'article premier de la *Charte*

Les juges Gonthier, Stevenson et Iacobucci: Les alinéas 37.3(2)c) et d) ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier.

The reverse onus provision is justified under s. 1 of the *Charter*. The objective of convicting those guilty of false or misleading advertising and of avoiding loss of convictions because of evidentiary problems because the facts are in the hands of the accused warrants overriding the right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. <sup>a</sup>

There is a rational connection between the desired objective and the means chosen to attain it. The alternative means by use of a mandatory presumption of negligence would not achieve the objective as effectively nor would it go a long way in achieving the objective. In practice it would be virtually impossible for the Crown to prove public welfare offences and would effectively prevent governments from seeking to implement public policy through prosecution. <sup>b</sup>

Given that those regulated choose to participate in these regulated activities, and accordingly have accepted the attendant responsibilities, and taking into account the fundamental importance of the legislative objective and the fact that the means chosen impair the right guaranteed by s. 11(d) as little as is reasonably possible, the effects of the reverse onus on the presumption of innocence are proportional to the objective. <sup>c</sup>

*Per* L'Heureux-Dubé and Cory JJ.: Sections 36(1)(a) and 37.3(2)(a) and (b) do not infringe either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter* and would have been justified under s. 1 had there been a *Charter* infringement. <sup>d</sup>

Section 37.3(2)(c) and (d) violate s. 7 of the *Charter* and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. Assuming that there is a rational connection between the requirement of corrective advertising and the legislative objective of seeking to prevent the harm resulting from misleading representations, there is no proportionality between means and ends. The impugned provisions do not constitute a minimal impairment of the rights of the accused. Further, the availability of imprisonment as a sanction far outweighs the importance of the regulatory objective in correcting false advertising after the fact. <sup>e</sup>

*Per* Lamer C.J. and Sopinka J. (dissenting in the result): Section 37.3(2)(c) and (d) are not justified under s. 1. Section 37.3(2)(c) and (d) were enacted to prevent false/misleading advertisers from benefiting from advertising and to protect consumers from the detrimental effects of advertising. This is sufficiently important to warrant overriding constitutionally protected rights. The means chosen were rationally connected to this objec- <sup>f</sup>

L'inversion de la charge de la preuve est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'objectif consistant à poursuivre les personnes qui font de la publicité fausse ou trompeuse et à éviter qu'ils échappent à une condamnation en raison de problèmes relatifs à la présentation de la preuve, parce que l'accusé est seul à connaître les faits, justifie la suppression d'un droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*.

Il y a un lien rationnel entre l'objectif recherché et le moyen choisi pour l'atteindre. La solution de rechange, par le recours à une présomption obligatoire de négligence, n'atteindrait pas l'objectif aussi efficacement, ni ne le réaliserait en grande partie. Une telle solution rendrait pratiquement impossible pour le ministère public de prouver les infractions contre le bien-être public et empêcherait effectivement les gouvernements de chercher à mettre en œuvre des politiques d'intérêt public en ayant recours à des poursuites.

Étant donné que ceux qui choisissent de participer à des activités réglementées ont de ce fait accepté les responsabilités qui en découlent, et compte tenu de l'importance fondamentale de l'objectif du législateur et du fait que le moyen choisi porte le moins possible atteinte au droit garanti par l'al. 11d), les effets de l'inversion de la charge sur la présomption d'innocence sont proportionnels à l'objectif. <sup>g</sup>

*Les* juges L'Heureux-Dubé et Cory: Les alinéas 36(1)a) et 37.3(2)a) et b) ne violent ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte* et auraient été sauvegardés par l'article premier s'il y avait eu violation de la *Charte*.

Les alinéas 37.3(2)c) et d) violent l'art. 7 et ne peuvent être justifiés par l'article premier de la *Charte*. Si l'on présume qu'il existe un lien rationnel entre l'exigence de faire publier une annonce corrigeant l'erreur et l'objectif de la loi qui consiste à empêcher le préjudice résultant des indications trompeuses, il n'y a aucune proportionnalité entre les fins et les moyens. Les dispositions contestées ne représentent pas une atteinte minimale aux droits de l'accusé. Par ailleurs, l'existence d'une peine d'emprisonnement l'emporte, et de loin, sur l'importance de l'objectif de la réglementation pour corriger la fausse publicité après le fait. <sup>h</sup>

*Le* juge en chef Lamer et le juge Sopinka (dissidents quant au résultat): Les alinéas 37.3(2)c) et d) ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier. Les alinéas 37.3(2)c) et d) avaient pour objet d'empêcher les annonceurs qui font de la publicité fausse ou trompeuse d'en tirer profit et de protéger les consommateurs contre ses effets préjudiciables. Ces objectifs sont suffisamment importants pour justifier la suppression de droits garan- <sup>i</sup>

tive. The modified due diligence defence embodied in paras. (c) and (d), however, does not fall within the constitutionally acceptable range. These paragraphs may "catch" even those who have been duly diligent in preventing false advertising. Alternative means could achieve the objective of encouraging advertisers to undertake corrective advertising without convicting the innocent.

An absolute liability component to the offence of false advertising would perhaps be more effective in facilitating convictions than would the alternatives proposed. Parliament, however, could have retained the absolute liability component and, at the same time, infringed *Charter* rights to a much lesser extent, had it not combined this with the possibility of imprisonment.

The reverse onus provision is not justified under s. 1. The reverse onus provision was intended to facilitate the convictions of false/misleading advertisers. This is a "pressing and substantial objective". The means chosen are rationally connected to this objective. The provision, however, does not infringe constitutionally protected rights as little as is reasonably possible. Parliament could have employed alternative means which would have resulted in a lesser impairment.

*Per* McLachlin J.: The infringements caused by s. 37.3(2)(c) and (d) and the reverse onus provision cannot be justified under s. 1.

### Cases Cited

By Cory J.

**Considered:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957); *United States v. International Minerals and Chemical Corp.*, 402 U.S. 558 (1971); *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; **referred to:** *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Sherras v. De Rutzen*, [1895] 1 Q.B. 918; *R. v. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] S.C.R. 5; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Edmonton Jour-*

*tis par la Constitution*. Les moyens choisis avaient un lien rationnel avec cet objectif. Le moyen de défense modifié de la diligence raisonnable qu'énoncent les al. c) et d) ne rentre cependant pas dans la gamme acceptable du point de vue constitutionnel. Ces alinéas peuvent viser aussi les personnes qui ont fait preuve de diligence en essayant de prévenir la publicité fautive ou trompeuse. D'autres moyens permettraient, sans que des innocents soient déclarés coupables, de réaliser l'objectif d'encourager les annonceurs à faire une publicité corrective.

Si le recours à la responsabilité absolue relativement à l'infraction de publicité fautive facilite peut-être de façon plus efficace les déclarations de culpabilité que d'autres moyens, le législateur aurait pu néanmoins conserver la responsabilité absolue, tout en portant beaucoup moins atteinte aux droits garantis par la *Charte*, s'il n'avait pas conjugué cette responsabilité absolue avec la possibilité d'emprisonnement.

La disposition portant inversion de la preuve n'est pas justifiée en vertu de l'article premier. Cette disposition avait pour but de faciliter la condamnation des auteurs de publicité fautive ou trompeuse. Il s'agit d'un «objectif urgent et réel». Il y a un lien rationnel entre les moyens choisis et cet objectif. Cependant, la disposition ne porte pas aussi peu que possible atteinte aux droits garantis par la Constitution. Le législateur aurait pu recourir à d'autres moyens moins attentatoires.

*Le juge* McLachlin: La violation résultant des al. 37.3(2)c) et d) et la disposition portant inversion de la charge de la preuve ne peuvent être justifiées en vertu de l'article premier.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêts examinés:** *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957); *United States v. International Minerals and Chemical Corp.*, 402 U.S. 558 (1971); *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; **arrêts mentionnés:** *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Sherras v. De Rutzen*, [1895] 1 Q.B. 918; *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *R. c. Big M Drug Mart*

*nal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952); *United States v. Freed*, 401 U.S. 601 (1971); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922); *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943); *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977); *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987).

By Iacobucci J.

**Referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

By Lamer C.J.

**Considered:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; **referred to:** *R. v. Consumers Distributing Co.* (1980), 57 C.C.C. (2d) 317; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541.

By La Forest J.

**Distinguished:** *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; **referred to:** *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443.

*Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952); *United States v. Freed*, 401 U.S. 601 (1971); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922); *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943); *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977); *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987).

Citée par le juge Iacobucci

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts examinés:** *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; **arrêts mentionnés:** *R. v. Consumers Distributing Co.* (1980), 57 C.C.C. (2d) 317; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541.

Citée par le juge La Forest

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; **arrêts mentionnés:** *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443.

**Statutes and Regulations Cited**

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), 7, 11(d), 8 to 14.
- Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), (5)(a), (b), 37.3(2)(a), (b), (c), (d) [am. S.C. 1974-75, c. 76, s. 18].
- Constitution Act, 1982*, s. 52(1).
- Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1.
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 251.
- Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13.
- Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 8.

**Authors Cited**

- Canada. Law Reform Commission. *Criminal Responsibility for Group Action*. Working Paper 16. Ottawa: 1976.
- Canada. Law Reform Commission. *The Meaning of Guilt — Strict Liability*. Working Paper 2. Ottawa: 1974.
- Canada. Law Reform Commission. "The Size of the Problem". In *Studies in Strict Liability*. Ottawa: 1974.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences*. Toronto: 1990.
- Packer, Hebert L. "Mens Rea and the Supreme Court" (1962), *Sup. Ct. Rev.* 107.
- Richardson, Geneva. "Strict Liability for Regulatory Crime: the Empirical Research," [1987] *Crim. L.R.* 295.
- Saltzman, A. "Strict Criminal Liability and the United States Constitution: Substantive Criminal Law Due Process" (1978), 24 *Wayne L. Rev.* 1571.
- Webb, Kernaghan R. "Regulatory Offences, the Mental Element and the *Charter*: Rough Road Ahead" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 419.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 70 O.R. (2d) 545, 63 D.L.R. (4th) 325, 52 C.C.C. (3d) 9, 73 C.R. (3d) 320, 35 O.A.C. 331, 46 C.R.R. 73, 27 C.P.R. (3d) 129, allowing an appeal in part from a judgment of Montgomery J. (1988), 46 C.R.R. 100, 23 C.P.R. (3d) 92, allowing an appeal from a finding of Mercer Prov. Ct. J. (1988), 22 C.P.R. (3d) 328. The appeal by Wholesale Travel Group Inc. is dismissed; the Crown's appeal is

**Lois et règlements cités**

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), 7, 11d), 8 à 14.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2), 251.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
- Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1)a), (5)a), b), 37.3(2)a), b), c), d) [mod. S.C. 1974-75, ch. 76, art. 18].
- Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1.
- Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13.
- Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 8.

**c Doctrine citée**

- Canada. Commission de réforme du droit. *La notion de blâme — La responsabilité stricte*. Document de travail 2. Ottawa: 1974.
- Canada. Commission de réforme du droit. *Responsabilité pénale et conduite collective*. Document de travail 16. Ottawa: 1976.
- Canada. Commission de réforme du droit. «The Size of the Problem.» In *Studies in Strict Liability*. Ottawa: 1974.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences*. Toronto: 1990.
- Packer, Herbert L. «Mens Rea and the Supreme Court» (1962), *Sup. Ct. Rev.* 107.
- Richardson, Geneva. «Strict Liability for Regulatory Crime: the Empirical Research,» [1987] *Crim. L.R.* 295.
- Saltzman, A. «Strict Criminal Liability and the United States Constitution: Substantive Criminal Law Due Process» (1978), 24 *Wayne L. Rev.* 1571.
- Webb, Kernaghan R. «Regulatory Offences, the Mental Element and the *Charter*: Rough Road Ahead» (1989), 21 *R. de D. d'Ottawa* 419.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 70 O.R. (2d) 545, 63 D.L.R. (4th) 325, 52 C.C.C. (3d) 9, 73 C.R. (3d) 320, 35 O.A.C. 331, 46 C.R.R. 73, 27 C.P.R. (3d) 129, qui a accueilli en partie un appel d'un jugement du juge Montgomery (1988), 46 C.R.R. 100, 23 C.P.R. (3d) 92, qui avait accueilli un appel contre une décision du juge Mercer de la Cour provinciale (1988), 22 C.P.R. (3d) 328. Le pourvoi de Wholesale Travel Group Inc.



allowed, Lamer C.J., La Forest, Sopinka and McLachlin J.J. dissenting in the result.

*Ian Binnie, Q.C., Kevin McLaughlin and George Dolhai, for The Wholesale Travel Group Inc.*

*Michael R. Dambrot, Q.C., Robert W. Hubbard and Robert J. Frater, for Her Majesty The Queen.*

*M. P. Tunley and Kenneth L. Campbell, for the intervener the Attorney General for Ontario.*

*P. Monty, Gilles Laporte and Paule Grenier, for the intervener the Attorney General of Quebec.*

*Paul Hawkins, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.*

*Shawn Greenberg and Lawrence MacInnes, for the intervener the Attorney General of Manitoba.*

*Graeme Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.*

*R. C. Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta.*

*Earl A. Cherniak, Q.C., and Kirk F. Stevens, for the interveners Ellis-Don Limited and Rocco Morra.*

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

LAMER C.J.—This case involves a constitutional challenge, under ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to the false or misleading advertising provisions of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (as amended), ss. 36(1)(a), 36(5) and 37.3(2):

36. (1) No person shall, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever,

(a) make a representation to the public that is false or misleading in a material respect;

est rejeté. Le pourvoi du ministère public est accueilli, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents quant au résultat.

*Ian Binnie, c.r., Kevin McLaughlin et George Dolhai, pour The Wholesale Travel Group Inc.*

*Michael R. Dambrot, c.r., Robert W. Hubbard et Robert J. Frater, pour Sa Majesté la Reine.*

*M. P. Tunley et Kenneth L. Campbell, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.*

*P. Monty, Gilles Laporte et Paule Grenier, pour l'intervenant le procureur général du Québec.*

*Paul Hawkins, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.*

*Shawn Greenberg et Lawrence MacInnes, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.*

*Graeme Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.*

*R. C. Maybank, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.*

*Earl A. Cherniak, c.r., et Kirk F. Stevens, pour les intervenants Ellis-Don Limited et Rocco Morra.*

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Cette affaire met en cause, en application de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la constitutionnalité des dispositions de l'al. 36(1)a) et des par. 36(5) et 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, modifiée, relatives à la publicité fautive ou trompeuse:

36. (1) Nul ne doit, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques

a) donner au public des indications fausses ou trompeuses sur un point important;

(5) Any person who violates subsection (1) is guilty of an offence and is liable

(a) on conviction on indictment, to a fine in the discretion of the court or to imprisonment for five years or to both; or

(b) on summary conviction, to a fine of twenty-five thousand dollars or to imprisonment for one year or to both.

### 37.3 ...

(2) No person shall be convicted of an offence under section 36 or 36.1, if he establishes that,

(a) the act or omission giving rise to the offence with which he is charged was the result of error;

(b) he took reasonable precautions and exercised due diligence to prevent the occurrence of such error;

(c) he, or another person, took reasonable measures to bring the error to the attention of the class of persons likely to have been reached by the representation or testimonial; and

(d) the measures referred to in paragraph (c), except where the representation or testimonial related to a security, were taken forthwith after the representation was made or the testimonial was published.

### The Facts

Wholesale Travel Group Inc. (a travel agency) and Mr. Colin Chedore were jointly charged with five counts of false or misleading advertising, contrary to s. 36(1)(a) of the *Competition Act, supra*. The Crown elected to proceed by way of summary conviction and the accused pleaded not guilty. The advertisements in question referred to vacations at "wholesale prices". Apparently, the Crown intended to argue at trial that "wholesale price" refers to the price at which Wholesale Travel acquired its travel packages and that the advertisements were therefore false or misleading. This argument was never made because, at the outset of the trial, the accused brought a motion pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* for a declaration that ss. 36(1) and 37.3(2) of the *Compe-*

(5) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable d'une infraction et passible,

a) après déclaration de culpabilité à la suite d'une mise en accusation, d'une amende à la discrétion du tribunal ou d'un emprisonnement de cinq ans, ou de l'une et l'autre peine; ou

b) après déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende de vingt-cinq mille dollars ou d'un emprisonnement d'un an, ou de l'une et l'autre peine.

### 37.3 ...

(2) La personne accusée d'avoir commis une infraction tombant sous le coup des articles 36 ou 36.1 ne peut en être déclarée coupable si elle prouve que

a) l'infraction résulte d'une erreur;

b) elle a pris les précautions raisonnables et fait preuve de diligence pour prévenir cette erreur;

c) elle a pris ou fait prendre des mesures raisonnables pour porter l'erreur à l'attention des personnes susceptibles d'être concernées par les indications ou l'attestation; et

d) les mesures mentionnées à l'alinéa c) ont été prises sans délai après la publication des indications ou de l'attestation, sauf lorsque celles-ci concernent des valeurs mobilières.

### Les faits

Wholesale Travel Group Inc. (une agence de voyages) et M. Colin Chedore ont été conjointement l'objet de cinq chefs d'accusation de publicité fautive ou trompeuse, infraction prévue à l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, précité. Le ministère public a choisi la procédure sommaire et les accusés ont plaidé non coupables. La publicité en question parlait de vacances au [TRADUCTION] «prix de gros». Apparemment, le ministère public entendait soutenir au procès que l'expression au «prix de gros» désigne les prix auxquels Wholesale Travel achetait ses forfaits et que la publicité était par conséquent fautive ou trompeuse. Cet argument n'a jamais été avancé parce qu'au début du procès, les accusés ont présenté une requête, en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, visant à obtenir un jugement déclaratoire selon lequel les par. 36(1) et 37.3(2) de

*tition Act* were inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and were, therefore, of no force or effect.

The trial judge ruled in favour of the accused's motion and held that ss. 36(1) and 37.3(2) were inconsistent with ss. 7 and 11(d) and could not be upheld under s. 1 of the *Charter*. Consequently, he dismissed the charges against both accused. On appeal to the Supreme Court of Ontario, Montgomery J. held that the impugned provisions did not violate the *Charter* and remitted the case to the Provincial Court for trial before another judge. The accused, Wholesale Travel, appealed this ruling to the Ontario Court of Appeal. The individual accused, Mr. Colin Chedore, did not appeal this ruling and therefore he is not a party before this Court.

The Ontario Court of Appeal (Zuber J.A. dissenting in part) affirmed the remittance of the case to the Provincial Court for trial but allowed the appeal in part. Indeed, Tarnopolsky and Lacourcière J.J.A. (the majority) held that s. 37.3(2)(c) and (d) of the *Competition Act* were severable from the rest of s. 37.3(2) and declared them to be of no force or effect, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The majority further held that the words "he establishes that" in s. 37.3(2) were severable and declared that they were of no force or effect.

Both Wholesale Travel and the Crown have appealed from the judgment of the Ontario Court of Appeal. Constitutional questions were stated on July 26, 1990. A number of provinces have intervened in these cases: Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Quebec and New Brunswick. Two other interested parties were also granted intervenor status in these appeals: Ellis-Don Limited and Rocco Morra.

#### Judgments Below

*Ontario Provincial Court—Criminal Division* (1988), 22 C.P.R. (3d) 328

la *Loi sur la concurrence* étaient incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et, par conséquent, inopérants.

<sup>a</sup> Le juge du procès a fait droit à la requête des accusés et décidé que les par. 36(1) et 37.3(2) étaient incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11d) et ne pouvaient pas être tenus pour valides sous le régime de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, il a rejeté les accusations portées contre les deux accusés. En appel devant la Cour suprême de l'Ontario, le juge Montgomery a conclu que les dispositions attaquées ne violaient pas la *Charte* et il a renvoyé l'affaire devant la Cour provinciale afin qu'elle soit entendue par un autre juge. L'accusée Wholesale Travel a porté cette décision en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. L'accusé Colin Chedore n'a pas interjeté appel de cette décision et n'est donc pas partie au présent pourvoi.

<sup>d</sup> La Cour d'appel de l'Ontario (le juge Zuber dissident en partie) a confirmé le renvoi de l'affaire devant la Cour provinciale pour la tenue d'un procès mais a fait droit à l'appel en partie. En fait, les juges Tarnopolsky et Lacourcière (la majorité) ont décidé que les al. c) et d) pouvaient être retranchés du par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* et ils les ont déclarés inopérants conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La majorité a en outre conclu que les mots «elle prouve que» du par. 37.3(2) pouvaient être retranchés et elle a déclaré qu'ils étaient inopérants.

<sup>g</sup> Wholesale Travel et le ministère public ont tous deux interjeté appel de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Des questions constitutionnelles ont été formulées le 26 juillet 1990. Certaines provinces sont intervenues dans ces affaires: l'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba, l'Ontario, le Québec et le Nouveau-Brunswick. Deux autres parties intéressées ont été autorisées à intervenir dans ces pourvois: Ellis-Don Limited et Rocco Morra.

#### Les jugements des juridictions inférieures

<sup>j</sup> *La Cour provinciale de l'Ontario—Division criminelle* (1988), 22 C.P.R. (3d) 328

Mercer Prov. Ct. J. stated that the effect of paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) was to provide an accused with the common law defence of due diligence. However, paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) detracted from the common law defence by requiring an accused not only to prove due diligence on a balance of probabilities, but also to make a "timely retraction" of the advertisement. Mercer Prov. Ct. J. was of the view, at p. 331, that paras. (c) and (d) required an accused to "admit the wrongful act before he is permitted to enter a defence of due diligence" and that in situations where an accused was unable to make a retraction, the offence would become one of absolute liability. Given that a possible penalty of five years' imprisonment attached to this offence, Mercer Prov. Ct. J. held (on the basis of *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486) that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) violated s. 7 of the *Charter*.

With respect to paras. (a) and (b) of s. 37.3(2), Mercer Prov. Ct. J. held (on the basis of *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636) that lack of due diligence (i.e., negligence) was not a sufficient *mens rea* under s. 7 of the *Charter*, given that the penalty and stigma attached to the offence was "considerable". Accordingly, Mercer Prov. Ct. J. held that paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

Mercer Prov. Ct. J. stated that ss. 36 and 37.3 constituted a "legislative scheme" and that they "must stand or fall together". He rejected the Crown's argument, at p. 333, that the impugned provisions were justified as reasonable limits under s. 1 because the prevalence of misleading advertising was of "epidemic proportion[s]" and he therefore held that ss. 36(1) and 37.3(2) of the *Competition Act* were of no force or effect.

*Supreme Court of Ontario* (1988), 46 C.R.R. 100

Montgomery J. characterized the offence of false/misleading advertising as follows, at p. 102:

The false or misleading character of the representation constitutes the *actus reus* of the offence and is

Le juge Mercer a mentionné que les al. a) et b) du par. 37.3(2) avaient pour effet de permettre à l'accusé de faire valoir le moyen de défense de diligence raisonnable reconnu par la common law. Toutefois, les al. c) et d) du par. 37.3(2) s'écartaient du moyen de défense de la common law car ils exigeaient que l'accusé non seulement prouve sa diligence selon la prépondérance des probabilités, mais encore [TRADUCTION] «rétracte sans délai» cette publicité. Le juge Mercer était d'avis, à la p. 331, que les al. c) et d) obligeaient l'accusé à [TRADUCTION] «avouer l'acte répréhensible avant de faire valoir la défense de diligence» et que, dans les cas où un accusé serait incapable de faire une rétractation, l'infraction entrerait alors dans la catégorie des infractions de responsabilité absolue. Comme la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans, le juge Mercer a statué (vu le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486) que les al. c) et d) du par. 37.3(2) violaient l'art. 7 de la *Charte*.

Quant aux al. a) et b) du par. 37.3(2), le juge Mercer a statué (en s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636) que le défaut de diligence (c'est-à-dire la négligence) ne constituait pas une *mens rea* suffisante au regard de l'art. 7 de la *Charte*, étant donné que la peine et les stigmates liés à l'infraction étaient très graves. Par conséquent, le juge Mercer a conclu que les al. a) et b) du par. 37.3(2) violaient l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

Le juge Mercer a dit que les art. 36 et 37.3 constituaient un [TRADUCTION] «ensemble législatif» et que «leur validité devait être appréciée globalement». Il a repoussé l'argument du ministère public, à la p. 333, selon lequel les dispositions contestées représentaient des restrictions raisonnables, justifiées au sens de l'article premier, parce que le phénomène de la publicité trompeuse avait pris une ampleur «épidémique», et il a donc conclu que les par. 36(1) et 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* étaient inopérants.

*La Cour suprême de l'Ontario* (1988), 46 C.R.R. 100

Le juge Montgomery a caractérisé ainsi l'infraction de publicité fautive ou trompeuse, à la p. 102:

[TRADUCTION] La fausseté ou le caractère trompeur des indications forment l'*actus reus* de l'infraction et ils

determined by an objective assessment of the meaning of the representation, without reference to the culpability of the accused's conduct. The section encompasses innocent, negligent, reckless and intentionally false misrepresentation.

He noted that in *R. v. Consumers Distributing Co.* (1980), 57 C.C.C. (2d) 317, the Ontario Court of Appeal held that false/misleading advertising is a strict liability offence and that the burden of proof is, therefore, on the defendant to establish the defence of due diligence on a balance of probabilities. Moreover, under s. 37.3(2), it was necessary to meet all four requirements in order to sustain the statutory defence.

Montgomery J. referred to *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and to *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, and upheld the impugned provisions on the basis of *Holmes*. He stated, at p. 103:

Just as possession of housebreaking instruments for an innocent purpose can be argued by an accused charged under s. 309 of the *Code*, so can due diligence be argued by the accused under s. 37.3 of the *Competition Act*. Further, for the Crown to secure a conviction under s. 36 of the *Competition Act*, all elements of the offence must be proved beyond a reasonable doubt.

Montgomery J. concluded that ss. 36(1)(a) and 37.3(2)(c) and (d) did not violate s. 11(d) of the *Charter* since the modified due diligence defence did not relieve the Crown of proving, beyond a reasonable doubt, any of the essential elements of the offence. Consequently, Montgomery J. remitted the case to the Provincial Court for trial before another judge.

*Ontario Court of Appeal* (1989), 70 O.R. (2d) 545

Majority (Tarnopolsky and Lacourcière J.J.A.)

The majority first addressed the Crown's contention that Wholesale Travel could not raise s. 7 of the *Charter* in its defence because, according to this Court's judgment in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attor-*

sont déterminés par une appréciation objective du sens des indications, sans égard à la culpabilité de l'accusé. La disposition vise les indications fausses, qu'elles soient faites de bonne foi, par négligence, par insouciance ou intentionnellement.

Il a fait observer que, dans l'arrêt *R. v. Consumers Distributing Co.* (1980), 57 C.C.C. (2d) 317, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que la publicité fautive ou trompeuse est une infraction de responsabilité stricte et qu'il incombe donc à l'accusé de faire la preuve du moyen de défense de diligence selon la prépondérance des probabilités. En outre, le moyen de défense prévu au par. 37.3(2) exige que les quatre conditions aient été remplies.

Le juge Montgomery a mentionné les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, et il a confirmé la validité des dispositions attaquées en s'appuyant sur l'arrêt *Holmes*. Il dit, à la p. 103:

[TRADUCTION] Tout comme l'accusé, dans le cas de l'infraction prévue à l'art. 309 du *Code*, peut faire valoir la possession d'outils de cambriolage à une fin légitime, de même la personne accusée de l'infraction prévue à l'art. 37.3 de la *Loi sur la concurrence* peut invoquer la diligence. Par surcroît, le ministère public doit, pour faire déclarer l'accusé coupable en vertu de l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, faire la preuve de tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable.

Le juge Montgomery a conclu que les al. 36(1)a) et 37.3(2)c) et d) ne violaient pas l'al. 11d) de la *Charte* puisque le moyen de défense modifié de la diligence ne dégageait pas le ministère public de l'obligation de prouver, hors de tout doute raisonnable, l'un ou l'autre des éléments essentiels de l'infraction. Par conséquent, le juge Montgomery a renvoyé l'affaire devant la Cour provinciale afin qu'elle soit entendue par un autre juge.

*La Cour d'appel de l'Ontario* (1989), 70 O.R. (2d) 545

Les juges majoritaires (Tarnopolsky et Lacourcière)

Les juges majoritaires ont d'abord étudié l'argument du ministère public selon lequel Wholesale Travel ne pouvait pas faire valoir l'art. 7 de la *Charte* pour sa défense, parce que, d'après l'arrêt de notre

ney General), [1989] 1 S.C.R. 927, a corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the Charter. Tarnopolsky J.A. stated that *Irwin Toy Ltd.* was distinguishable from *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, because *Irwin Toy Ltd.* concerned an application for a declaration that certain provisions of the Quebec *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, were *ultra vires*, whereas *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* concerned a criminal prosecution. Therefore, the holding in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* at pp. 313-14 that "[a]ny accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid" was preserved. He noted that in *Irwin Toy Ltd.*, the majority explicitly stated that because there were no penal proceedings involved in the case, the principle articulated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* was not involved. Tarnopolsky J.A. concluded as follows, at p. 558:

Once charged with an offence, a corporation is entitled to submit that the legislation under which it is charged is unconstitutional because it infringes the right to life, liberty and security of a human being, and thus violates s. 7 of the Charter.

Turning to the substantive Charter issues, Tarnopolsky J.A. reviewed this Court's decisions in *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* and noted that these judgments require that an accused who risks imprisonment upon conviction must always have a defence of due diligence open to him or her. Tarnopolsky J.A. stated that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) could have the effect of depriving an accused of the defence of due diligence because they required that an accused who did not make a prompt retraction be convicted even where the failure to make a prompt retraction was not negligent. Consequently, the defence of due diligence was not always open to an accused charged with false/misleading advertising despite the fact that such an accused risks imprisonment upon conviction. Tarnopolsky J.A. therefore concluded that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) were contrary to s. 7 of the Charter.

*Cour Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, une personne morale ne peut pas invoquer la protection de l'art. 7 de la Charte. Le juge Tarnopolsky a dit qu'il y avait lieu d'établir une distinction entre l'arrêt *Irwin Toy Ltd.* et l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, parce que l'arrêt *Irwin Toy Ltd.* visait une demande tendant à faire déclarer *ultra vires* des dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, L.R.Q., ch. P-40.1, tandis que l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* portait sur des poursuites criminelles. Par conséquent, le principe énoncé dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* aux pp. 313 et 314 restait valable: «Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle». Il a fait remarquer que, dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd.*, la Cour à la majorité a expressément déclaré que, puisqu'il n'y avait pas de poursuite pénale en cours, le principe formulé dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* n'entrait pas en jeu. Le juge Tarnopolsky conclut, à la p. 558:

[TRADUCTION] La personne morale contre laquelle est portée une accusation a le droit de faire valoir que la loi en vertu de laquelle elle est accusée est inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une personne physique et viole donc l'art. 7 de la Charte.

Passant ensuite aux questions de fond touchant la Charte, le juge Tarnopolsky a examiné les arrêts de notre Cour *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et *Vaillancourt* et fait observer que, selon ces arrêts, l'accusé qui risque l'emprisonnement doit toujours avoir le droit de faire valoir la défense de diligence raisonnable. Le juge Tarnopolsky a dit que les al. c) et d) du par. 37.3(2) pouvaient avoir pour effet de priver l'accusé de la défense de diligence parce qu'ils prescrivent que l'accusé qui ne fait pas de rétractation sans délai doit être déclaré coupable, même si ce n'est pas par négligence qu'il ne l'a pas fait. Par conséquent, l'accusé à qui la publicité fautive ou trompeuse a été reprochée ne peut pas toujours invoquer la défense de diligence en dépit du fait qu'il risque l'emprisonnement. Le juge Tarnopolsky a donc conclu que les al. c) et d) du par. 37.3(2) portaient atteinte à l'art. 7 de la Charte.

The majority went on to consider whether the paragraphs could be upheld under s. 1 of the *Charter*. It cited extensively from *Re B.C. Motor Vehicle Act* and noted at p. 560 that there was a very high standard for saving what amounted to an “absolute liability offence” (with penal consequences) under s. 1 of the *Charter*. In any event, the Crown had indicated to the Court of Appeal that it would not be relying on s. 1 in the event that a s. 7 violation was found. Consequently, the majority held that s. 37.3(2)(c) and (d) were unconstitutional and were, pursuant to s. 52(1), of no force or effect.

The majority then considered the constitutionality of s. 36(1)(a) combined with the remainder of s. 37.3(2). It stated that these remaining provisions constituted a strict liability offence (paras. (a) and (b) providing the usual due diligence defence) and that they required an accused to carry the “persuasive burden” with respect to the due diligence defence (i.e., establish due diligence on a balance of probabilities).

Tarnopolsky J.A. stated that the issue with respect to the “reverse onus” was whether it violated s. 11(d) of the *Charter*, and that because ss. 8 to 14 address specific deprivations of the right to life, liberty and security of the person afforded by s. 7, it was unnecessary to consider this issue further under s. 7 itself. Tarnopolsky J.A. reviewed the decisions of this Court in *Oakes, supra, Holmes, supra, R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, and *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, and stated at p. 567:

Throughout its decisions, from *Oakes, supra*, to *Schwartz, supra*, the Supreme Court of Canada has held consistently that a statutory provision which makes it possible for an accused to be convicted despite the existence of a reasonable doubt in the mind of the trier as to the guilt of the accused violates the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter*.

The majority distinguished the present case from *Schwartz* on the basis that in *Schwartz*, Justice McIntyre held that even though there was a burden on the

La majorité s’est demandé ensuite si les alinéas étaient valides sous le régime de l’article premier de la *Charte*. Elle a cité de larges extraits du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et souligné à la p. 560 qu’il fallait déterminer selon un critère très rigoureux si une infraction qui peut être qualifiée d’«infraction de responsabilité absolue» (entraînant des conséquences pénales) était justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. De toute façon, le ministre public avait dit à la Cour d’appel qu’il ne se fonderait pas sur l’article premier si elle concluait à la violation de l’art. 7. Par conséquent, la majorité a décidé que les al. 37.3(2)c) et d) étaient inconstitutionnels et, en vertu du par. 52(1), inopérants.

La majorité s’est ensuite penchée sur la constitutionnalité de l’al. 36(1)a) conjugué au reste du par. 37.3(2). Elle a déclaré que les dispositions restantes constituaient une infraction de responsabilité stricte (les al. a) et b) prévoyant la défense habituelle de diligence raisonnable) et qu’elles obligeaient l’accusé à s’acquitter de la «charge de persuasion» à l’égard du moyen de défense de diligence (c’est-à-dire à prouver sa diligence selon la prépondérance des probabilités).

Le juge Tarnopolsky a dit que la question relative à [TRADUCTION] «l’inversion de la charge» consistait à se demander si celle-ci portait atteinte à l’al. 11d) de la *Charte* et que, parce que les art. 8 à 14 portent sur des atteintes particulières au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l’art. 7, il n’était pas nécessaire d’examiner cette question en fonction de l’art. 7. Après avoir étudié les arrêts de notre Cour *Oakes*, précité, *Holmes*, précité, *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, et *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, le juge Tarnopolsky dit à la p. 567:

[TRADUCTION] Dans tous ses arrêts, à partir de l’arrêt *Oakes*, précité, jusqu’à l’arrêt *Schwartz*, précité, la Cour suprême du Canada a, chaque fois, décidé qu’une disposition de la loi qui permet qu’un accusé soit déclaré coupable malgré l’existence d’un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits au sujet de sa culpabilité viole la présomption d’innocence garantie à l’al. 11d) de la *Charte*.

La majorité a estimé que les circonstances du présent pourvoi et de l’arrêt *Schwartz* étaient différentes car, dans l’arrêt *Schwartz*, le juge McIntyre a dit que

accused to prove that he held a registration certificate on a balance of probabilities, there was no risk that a conviction would result despite the existence of a reasonable doubt as to guilt because the production or non-production of the registration certificate was determinative as to guilt. Conversely, in the case at bar, it would clearly be possible for an accused to raise a reasonable doubt that he or she acted with due diligence without being able to establish that defence on a balance of probabilities. Consequently, the persuasive burden imposed by s. 37.3(2) could operate so as to permit a conviction despite a reasonable doubt as to the culpability of the accused and therefore was inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*.

With respect to s. 1, Tarnopolsky J.A. stated that because the Crown had not attempted to establish that the "reverse onus" was a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*, it must be held to be of no force or effect.

In the result, the majority held that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) were severable from the rest of s. 37.3(2) and were of no force or effect. The words "he establishes that" were also severed from the rest of s. 37.3(2) and declared to be of no force or effect. The majority stated that because the *Charter* motion had been made at trial before any evidence was heard, it was necessary to remit the case back to the Provincial Court for a new trial on the basis of the provisions as they now stood.

#### Dissent (Zuber J.A.)

Zuber J.A. reviewed the decisions of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* and concluded that s. 36(1)(a) could stand as long as a defence of due diligence would be available to anyone charged with contravening that provision. He stated that paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) provided an accused with a statutory due diligence defence, but noted that an accused was required to establish due diligence on a balance of probabilities. After reviewing this Court's decisions in *Holmes*, *Whyte*, and *Schwartz*, Zuber J.A. stated that there appeared to be two conflicting theories underlying these cases and that the only way to reconcile these cases was to

même s'il incombait à l'accusé de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il détenait un certificat d'enregistrement, il n'y avait aucun danger qu'il fût déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité parce que la production du certificat établissait son innocence. À l'inverse, en l'espèce, il serait à l'évidence possible que l'accusé suscite un doute raisonnable quant à sa diligence tout en n'étant pas en mesure d'établir ce moyen de défense selon la prépondérance des probabilités. Par conséquent, la charge de persuasion imposée par le par. 37.3(2) pourrait avoir pour effet de permettre la déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé et est donc incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*.

Au sujet de l'article premier, le juge Tarnopolsky a dit que, parce que le ministère public n'avait pas tenté d'établir que l'«inversion de la charge» était une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*, elle devait être tenue pour inopérante.

En conclusion, la majorité a décidé que les al. c) et d) pouvaient être retranchés du par. 37.3(2) et étaient inopérants. Les mots «elle prouve que» ont aussi été retranchés du par. 37.3(2) et déclarés inopérants. La majorité a déclaré que, parce que la requête fondée sur la *Charte* avait été présentée au procès avant qu'aucun élément de preuve ait été produit, il était nécessaire de renvoyer l'affaire devant la Cour provinciale afin qu'un nouveau procès soit tenu, sur la base des dispositions dans leur nouvelle teneur.

#### Le juge Zuber (dissident)

Le juge Zuber a étudié les arrêts de notre Cour *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B. et Vaillancourt* et a conclu que l'al. 36(1)a) était valide dans la mesure où toute personne accusée d'avoir enfreint cette disposition pouvait faire valoir la défense de diligence. Il a dit que les al. a) et b) du par. 37.3(2) offraient à l'accusé la défense de diligence, mais il a fait remarquer que l'accusé était tenu d'en faire la preuve selon la prépondérance des probabilités. Après avoir examiné les arrêts de notre Cour *Holmes*, *Whyte* et *Schwartz*, le juge Zuber a déclaré que ces arrêts semblaient reposer sur deux théories contradictoires et qu'ils ne pouvaient être conciliés, en ce qui



draw a distinction between elements of an offence and defences with respect to s. 11(d). In other words, Zuber J.A. concluded that it was only when a statutory provision placed the persuasive burden on an accused with respect to an essential element (as opposed to a defence) that the provision limited s. 11(d) of the *Charter*. Consequently, since due diligence is a defence, the persuasive burden contained in s. 37.3(2) did not violate s. 11(d).

With respect to paras. (c) and (d) of s. 37.3(2), Zuber J.A. at p. 555 agreed with Tarnopolsky J.A. that these provisions “constricted” the offence spelled out in s. 36(1)(a) in such a way that it “becomes tantamount to an absolute liability offence”. Consequently, Zuber J.A. agreed that the case should be remitted to the Provincial Court for a new trial.

### Issues

The following constitutional questions were stated on July 26, 1990:

1. Does s. 37.3(2) of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended, in whole or in part violate ss. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Does s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, in and of itself or when read in combination with s. 37.3(2) of the *Competition Act*, violate ss. 7 or 11(d) of the *Charter*?
3. If either question 1 or question 2 is answered in the affirmative, is (are) the impugned provision(s) saved by s. 1 of the *Charter*?

There are two other main issues which were raised by the parties but which are not encompassed by the constitutional questions:

Does a corporation have “standing” to challenge the constitutionality of these statutory provisions on the basis of ss. 7 and 11(d) and if so, is a corporation

concerne l'al. 11d), que par l'établissement d'une distinction entre les éléments d'une infraction et les moyens de défense. Autrement dit, le juge Zuber a conclu que c'était seulement dans le cas où une disposition de la loi imposait à l'accusé la charge de persuasion quant à un élément essentiel (par opposition à un moyen de défense), que la disposition portait atteinte à l'al. 11d) de la *Charte*. Par conséquent, comme la diligence est un moyen de défense, la charge de persuasion prévue au par. 37.3(2) ne viole pas l'al. 11d).

Quant aux al. c) et d) du par. 37.3(2), le juge Zuber souscrit, à la p. 555, au point de vue du juge Tarnopolsky selon lequel ces dispositions [TRADUCTION] «resserrent» l'infraction contenue à l'al. 36(1)a) à tel point qu'elle «équivaux à une infraction de responsabilité absolue». Par conséquent, le juge Zuber approuve le renvoi de l'affaire devant la Cour provinciale pour la tenue d'un nouveau procès.

### e Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 26 juillet 1990:

1. Le paragraphe 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, et modifications, ou une partie de ce paragraphe, porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. L'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, pris isolément ou avec le par. 37.3(2) de cette loi, porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*?
3. Si l'une ou l'autre des questions précédentes reçoit une réponse affirmative, peut-on justifier la ou les dispositions contestées en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Deux autres questions principales ont été soulevées par les parties, mais ne sont pas visées par les questions constitutionnelles:

Une personne morale a-t-elle «qualité» pour contester la constitutionnalité de ces dispositions législatives en se fondant sur l'art. 7 et l'al. 11d) et, le cas

entitled to benefit from a finding that the provisions violate a human being's constitutional rights?

Did the Ontario Court of Appeal err in "rewriting" the offence in that it struck down only paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) and deleted the words "he establishes that" rather than declaring the entire provision to be of no force or effect?

#### Analysis

*Does Wholesale Travel Group Inc. Have Standing to Raise the Constitutional Issue and can it Benefit From a Finding of Unconstitutionality?*

This Court has held on a number of occasions that a corporation charged with an offence has "standing" to challenge the constitutionality of the offence (as it applies to a human being) as part of its own defence. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, a corporation which was charged with unlawfully carrying on the sale of goods on a Sunday contrary to the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, successfully invoked s. 2(a) of the *Charter* to strike down the Act and was acquitted on the basis that the Act was, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, of no force or effect. The majority, *per* Dickson C.J., acknowledged that a corporation could not exercise or enjoy freedom of religion, but stated that this was irrelevant to the disposition of the case. Dickson C.J. stated, at pp. 313-14:

Section 52 sets out the fundamental principle of constitutional law that the Constitution is supreme. The undoubted corollary to be drawn from this principle is that no one can be convicted of an offence under an unconstitutional law. The respondent did not come to court voluntarily as an interested citizen asking for a prerogative declaration that a statute is unconstitutional. If it had been engaged in such "public interest litigation" it would have had to fulfill the status requirements laid down by this Court in the trilogy of "standing" cases . . . but that was not the reason for its appearance in Court.

Any accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid. [Emphasis added.]

échéant, peut-elle bénéficier de la conclusion selon laquelle les dispositions portent atteinte aux droits constitutionnels d'une personne physique?

a La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en «reformulant» l'infraction, c'est-à-dire en n'invalidant que les al. c) et d) du par. 37.3(2) et en supprimant les mots «elle prouve que» plutôt que de déclarer toute la disposition inopérante?

#### Analyse

*Wholesale Travel Group Inc. a-t-elle qualité pour soulever la question constitutionnelle et peut-elle bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité?*

Notre Cour a conclu à maintes reprises qu'une personne morale accusée d'une infraction a «qualité» pour contester la constitutionnalité de l'infraction (applicable à une personne physique) pour sa propre défense. Dans l'arrêt *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, une personne morale accusée de s'être illégalement livrée à la vente de marchandises le dimanche, infraction prévue à la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13, a invoqué avec succès l'al. 2a) de la *Charte* pour faire invalider la Loi et a été acquittée parce que la Loi, conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, était inopérante. La majorité, par la voix du juge en chef Dickson, a reconnu qu'une personne morale ne pouvait pas jouir de la liberté de religion, mais elle a déclaré que cela était sans importance quant au fond de l'affaire. Le juge en chef Dickson dit, aux pp. 313 et 314:

L'article 52 énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution. De ce principe il découle indubitablement que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. Ce n'est pas volontairement, à titre de citoyen intéressé qui demande qu'une loi soit déclarée inconstitutionnelle, que l'intimée se trouve devant les tribunaux. S'il s'était agi de ce genre de «litige d'intérêt public», elle aurait eu à satisfaire aux exigences relatives à la qualité pour agir que cette Cour a établies dans les trois arrêts suivants [. . .] Toutefois, ce n'est pas la raison pour laquelle elle s'est présentée en Cour.

Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle. [Je souligne.]

Thus, in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, the corporation clearly benefitted from the holding that the *Lord's Day Act* was constitutionally invalid because it violated an individual's right to freedom of religion.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, this Court held that only human beings can enjoy the right to life, liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*, and that a corporation was therefore unable to seek a declaration that certain provisions of the *Consumer Protection Act* infringed s. 7 of the *Charter* and could not be upheld under s. 1 of the *Charter*. However, the majority was careful to note that there were no penal proceedings pending in the case and that the principle enunciated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* was therefore not involved.

Finally, in this Court's recent decision in *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705, Justice Cory (for the Court) referred at p. 709 to the holding in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* as an "exception to this general principle" that a corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*.

A number of parties contended, in oral argument, that while this Court has held that a corporation which has been charged with a penal provision has standing to challenge the constitutionality of that provision, this does not necessarily mean that the corporation can benefit from a finding that the provision violates a human being's constitutional rights. In other words, when a corporation's constitutional challenge gives rise to a finding that a statutory provision violates a human being's *Charter* rights, the appropriate remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* is that the provision is of no force or effect with respect to human beings (because this is the extent of the inconsistency between the Constitution and the law), but the provision remains of force and effect with respect to corporations (because the provi-

Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la société a nettement pu bénéficier de la conclusion selon laquelle la *Loi sur le dimanche* était inconstitutionnelle parce qu'elle violait le droit d'une personne physique à la liberté de religion.

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, notre Cour a décidé que seuls les êtres humains pouvaient jouir du droit à la vie, à la liberté et la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte* et qu'une personne morale ne pouvait donc pas demander que le tribunal déclare que certaines dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*, portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte* et ne peuvent être déclarées valides en vertu de l'article premier de la *Charte*. Toutefois, la majorité a pris soin de souligner qu'il n'y avait pas de poursuite pénale en cours et que le principe formulé dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* n'entraîne donc pas en jeu.

En dernier lieu, dans l'arrêt récent de notre Cour *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705, le juge Cory (au nom de la Cour) qualifie, à la p. 709, la conclusion tirée dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* d'«exception à ce principe général» qui veut qu'une personne morale ne puisse pas se prévaloir de la protection de l'art. 7 de la *Charte*.

Plusieurs parties ont soutenu au cours des débats que si notre Cour a conclu qu'une personne morale inculpée en vertu d'une disposition pénale a qualité pour contester la constitutionnalité de cette disposition, cela ne signifie pas nécessairement qu'une personne morale peut bénéficier de la conclusion selon laquelle la disposition porte atteinte aux droits constitutionnels d'une personne physique. Autrement dit, si par suite de la demande de déclaration d'inconstitutionnalité présentée par une personne morale, le tribunal conclut qu'une disposition de la loi porte atteinte aux droits d'une personne physique garantis par la *Charte*, la réparation qui s'impose aux termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, est que la disposition est inopérante en ce qui concerne les personnes physiques (parce que c'est dans cette mesure que la règle de droit est incompatible avec la Constitution), mais qu'elle reste opérante au regard

sion as applied to corporations is not inconsistent with the Constitution).

Such an interpretation of the words “to the extent of the inconsistency” contained in s. 52(1) would be inconsistent with this Court’s holding in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, and would not accord with this Court’s general approach to s. 52(1). For example, in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, this Court restored Dr. Morgentaler’s acquittal on the basis that s. 251 (the abortion provision) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, limited women’s rights under s. 7 of the *Charter*, could not be upheld under s. 1 and was therefore of no force or effect. Dr. Morgentaler, as an accused person, was entitled to challenge the constitutionality of s. 251 on the basis that it violated women’s *Charter* rights. Moreover, he was entitled to benefit from the finding that the provision was inconsistent with the Constitution and was, therefore, of no force or effect. I am not prepared to depart from this approach to s. 52(1).

Thus, it is my view that Wholesale Travel does have standing to challenge the constitutionality of the false/misleading advertising provisions under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and may benefit from a finding that these provisions are unconstitutional. However, this is not to say that if the same provisions were enacted so as to apply exclusively to corporations, a corporation would be entitled to raise the *Charter* arguments which have been raised in the case at bar. The problem with ss. 36(1) and 37.3(2) of the *Competition Act* is that they are worded so as to encompass both individual and corporate accused; in this sense, they are “over-inclusive”. Therefore, if the provisions violate an individual’s *Charter* rights they must be struck down (to the extent of the inconsistency) under s. 52(1). Once the provisions are held to be of no force or effect, they cannot apply to any accused, whether corporate or individual. While this result must follow from a finding that an over-inclusive statutory provision violates *Charter* rights, I do not wish to be taken as having ruled on the issue of the appropriate remedy where an under-inclusive statutory provision (e.g., one which confers a benefit to some but not to others) is found to violate *Charter*

des personnes morales (parce que la disposition appliquée aux personnes morales n’est pas incompatible avec la Constitution).

<sup>a</sup> Cette interprétation du mot «incompatible» employé au par. 52(1) contredirait l’arrêt de notre Cour *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, et ne s’accorderait pas avec l’analyse du par. 52(1) qu’a faite notre Cour. Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, notre Cour a rétabli l’acquittement du D<sup>r</sup> Morgentaler parce que l’art. 251 (la disposition relative à l’avortement) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, limitait les droits garantis aux femmes à l’art. 7 de la *Charte*, qu’il ne pouvait pas être justifié en vertu de l’article premier et qu’il était donc inopérant. Le D<sup>r</sup> Morgentaler, à titre d’inculpé, avait le droit de contester la constitutionnalité de l’art. 251 pour la raison qu’il violait les droits des femmes garantis par la *Charte*. En outre, il avait le droit de bénéficier de la conclusion du tribunal selon laquelle la disposition était incompatible avec la Constitution et donc inopérante. Je ne suis pas disposé à m’écarter de cette interprétation du par. 52(1).

Je suis donc d’avis que Wholesale Travel a qualité pour contester la constitutionnalité des dispositions relatives à la publicité fautive ou trompeuse en vertu de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte* et peut bénéficier de la déclaration d’inconstitutionnalité de ces dispositions. Toutefois, cela ne signifie pas que si ces mêmes dispositions visaient uniquement les personnes morales, une personne morale aurait le droit de faire valoir les arguments fondés sur la *Charte* qui ont été avancés en l’espèce. Le problème que posent les par. 36(1) et 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, est qu’ils visent tant les personnes physiques que les personnes morales; en ce sens, ils constituent des dispositions «de portée excessive». Par conséquent, si les dispositions portent atteinte aux droits d’une personne physique garantis par la *Charte*, elles doivent être invalidées (dans la mesure de l’incompatibilité) aux termes du par. 52(1). Une fois déclarées inopérantes, les dispositions ne peuvent s’appliquer à aucun inculpé, personne morale ou physique. C’est le résultat qui doit découler d’une conclusion selon laquelle une disposition de portée excessive viole les droits garantis par la *Charte*, mais je ne veux pas que l’on en déduise que j’ai tranché la question de la

rights. The question of the appropriate *Charter* remedy in such circumstances will be decided when the facts of the case raise the issue and the matter is fully argued before the Court.

As I have said, these provisions apply to both individual and corporate accused. However, if the provisions in question applied only to corporations, the *Charter* analysis would, in my view, be very different. For example, provisions which applied exclusively to corporations could not be challenged on the basis that they combined absolute liability with imprisonment, for the simple reason that a corporation cannot be imprisoned. Furthermore, as I stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 518:

Even if it be decided that s. 7 does extend to corporations, I think the balancing under s. 1 of the public interest against the financial interests of a corporation would give very different results from that of balancing public interest and the liberty or security of the person of a human being.

In my opinion, when the criminal law is applied to a corporation, it loses much of its "criminal" nature and becomes, in essence, a "vigorous" form of administrative law. With the possibility of imprisonment removed, and the stigma which attaches to conviction effectively reduced to loss of money, the corporation is in a completely different situation than is an individual. While it might be argued that in closely held corporations, where there are only two or three shareholders who themselves manage the company, the stigma which attaches to the corporation will carry over to those individuals and will, therefore, affect human interests, it is my view that this consideration should not alter the analysis. The corporate form of business organization is chosen by individuals because of its numerous advantages (legal and otherwise). Those who cloak themselves in the corporate veil, and who rely on the legal distinction between themselves and the corporate entity when it

réparation appropriée dans le cas où le tribunal jugerait qu'une disposition de portée restreinte (p. ex. une disposition qui accorde un avantage à certains mais non à d'autres) porte atteinte à des droits garantis par la *Charte*. La question de la réparation appropriée sous le régime de la *Charte* eu égard à de telles circonstances sera tranchée quand les faits de l'espèce soulèveront cette question et que notre Cour aura entendu le débat complet sur l'affaire.

Je le répète, ces dispositions s'appliquent aux personnes accusées tant physiques que morales. Toutefois, si elles ne visaient que les personnes morales, l'analyse fondée sur la *Charte* serait, à mon sens, très différente. Par exemple, les dispositions qui ne s'appliqueraient qu'aux personnes morales ne pourraient être attaquées au motif qu'elles conjuguent responsabilité absolue et emprisonnement, pour la simple raison qu'une personne morale ne peut pas être emprisonnée. Au surplus, comme je l'ai dit dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 518:

Même si l'on décidait que l'art. 7 s'applique aux personnes morales, je crois que l'équilibre à réaliser, en vertu de l'article premier, entre l'intérêt public et les intérêts financiers d'une société donnerait des résultats très différents de ceux de l'équilibre à réaliser entre l'intérêt public et la liberté ou la sécurité d'une personne physique.

À mon avis, lorsque le droit pénal s'applique à une personne morale, il perd dans une large mesure son caractère «pénal» et devient, essentiellement, une forme «énergique» de droit administratif. Si la possibilité de l'emprisonnement est supprimée et si les stigmates qui se rattachent à la déclaration de culpabilité sont effectivement réduits à la perte d'argent, la personne morale se trouve dans une situation tout à fait différente de celle d'une personne physique. On pourrait certes soutenir que, dans le cas d'une société ayant peu d'actionnaires, soit deux ou trois personnes qui l'administrent elles-mêmes, les stigmates qui s'impriment sur la société sont reportés sur ces individus et ont un effet sur les droits de personnes physiques, mais, à mon avis, ce facteur ne doit pas modifier l'analyse. Les particuliers choisissent la constitution d'une société par actions parce qu'elle comporte de nombreux avantages (juridiques et autres). Ceux qui recourent au paravent de la person-

is to their benefit to do so, should not be allowed to deny this distinction in these circumstances (where the distinction is not to their benefit).

In summary, given that the false/misleading advertising provisions encompass both individual and corporate accused and given this Court's interpretation of s. 52(1), Wholesale Travel does have standing to challenge these provisions under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is entitled to benefit from a finding that the provisions violate a human being's constitutional rights.

*Do ss. 36(1)(a) and 37.3(2) of the Competition Act Violate the Charter?*

### Section 7

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, this Court held that the combination of absolute liability and possible imprisonment violates s. 7 of the *Charter* and will rarely be upheld under s. 1. This is because an absolute liability offence has the potential of convicting a person who really has done nothing wrong (i.e., has acted neither intentionally nor negligently). In *R. v. Vaillancourt*, *supra*, I stated that whenever the state resorts to the restriction of liberty, such as imprisonment, to assist in the enforcement of a law, even a mere provincial regulatory offence, there is, as a principle of fundamental justice, a minimum mental state (or fault requirement) which is an essential element of the offence. *Re B.C. Motor Vehicle Act* inferentially decided that even for a mere provincial regulatory offence at least negligence is required, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused who risks imprisonment upon conviction. The rationale for elevating *mens rea* from a presumed element in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, to a constitutionally required element, was that it is a principle of fundamental justice that the penalty imposed on an accused and the stigma which attaches to that penalty and/or to the conviction itself, necessitate a level of fault which reflects the particular nature of the crime. In *Vaillan-*

nalité morale et qui invoquent la distinction juridique entre eux-mêmes et la personne morale quand ils peuvent en tirer profit, ne doivent pas être autorisés à nier cette distinction dans les circonstances qui nous occupent (lorsque la distinction n'opère pas à leur avantage).

En résumé, étant donné que les dispositions relatives à la publicité fautive ou trompeuse visent tous les accusés, les personnes tant physiques que morales, et étant donné l'interprétation que notre Cour a donnée au par. 52(1), Wholesale Travel a qualité pour contester ces dispositions en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte* et a le droit de bénéficier de la conclusion selon laquelle les dispositions portent atteinte aux droits constitutionnels d'une personne physique.

*L'alinéa 36(1)a) et le par. 37.3(2) de la Loi sur la concurrence violent-ils la Charte?*

### L'article 7

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, notre Cour a décidé que la conjugaison de la responsabilité absolue et de l'emprisonnement violait l'art. 7 de la *Charte* et sera rarement justifiée en vertu de l'article premier. C'est que l'infraction de responsabilité absolue risque d'entraîner la déclaration de culpabilité d'une personne qui n'a réellement rien fait de mal (c'est-à-dire qu'elle n'a pas accompli d'acte intentionnel ou par négligence). Dans *R. c. Vaillancourt*, précité, j'ai dit que dans tous les cas où l'État recourt à une mesure privative de liberté, comme l'emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, même s'il ne s'agit que d'une simple infraction à une réglementation provinciale, la justice fondamentale exige que la présence d'un état d'esprit minimal (ou d'une faute) chez l'accusé constitue un élément essentiel de l'infraction. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on établit indirectement que, même dans le cas d'une infraction à une réglementation provinciale, la négligence au moins est requise, en ce sens que l'accusé qui risque d'être condamné à l'emprisonnement s'il est déclaré coupable doit toujours pouvoir invoquer au moins un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. Si, de l'élément présumé qu'elle était dans l'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, la *mens*

court, this Court held that for certain crimes, the special nature of the stigma attaching to a conviction and/or the severity of the available punishment necessitate subjective mens rea. I stated, at p. 654:

It is thus clear that there must be some special mental element with respect to the death before a culpable homicide can be treated as a murder. That special mental element gives rise to the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence attached to a murder conviction. [Emphasis added.]

Thus, the question to be addressed under s. 7 in this case is whether the offence of false/misleading advertising is missing any "elements" (i.e., level of fault) which are constitutionally required by s. 7 of the *Charter*.

Given that the offence of false/misleading advertising is punishable by up to five years' imprisonment, it is clear from the developing jurisprudence of this Court that the offence must not be one of absolute liability and that it commands a minimum fault requirement of negligence, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused in order for the provision to conform to the requirements of s. 7 of the *Charter*. Therefore, it will be necessary to examine the components of s. 37.3(2) ((a) through (d)) in order to determine whether they, in fact, provide a defence of due diligence to an accused.

Before addressing this question however, it is necessary to address a further argument put forward by the appellant, Wholesale Travel. Counsel for Wholesale Travel has argued that the offence of false/misleading advertising is one of those offences, contemplated by this Court in *Vaillancourt*, for which the special nature of the stigma attaching to a conviction and/or the severity of the available punishment is such that subjective mens rea is constitutionally required by s. 7.

*rea* est devenue un élément requis par la Constitution, c'est qu'en raison des principes de justice fondamentale, la peine infligée et les stigmates qui se rattachent à cette peine ou à la déclaration de culpabilité commandent un degré de faute qui reflète la nature particulière du crime en question. Dans l'arrêt *Vaillancourt*, notre Cour a décidé qu'en ce qui a trait à certains crimes, la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité ou la sévérité de la peine commandent une mens rea subjective. J'ai dit, à la p. 654:

Il est ainsi évident qu'il doit exister quelque élément moral spécial concernant la mort pour qu'un homicide coupable puisse être considéré comme un meurtre. Cet élément moral spécial engendre la réprobation morale qui justifie les stigmates et la sentence liés à une déclaration de culpabilité de meurtre. [Je souligne.]

Ainsi, la question qu'il faut trancher en l'espèce au regard de l'art. 7 est de savoir si l'infraction de publicité fautive ou trompeuse écarte l'un des «éléments» (c'est-à-dire le degré de faute) requis sur le plan constitutionnel par l'art. 7 de la *Charte*.

Étant donné que l'infraction de publicité fautive ou trompeuse est assortie d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans, il ressort à l'évidence de la jurisprudence de notre Cour qu'elle ne doit pas être une infraction de responsabilité absolue et qu'elle commande à tout le moins une faute de négligence, c'est-à-dire que l'accusé doit au moins pouvoir invoquer un moyen de défense de diligence raisonnable pour que la disposition soit conforme aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*. Par conséquent, il sera nécessaire d'examiner les éléments du par. 37.3(2) (les al. a) à d)) afin de déterminer s'ils prévoient en fait une défense de diligence raisonnable.

Avant d'étudier cette question, cependant, il est nécessaire d'examiner un autre argument avancé par l'appelante, Wholesale Travel. Son avocat a affirmé que l'infraction de publicité fautive ou trompeuse est l'une de ces infractions, dont notre Cour a parlé dans l'arrêt *Vaillancourt*, pour lesquelles l'art. 7 commande, sur le plan constitutionnel, une mens rea subjective, vu la sévérité de la peine ou la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité.

Counsel for Wholesale Travel argued that the stigma attaching to a conviction of false/misleading advertising is akin to the stigma of dishonesty which attaches to a conviction of theft. Given that the stigma attaching to theft was explicitly contemplated in *Vaillancourt* as one which may well necessitate a subjective *mens rea*, it was argued that the offence of false/misleading advertising also requires an element of subjective *mens rea* in order to comply with the principles of fundamental justice. In my view, while a conviction for false/misleading advertising carries some stigma, in the sense that it is not morally neutral behaviour, it cannot be said that the stigma associated with this offence is analogous to the stigma of dishonesty which attaches to a conviction for theft. A conviction for false/misleading advertising will rest on a variety of facts, many of which will not reveal any dishonesty but, rather, carelessness and the conviction of same does not brand the accused as being dishonest. In my opinion, the same cannot be said for a conviction for theft.

Thus, while it is clear that there are some offences for which the special stigma attaching to conviction is such that subjective *mens rea* is necessary in order to establish the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence, the offence of false/misleading advertising is not such an offence. I note that the general question of the appropriate standard of fault was recently addressed, in relation to provincial offences, by the Ontario Law Reform Commission in its *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences* (1990). The Commission was of the view that "mere carelessness should not result in a prison sentence" (at p. 46) and recommended that where the possibility of imprisonment arises upon conviction of a provincial offence, the standard of fault must be more than ordinary negligence and must be either an aware state of mind (subjective *mens rea*) or a "marked and substantial departure from the standard of care expected of a reasonably prudent person in the circumstances" (at p. 46). The Law Reform Com-

L'avocat de Wholesale Travel a soutenu que les stigmates liés à une déclaration de culpabilité, dans le cas de l'infraction de publicité fausse ou trompeuse, ressemblent à ceux qui sont associés à la malhonnêteté et qui se rattachent à une déclaration de culpabilité dans le cas d'un vol. Étant donné que les stigmates qui se rattachent au vol ont été explicitement rangés, dans l'arrêt *Vaillancourt*, parmi ceux qui peuvent bien commander une *mens rea* subjective, il a affirmé que l'infraction de publicité fausse ou trompeuse exige aussi qu'une *mens rea* subjective soit un élément de l'infraction afin que les principes de justice fondamentale soient respectés. À mon avis, si une déclaration de culpabilité à l'égard de la publicité fausse ou trompeuse entraîne certains stigmates, en ce sens qu'il ne s'agit pas d'une conduite moralement neutre, on ne saurait cependant affirmer que les stigmates liés à cette infraction sont analogues à ceux de la malhonnêteté, qui se rattachent à une déclaration de culpabilité à l'égard d'un vol. Dans le cas de la publicité fausse ou trompeuse, la déclaration de culpabilité repose sur divers faits, dont un bon nombre ne participent pas de la malhonnêteté, mais plutôt de l'insouciance, et la déclaration de culpabilité à cet égard ne donne pas à l'accusé l'étiquette de la malhonnêteté. Selon moi, on ne peut pas en dire autant de la déclaration de culpabilité à l'égard d'un vol.

Par conséquent, il y a de toute évidence certaines infractions pour lesquelles les stigmates particuliers liés à la déclaration de culpabilité sont de telle nature qu'il faut une *mens rea* subjective pour établir la réprobation morale qui justifie les stigmates et la peine, mais l'infraction de publicité fausse ou trompeuse ne peut pas être classée dans cette catégorie. Je remarque que la question générale de la norme de faute appropriée a été étudiée récemment, à propos des infractions provinciales, par la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans son *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences* (1990). La Commission a estimé que [TRADUCTION] «la simple insouciance ne doit pas entraîner de peine d'emprisonnement» (à la p. 46) et elle a recommandé que, dans les cas où une déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction provinciale risque d'entraîner l'emprisonnement, la norme de faute doit dépasser la négligence ordinaire et doit consister soit dans la conscience (*mens rea* subjective) soit dans un [TRA-



mission of Canada made a similar recommendation in its earlier Working Paper 2, *The Meaning of Guilt—Strict Liability* (1974), wherein the Commission stated that for regulatory offences allowing for a defence of due diligence with a reverse onus of proof, “imprisonment should generally be excluded as a punishment, though regulatory offences committed deliberately or recklessly could, in appropriate cases, constitute offences under the Code and merit imprisonment” (at p. 37). It must be remembered that in making these recommendations, the Law Reform Commissions were advising their respective governments on matters of policy. Conversely, the question raised in the appeal before this Court is not what is the most appropriate government policy, but rather, what fault requirement is constitutionally required where an accused faces possible imprisonment. While an aware state of mind may well be the most appropriate minimum standard of fault for imprisonment or for any offence included in the *Criminal Code*, a matter upon which I refrain from expressing any view, it does not follow that this standard of fault is entrenched in the *Charter*. As I stated in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142, “the Constitution does not always guarantee the “ideal””. As this Court stated in *Vaillancourt*, *supra*, the principles of fundamental justice dictate that negligence is the minimum fault requirement where an accused faces possible imprisonment upon conviction except for certain offences such as murder. For the reasons given above, it is my view that s. 7 of the *Charter* does not dictate the higher fault requirement contemplated by the Ontario Law Reform Commission for the offence of false/misleading advertising. Whether a fault requirement higher than this constitutional minimum ought to be adopted where an accused faces possible imprisonment or conviction of any offence under the *Criminal Code* is a question of public policy which must be determined by Parliament, and for the courts to pronounce upon this would be contrary to what this Court has said in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 498-99: that we refrain from “adjudicating upon the merits or wisdom of enactments”. It is not the role of this Court to “sec-

DUCTION] «écart marqué et important par rapport à la norme de diligence applicable à une personne raisonnablement prudente dans les circonstances» (à la p. 46). La Commission de réforme du droit du Canada avait présenté une proposition semblable dans son document de travail 2, intitulé *La notion de blâme – La responsabilité stricte*(1974), disant que, dans le domaine des infractions à la réglementation, la défense de diligence raisonnable serait permise, la charge de prouver celle-ci incombant au prévenu, et «l’emprisonnement [. . .] devrait [. . .] être exclu dans la plupart des cas encore que, dans les cas appropriés, les infractions réglementaires commises d’une façon délibérée ou insouciantes pourraient constituer des infractions prévues par le Code criminel et mériter l’emprisonnement» (à la p. 43). Il ne faut pas oublier qu’en formulant ces recommandations, les commissions de réforme du droit conseillaient leur gouvernement respectif sur des questions de principe. Par contre, la question soulevée devant notre Cour ne se rapporte pas à la politique la plus appropriée que devrait adopter le gouvernement, mais plutôt à l’exigence en matière de faute qui est requise sur le plan constitutionnel lorsque l’accusé risque l’emprisonnement. La conscience peut bien représenter la norme minimale de faute dans les cas d’emprisonnement ou pour toute infraction prévue au *Code criminel*— question sur laquelle je m’abstiens de me prononcer—, mais il ne s’ensuit pas que cette norme de faute soit consacrée par la *Charte*. Comme je l’ai dit dans l’arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, «la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale»». Comme notre Cour l’a déclaré dans l’arrêt *Vaillancourt*, précité, les principes de justice fondamentale commandent que la négligence soit le degré de faute minimal quand l’accusé risque d’être condamné à l’emprisonnement, sauf quant à certaines infractions, comme le meurtre. Pour les raisons qui précèdent, je suis d’avis que l’art. 7 de la *Charte* n’exige pas le degré de faute plus élevé envisagé par la Commission de réforme du droit de l’Ontario dans le cas de l’infraction de publicité fautive ou trompeuse. La question de savoir si une norme de faute plus sévère que ce minimum requis par la Constitution devrait être retenue dans les cas où l’accusé risque l’emprisonnement ou une déclaration de culpabilité à l’égard d’une infraction prévue au *Code criminel* est une question d’ordre public qu’il appartient

and guess" the policy decisions made by elected officials.

Therefore, an element of subjective *mens rea* is not required by s. 7 of the *Charter* and the provisions in question are not inconsistent with s. 7 on the basis that they do not require intent or knowledge on the part of an accused. I turn now to the question posed above: namely, do paras. (a) through (d) of s. 37.3(2) provide an accused with a defence of due diligence?

Section 37.3(2) (a) through (d) sets out the only defence, under the Act, to false/misleading advertising, once it has been established that the advertisement is objectively false or misleading (i.e., once the *actus reus* is established). It is clear from the inclusion of the word "and" after s. 37.3(2)(c) that all four components of s. 37.3(2) must be established in order for the accused to be acquitted. While the Crown has suggested that, in certain circumstances, only paras. (a) and (b) must be fulfilled (relying on certain *dicta* of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Consumers Distributing Co.*, *supra*, it is my respectful view that this is an incorrect interpretation of the provision.

Thus, the question becomes whether a situation could arise where an accused would be unable to establish all four components of s. 37.3(2) but would nonetheless be duly diligent (i.e., not negligent). If the answer to this question is yes, it means that the constitutionally required element of negligence is not fulfilled by the statutory defence contained in s. 37.3(2).

The Crown has conceded that the statutory defence afforded by s. 37.3(2) is "more restricted" than the common law defence of due diligence, but nonethe-

au Parlement de trancher et, en se prononçant sur cette question, les tribunaux dérogeraient au principe énoncé par notre Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, aux pp. 498 et 499, c'est-à-dire que nous devons éviter de nous «prononcer sur le bien-fondé ou la sagesse des lois». Il n'appartient pas à notre Cour de «conjecturer rétrospectivement» sur les décisions de principe prises par les représentants élus du peuple.

Par conséquent, l'art. 7 de la *Charte* n'exige pas qu'une *mens rea* subjective soit un élément de l'infraction et les dispositions en question ne sont pas incompatibles avec l'art. 7 du fait qu'elles n'exigent pas l'intention ou la connaissance de la part de l'accusé. Je vais maintenant aborder la question posée précédemment: savoir, les al. a) à d) du par. 37.3(2) permettent-ils à l'accusé de faire valoir la défense de diligence raisonnable?

Les alinéas a) à d) du par. 37.3(2) énoncent le seul moyen de défense, prévu par la Loi, opposable à l'accusation de publicité fausse ou trompeuse, une fois qu'il a été établi que la publicité est objectivement fausse ou trompeuse (c'est-à-dire une fois l'*actus reus* prouvé). On peut de toute évidence conclure de l'insertion du mot «et» après l'al. 37.3(2)c) que, pour obtenir l'acquiescement, l'accusé doit établir les quatre éléments du par. 37.3(2). Le ministère public a indiqué que, dans certaines circonstances, il suffisait de remplir les conditions des al. a) et b) (en se fondant sur des opinions incidentes émises par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Consumers Distributing Co.*, précité, mais j'estime, avec égards, qu'il s'agit là d'une mauvaise interprétation de la disposition.

Ainsi, la question qu'il faut se poser est celle-ci: se peut-il qu'un accusé, incapable d'établir les quatre éléments du par. 37.3(2), ait tout de même fait preuve de diligence raisonnable (c'est-à-dire qu'il n'a pas été négligent)? Si l'on répond à cette question par l'affirmative, cela signifie que le moyen de défense énoncé au par. 37.3(2) ne répond pas à l'élément relatif à la négligence requis sur le plan constitutionnel.

Le ministère public a admis que le moyen de défense prévu au par. 37.3(2) est [TRADUCTION] «plus restreint» que la défense de diligence raisonnable

less argues that the limited nature of the statutory defence does not render it unconstitutional. Although paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) refer specifically to an "error" and to the exercise of due diligence to prevent an "error", they, in my view, largely correspond to the usual due diligence defence. In other words, paras. (a) and (b) operate so as to provide a defence to an accused who has taken reasonable precautions to prevent false/misleading advertising and who has been duly diligent in ensuring that advertising is not false or misleading in nature. However, the additional requirement of "timely retraction" embodied in paras. (c) and (d) means that the statutory defence is considerably more narrow than the common law defence of due diligence.

An accused who did not realize, and could not reasonably have been expected to realize, that the representation in question was false or misleading until it was too late to comply with paras. (c) and (d) or who was, for some reason, unable to comply with paras. (c) and (d), but who had nonetheless taken reasonable precautions and who had exercised due diligence in preventing false/misleading advertising, would not fall within the statutory defence and would be convicted of false/misleading advertising. I agree with the majority of the Ontario Court of Appeal that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) could have the effect of depriving an accused of the defence of due diligence and could therefore require the conviction of an accused who was not negligent. Paragraphs (c) and (d) make the failure to undertake corrective advertising (a component of the offence of false/misleading advertising) an "offence" of absolute liability. Consequently, the constitutionally required fault level is not present in the false/misleading advertising provisions.

In light of the above discussion, I agree with the majority of the Court of Appeal that it is the presence of paras. (c) and (d) alone which offends s. 7 of the *Charter*. Thus, unless the limitation on s. 7 can be

reconnue par la common law, mais soutient néanmoins que le moyen de défense prévu par la Loi n'est pas inconstitutionnel malgré son caractère limité. Quoique les al. a) et b) du par. 37.3(2) fassent mention expressément d'une «erreur» et de la diligence manifestée pour prévenir cette «erreur», ils correspondent dans une large mesure, à mon sens, à la défense habituelle de diligence raisonnable. Autrement dit, les al. a) et b) ont pour effet de permettre à l'accusé de faire valoir un moyen de défense s'il a pris des précautions raisonnables pour prévenir la publicité fautive ou trompeuse et s'il a fait preuve de diligence pour s'assurer que la publicité ne serait ni fautive ni trompeuse. Toutefois, l'élément supplémentaire concernant la «rétractation sans délai», qui est ajouté aux al. c) et d), signifie que la défense prévue par la Loi est beaucoup plus restreinte que la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law.

L'accusé qui ne s'est pas rendu compte, et ne pouvait normalement se rendre compte, que les indications en question étaient fausses ou trompeuses avant qu'il ne fût trop tard pour se conformer aux al. c) et d) ou qui, pour une raison quelconque, a été incapable de se conformer aux al. c) et d), mais avait néanmoins pris des précautions raisonnables et avait fait preuve de diligence pour prévenir la publicité fautive ou trompeuse, ne remplirait pas les conditions du moyen de défense prévu par la Loi et serait déclaré coupable de publicité fautive ou trompeuse. Je souscris à l'avis des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario selon lequel les al. c) et d) du par. 37.3(2) pourraient avoir pour effet de priver l'accusé de la défense de diligence raisonnable et obligeraient donc à déclarer coupable l'accusé qui n'a pas été négligent. Les alinéas c) et d) érigent l'omission de présenter une publicité corrective (élément de l'infraction de publicité fautive ou trompeuse) en une «infraction» de responsabilité absolue. Par conséquent, l'exigence constitutionnelle en matière de faute est absente des dispositions relatives à la publicité fautive ou trompeuse.

Compte tenu de l'analyse qui précède, je souscris à l'opinion majoritaire de la Cour d'appel selon laquelle ce sont les al. c) et d) seulement qui transgressent l'art. 7 de la *Charte*. Ainsi, à moins que la

upheld under s. 1 of the *Charter*, these two paragraphs must be held to be of no force or effect, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The Crown, along with a number of interveners, has argued that this result should not necessarily follow where the offence in question is a “regulatory offence” as opposed to a criminal offence and that the constitutional fault requirement, as contemplated by *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt*, should not necessarily apply in a regulatory setting. Much has been made in this case of the fact that the *Competition Act* is aimed at economic regulation. In my view, whether this offence (or the Act generally) is better characterized as “criminal” or “regulatory” is not the issue. The focus of the analysis in *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* was on the use of imprisonment to enforce the prohibition of certain behaviour or activity. A person whose liberty has been restricted by way of imprisonment has lost no less liberty because he or she is being punished for the commission of a regulatory offence as opposed to a criminal offence. Jail is jail, whatever the reason for it. In my view, it is the fact that the state has resorted to the restriction of liberty through imprisonment for enforcement purposes which is determinative of the principles of fundamental justice. I cannot agree that these principles take on a different meaning simply because the offence can be labelled as “regulatory”. Indeed, while I agree that this offence can be characterized as “regulatory”, the label loses much of its relevance when one considers that an accused faces up to five years’ imprisonment upon conviction.

While a regulatory context may well influence the *Charter* analysis in particular cases (see the judgment of La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425), it is my view that the jurisprudence of this Court indicates that negligence is the minimum

restriction apportée à l’art. 7 ne soit justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*, ces deux alinéas doivent être déclarés inopérants, conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le ministère public, ainsi qu’un certain nombre d’intervenants, ont affirmé que ce résultat ne doit pas nécessairement s’ensuivre si l’infraction en cause est une «infraction réglementaire» par opposition à une infraction pénale et que l’exigence constitutionnelle en matière de faute, prévue dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et l’arrêt *Vaillancourt*, ne doit pas nécessairement s’appliquer dans le contexte réglementaire. On a fait grand cas en l’espèce du fait que l’objet de la *Loi sur la concurrence* est la réglementation économique. À mon avis, la question n’est pas de savoir si cette infraction (ou la Loi en général) doit être qualifiée de «pénale» ou de «réglementaire». Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et l’arrêt *Vaillancourt*, l’analyse portait avant tout sur le recours à l’emprisonnement pour faire respecter l’interdiction de certains actes ou activités. La personne privée de sa liberté par l’emprisonnement n’est pas privée de moins de liberté parce qu’elle a été punie en raison de la perpétration d’une infraction réglementaire et non d’un crime. L’emprisonnement, c’est l’emprisonnement, peu importe la raison. À mon sens, c’est le fait que l’État a infligé une peine privative de liberté, en l’occurrence l’emprisonnement, pour faire respecter la loi qui est décisif du point de vue des principes de justice fondamentale. Je ne saurais accepter que ces principes doivent être interprétés différemment du simple fait que l’infraction peut être qualifiée de «réglementaire». En fait, je reconnais que cette infraction peut être rangée parmi les infractions «réglementaires», mais il reste que la qualification perd dans une large mesure sa pertinence si l’on tient compte du fait que l’accusé est passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans s’il est déclaré coupable.

Certes, le contexte réglementaire peut bien influencer l’analyse fondée sur la *Charte* dans certains cas (voir l’opinion du juge La Forest dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425), mais je suis d’avis que la jurisprudence de notre Cour

level of fault which will accord with s. 7 of the *Charter* whenever a conviction gives rise to imprisonment.

In light of the above, I will now consider whether paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) can be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

### Section 1

The procedure to be followed when the state is attempting to justify a limit on a right or freedom under s. 1 was set out by this Court in *Oakes, supra*, and was summarized in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, as follows at pp. 1335-36:

1. The objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom; it must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

2. Assuming that a sufficiently important objective has been established, the means chosen to achieve the objective must pass a proportionality test; that is to say they must:

(a) be "rationally connected" to the objective and not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations;

(b) impair the right or freedom in question as "little as possible"; and

(c) be such that their effects on the limitation of rights and freedoms are proportional to the objective.

### *Objective*

The Crown submits that the objective of the law is to promote vigorous and fair competition. While this may well be the overall objective of the *Competition Act* in general, it is my view that the objective of the modified due diligence defence embodied by paras. (c) and (d) is significantly more narrow than that which the Crown has stated.

indique que la négligence est le degré minimum de faute qui est conforme à l'art. 7 de la *Charte* dans tous les cas où une déclaration de culpabilité peut entraîner l'emprisonnement.

Compte tenu de ce qui précède, je vais maintenant décider si les al. c) et d) du par. 37.3(2) peuvent être tenus pour une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

### L'article premier

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, notre Cour a indiqué les étapes à suivre lorsque l'État cherche à justifier, en vertu de l'article premier, la limite imposée à un droit ou une liberté; elles sont résumées dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, aux pp. 1335 et 1336:

1. L'objectif que vise la disposition attaquée doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution; il doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important;

2. En présumant qu'a été établi le caractère suffisamment important d'un objectif, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent satisfaire au critère de la proportionnalité, en ce sens qu'ils doivent:

(a) avoir un «lien rationnel» avec l'objectif et ne doivent être ni arbitraires, ni inévitables, ni fondés sur des considérations irrationnelles;

(b) porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question; et

(c) être de telle nature que leurs effets sur la restriction des droits et libertés sont proportionnels à l'objectif.

### *L'objectif*

Le ministère public soutient que l'objectif de la Loi est de favoriser la concurrence vigoureuse et loyale. Certes, c'est peut-être bien l'objectif global de la *Loi sur la concurrence*, mais à mon sens, l'objectif du moyen de défense modifié de la diligence raisonnable qu'énoncent les al. c) et d) est considérablement plus étroit que celui qu'a formulé le ministère public.

The Crown has argued that “corrective advertising” requirements are necessary to prevent undue harm to consumers and to prevent advertisers from reaping an economic windfall from a false or misleading representation. The Crown points out that while the offence of false/misleading advertising may be complete as soon as a representation is made, the detrimental effects of this advertising may persist until corrective measures are taken. In other words, the dual objectives of the modified due diligence defence are both to protect consumers from the effects of false/misleading advertising and to prevent false/misleading advertisers from reaping the benefits of false/misleading advertising. Furthermore, to the extent that the modified due diligence defence renders a component of the offence one of absolute liability, it facilitates proof of the offence of false/misleading advertising and thereby eases the “burden” on the Crown.

While the Crown submitted little evidence at trial to directly support the contention that these objectives are “pressing and substantial”, I am prepared to accept that preventing false/misleading advertisers from benefiting from false/misleading advertising and protecting consumers from the detrimental effects of false/misleading advertising is sufficiently important to warrant overriding constitutionally protected rights and freedoms. It remains to be seen, however, whether the means chosen by Parliament to achieve this objective pass the “proportionality test” set out in *Oakes, supra*.

Given that all four components of s. 37.3(2) must be established in order for an accused to be acquitted on the basis of due diligence, paras. (c) and (d) will not be triggered unless it has already been established that the accused was duly diligent in preventing the false/misleading advertisement (i.e., under paras. (a) and (b)). With this in mind, the means chosen by Parliament to achieve the objectives set out above can be characterized as follows: to convict those who would otherwise be acquitted under paras. (a) and (b) but who did not undertake corrective advertising “forthwith” after the representation was published whether

Le ministère public a affirmé que les exigences touchant la «publicité corrective» sont nécessaires pour éviter que les consommateurs ne subissent un préjudice indu et pour empêcher les annonceurs de tirer des bénéfices injustifiés d'indications fausses ou trompeuses. Le ministère public souligne que, si l'infraction de publicité fausse ou trompeuse peut être consommée dès que des indications sont données, les effets préjudiciables de cette publicité peuvent persister tant que des mesures correctives n'ont pas été prises. Autrement dit, le moyen de défense modifié de la diligence raisonnable a pour double objectif de protéger les consommateurs contre les effets de la publicité fausse ou trompeuse et d'empêcher les annonceurs de tirer profit d'une telle publicité. En outre, dans la mesure où le moyen de défense modifié de la diligence raisonnable érige l'un des éléments de l'infraction de publicité fausse ou trompeuse en infraction de responsabilité absolue, il en facilite la preuve et allège par le fait même la «charge» du ministère public.

Le ministère public a présenté peu d'éléments de preuve au procès pour étayer directement son argument selon lequel ces objectifs sont «urgents et réels», mais je suis disposé à accepter que l'objectif d'empêcher les annonceurs qui donnent des indications fausses ou trompeuses de tirer profit de cette publicité et celui de protéger les consommateurs contre ses effets préjudiciables sont suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. Il reste cependant à voir si les moyens choisis par le Parlement pour réaliser cet objectif respectent le «critère de la proportionnalité» énoncé dans l'arrêt *Oakes*, précité.

Étant donné que, pour être acquitté en raison de sa diligence raisonnable, l'accusé doit faire la preuve des quatre éléments du par. 37.3(2), les al. c) et d) n'entrent en jeu que s'il a déjà été établi que l'accusé a fait preuve de diligence afin de prévenir la publicité fausse ou trompeuse (c'est-à-dire en conformité avec les al. a) et b)). Si l'on tient compte de cela, le moyen choisi par le Parlement pour réaliser les objectifs énoncés ci-dessus peut être ainsi formulé: déclarer coupables ceux qui seraient par ailleurs acquittés en vertu des al. a) ou b), mais qui n'ont pas fait de publicité corrective «sans délai» après la publication des

or not they knew or ought to have discovered that a correction was required because the advertisement was, in fact, false or misleading. In other words, the means chosen by Parliament to achieve the dual objectives was to make the "failure to undertake corrective advertising" component of the offence one of absolute liability, thereby facilitating proof of the offence.

These, then, are the means which must be justified under the proportionality test which was set out in *Oakes, supra*.

### *Proportionality Test*

#### 1. Rational Connection

The question to be addressed at this stage of the *Oakes* analysis is whether there is a rational connection between the objectives, which were identified above under the first branch of the test, and the means which have been chosen to attain these objectives.

Requiring an accused to make a "timely retraction" of the representation in question, in order to avail itself of the only statutory defence to the offence of false/misleading advertising, will surely encourage advertisers to undertake "corrective advertising" as soon as they discover there may be a problem with the advertisement. This, in turn, will lessen the detrimental effects on consumers and will reduce the gains to advertisers from false/misleading advertisements. Of course, these means will not encourage those who do not know that there is a problem to undertake corrective advertising. A person who doesn't think that an advertisement is false or misleading or who is not aware of an error will not contemplate the statutory defence nor will that person contemplate taking corrective measures. Thus, the means are a rational way of achieving these objectives with respect to some accused, but not with respect to others.

These means will, however, clearly facilitate proof of the offence of false/misleading advertising. Assuming that part of Parliament's objective in enacting paras. (c) and (d) was to facilitate conviction

indications, peu importe qu'ils aient su ou qu'ils eussent dû s'apercevoir qu'une correction était nécessaire parce que la publicité était, de fait, fautive ou trompeuse. Autrement dit, le moyen choisi par le Parlement pour réaliser le double objectif a été le suivant: ériger l'élément de l'infraction consistant dans «l'omission de faire une publicité corrective» en une infraction de responsabilité absolue, facilitant ainsi la preuve de l'infraction.

Voilà donc le moyen qui doit être justifié selon le critère de la proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*, précité.

### *Le critère de la proportionnalité*

#### 1. Le lien rationnel

À cette étape de l'analyse commandée par l'arrêt *Oakes*, il faut se demander s'il y a un lien rationnel entre les objectifs exposés ci-dessus relativement au premier volet du critère et le moyen choisi pour les réaliser.

Obliger l'accusé à faire une «rétractation sans délai» des indications en cause, afin de se prévaloir de la seule défense opposable à l'accusation de publicité fautive ou trompeuse, encouragera sûrement les annonceurs à faire une «publicité corrective» dès qu'ils s'apercevront que la publicité pose peut-être un problème. Cette obligation diminuera en outre les effets préjudiciables sur les consommateurs et réduira les avantages que les annonceurs tiraient de la publicité fautive ou trompeuse. Bien entendu, ce moyen n'encouragera pas à faire une publicité corrective ceux qui ignorent l'existence du problème. La personne qui ne pense pas qu'une publicité est fautive ou trompeuse ou qui n'a pas connaissance d'une erreur n'envisagera pas la défense ni la prise de mesures correctives. Par conséquent, le moyen utilisé est une façon rationnelle de réaliser ces objectifs dans le cas de certains accusés, mais non pas en ce qui concerne les autres.

De toute évidence, cependant, ce moyen facilitera la preuve de l'infraction de publicité fautive ou trompeuse. Si l'on suppose que l'objectif du Parlement, lorsqu'il a adopté les al. c) et d), a été en partie de

tions of false/misleading advertising, the means chosen are rationally connected to this objective.

It has been further suggested that an absolute liability approach to the failure to undertake corrective advertising will generally encourage all advertisers to be careful about their future advertisements. In my view, this argument ignores the fact that those accused persons who are “caught” by paras. (c) and (d) are persons who have been duly diligent in preventing false/misleading advertising. Had these individuals not been duly diligent in preventing false advertising, they would have been “caught” by paras. (a) and (b). I cannot see how removing the statutory defence from these individuals, who have been careful, will encourage other advertisers to be careful. Other advertisers will merely perceive that whether or not they are careful in preventing false/misleading advertising, they will be convicted of false/misleading advertising “forthwith”—whether or not they knew or ought to have discovered that the advertisement was false/misleading.

Taking all of the above into account, there is, in my view, a rational connection between the objectives and the means chosen to attain the objectives, and paras. (c) and (d) therefore pass the first part of the proportionality test in *Oakes*.

## 2. As Little as Possible

The question under this part of the proportionality test is whether the impugned law (in this case, the modified due diligence defence embodied in paras. (c) and (d) of s. 37.3(2)) violates *Charter* rights as little as possible in order to achieve the “pressing and substantial” objectives. In other words, while the means chosen may be rationally connected to the objectives, they may, at the same time, be unnecessarily intrusive on constitutional rights in light of alternative means.

faciliter la déclaration de culpabilité à l’égard de la publicité fautive ou trompeuse, les moyens choisis avaient un lien rationnel avec cet objectif.

<sup>a</sup> On a indiqué en outre que la décision d’ériger l’omission de faire une publicité corrective en une infraction de responsabilité absolue encouragera de façon générale tous les annonceurs à être prudents en ce qui a trait à leur publicité future. À mon avis, cet argument ne tient pas compte du fait que les personnes accusées en vertu des al. c) et d) sont des personnes qui ont fait preuve de diligence raisonnable afin de prévenir la publicité fautive ou trompeuse. Si ces personnes n’avaient pas fait preuve de diligence raisonnable afin de prévenir la fautive publicité, elles auraient été visées par les al. a) et b). Je ne vois pas comment le fait de priver ces personnes, qui ont été prudentes, du moyen de défense prévu par la Loi encouragera les autres annonceurs à être prudents. Les autres annonceurs se rendront simplement compte que, peu importe qu’ils prennent des mesures pour prévenir la publicité fautive ou trompeuse, ils seront déclarés coupables de l’infraction si les indications sont, en fait, fausses ou trompeuses et s’ils n’ont pas fait «sans délai» une publicité corrective—peu importe qu’ils aient su ou qu’ils eussent dû s’apercevoir que la publicité était fautive ou trompeuse.

<sup>f</sup> Compte tenu de tout ce qui précède, il y a, à mon sens, un lien rationnel entre les objectifs et le moyen choisi pour les réaliser, et les al. c) et d) respectent donc la première partie du critère de la proportionnalité énoncé dans l’arrêt *Oakes*.

## 2. L’atteinte minimale

<sup>h</sup> La question qu’il faut se poser, selon cette partie du critère de la proportionnalité, est de savoir si la règle de droit contestée (en l’espèce, le moyen de défense modifié de la diligence raisonnable qu’énoncent les al. c) et d) du par. 37.3(2)), porte le moins possible atteinte aux droits garantis par la *Charte* en vue de réaliser les objectifs «urgents et réels». Autrement dit, si les moyens choisis ont peut-être bien un lien rationnel avec les objectifs, ils peuvent néanmoins porter atteinte inutilement aux droits garantis par la Constitution, compte tenu des autres moyens possibles.



In *R. v. Chaulk, supra*, I stated that while Parliament need not choose the absolutely least intrusive means of attaining its objective, the means chosen must come within a range of means which impair Charter rights as little as is reasonably possible. In my view, the modified due diligence defence embodied in paras. (c) and (d) does not fall within the constitutionally acceptable range.

It is not necessary to convict of false/misleading advertising those who did not undertake corrective advertising because they did not realize (and ought not to have realized) that the advertisement was false/misleading, in order to achieve the objectives set out above. If Parliament wished to encourage corrective advertising in order to meet the objectives set out above, it could have:

(a) enacted a separate offence of "failure to correct false/misleading advertising" under which an accused who discovers or who ought to have discovered that an advertisement was false or misleading is required to be duly diligent in taking the corrective measures set out in paras. (c) and (d) in order to come within the statutory defence to this offence; or

(b) maintained the component of "failure to correct false/misleading advertising" within the existing statutory defence to false advertising, but worded paras. (c) and (d) in such a way that the requirement for corrective advertising would arise upon the accused's discovery that the advertisement was false or misleading (or upon a finding that the accused ought to have discovered that the advertisement was false/misleading).

In my view, either of these alternative means would, without convicting the innocent, achieve the objective of encouraging advertisers to undertake corrective advertising and would therefore achieve the dual objectives of protecting consumers from the effects of false advertising and of preventing advertisers from benefiting from false/misleading representations. Given that these two alternatives were clearly open to Parliament, it can be seen that the

Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, j'ai dit que le législateur n'avait pas besoin de choisir le moyen le moins envahissant entre tous pour parvenir à son objectif, mais que le moyen choisi doit cependant entrer dans une gamme de moyens de nature à porter aussi peu que possible atteinte aux droits garantis par la *Charte*. À mon avis, le moyen de défense modifié de la diligence raisonnable qu'énoncent les al. c) et d) ne rentre pas dans une gamme acceptable du point de vue constitutionnel.

Pour réaliser les objectifs qui précèdent, il n'est pas nécessaire de déclarer coupables de publicité fautive ou trompeuse les personnes qui n'ont pas fait de publicité corrective parce qu'elles ne se sont pas aperçues (et ne pouvaient pas normalement s'apercevoir) que l'annonce était fautive ou trompeuse. Si le législateur voulait encourager la publicité corrective pour réaliser les objectifs qui précèdent, il aurait pu:

(a) soit créer une infraction distincte «d'omission de corriger la publicité fautive ou trompeuse» aux termes de laquelle l'accusé qui s'aperçoit ou aurait dû s'apercevoir qu'une annonce est fautive ou trompeuse est tenu de faire preuve de diligence raisonnable en prenant les mesures correctives prévues aux al. c) et d) pour se prévaloir du moyen de défense prévu par la Loi à l'égard de cette infraction;

(b) soit maintenir «l'omission de corriger la publicité fautive ou trompeuse» à titre d'élément du moyen de défense existant prévu par la Loi, mais formuler les al. c) et d) de manière que l'obligation de faire une publicité corrective naisse quand l'accusé s'aperçoit que la publicité est fautive ou trompeuse (ou lorsque le tribunal conclut que l'accusé aurait dû s'en apercevoir).

À mon avis, l'un ou l'autre de ces moyens permettrait, sans que des innocents soient déclarés coupables, de réaliser, d'une part, l'objectif d'encourager les annonceurs à faire une publicité corrective et, d'autre part, le double objectif de protéger les consommateurs contre les effets de la publicité fautive et d'empêcher les annonceurs de tirer profit d'indications fausses ou trompeuses. Étant donné que le législateur pouvait de toute évidence retenir ces deux

existing paragraphs are unnecessarily intrusive on constitutional rights.

While an absolute liability component to the offence of false advertising would perhaps be more effective in facilitating convictions than would the alternatives proposed above, the simple answer to this contention is that Parliament could have retained the absolute liability component and, at the same time, infringed *Charter* rights to a much lesser extent, had it not combined this absolute liability with the possibility of imprisonment. In this sense, removing the possibility of imprisonment and leaving paras. (c) and (d) unchanged was a further less intrusive means which was available to Parliament.

While it is unnecessary, given the conclusion reached above, to address the third part of the proportionality test, I would like to point out that the removal of a constitutionally required level of fault is, in my view, a very serious limitation on an accused's s. 7 rights and an objective would have to be very "pressing and substantial" in order for the detrimental effects on the limitation of these rights to be proportional to the objective.

In summary, it is my view that the modified due diligence defence embodied in paras. (c) and (d) limits an accused's rights under s. 7 of the *Charter* and cannot be upheld as a reasonable limit under s. 1. Consequently, paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) of the *Competition Act* must be held to be of no force or effect, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

I will now consider whether the false/misleading advertising provisions limit an accused's rights under s. 11(d) of the *Charter*.

#### Section 11(d)

In *Oakes, supra*, this Court held that the presumption of innocence is protected expressly by s. 11(d) of the *Charter* and inferentially by the s. 7 right to life, liberty and security of the person (since the presumption of innocence is a principle of fundamental jus-

solutions de rechange, on peut conclure que les alinéas existants portent inutilement atteinte à des droits garantis par la Constitution.

Si le recours à la responsabilité absolue relative à l'infraction de publicité fautive facilite peut-être de façon plus efficace les déclarations de culpabilité que les moyens que je viens de proposer, on peut toutefois réfuter simplement cet argument en affirmant que le législateur aurait pu conserver la responsabilité absolue, tout en portant beaucoup moins atteinte aux droits garantis par la *Charte*, s'il n'avait pas conjugué cette responsabilité absolue avec la possibilité d'emprisonnement. En ce sens, supprimer la possibilité de l'emprisonnement et laisser les al. c) et d) intacts représentaient d'autres moyens moins attentatoires que le législateur aurait pu choisir.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire, étant donné la conclusion tirée ci-dessus, d'examiner la troisième partie du critère de la proportionnalité, j'aimerais souligner que la suppression d'une exigence constitutionnelle en matière de faute est, à mon sens, une restriction très grave des droits d'un accusé prévus à l'art. 7 et qu'un objectif devrait être très «urgent et réel» pour que les effets préjudiciables de la restriction de ces droits soient proportionnels à l'objectif.

En résumé, je suis d'avis que le moyen de défense modifié de la diligence raisonnable qu'énoncent les al. c) et d) limite les droits de l'accusé garantis par l'art. 7 de la *Charte* et ne peut pas être tenu pour une restriction raisonnable au sens de l'article premier. Par conséquent, les al. 37.3(2)c) et d) de la *Loi sur la concurrence* doivent être déclarés inopérants en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Je vais maintenant déterminer si les dispositions relatives à la publicité fautive ou trompeuse portent atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'al. 11d) de la *Charte*.

#### L'alinéa 11d)

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, notre Cour a conclu que la présomption d'innocence est expressément garantie par l'al. 11d) de la *Charte* et, par déduction, par le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 (puisque la présomption

tice). In analyzing the meaning and content of s. 11(d), this Court held that, where an accused faces penal consequences, the right to be presumed innocent until proven guilty requires, at a minimum, that: an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt, that the state must bear the burden of proof and that criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and fairness. This Court held that s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, infringed s. 11(d) by requiring the accused to prove (on a balance of probabilities) that he was not guilty of trafficking once the basic fact of possession had been proven.

In *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, this Court held that the rights guaranteed by s. 11 of the *Charter* are available to persons prosecuted by the state for public offences involving punitive sanctions, i.e., criminal, quasi-criminal, and regulatory offences, either federally or provincially enacted. Wilson J. (for the majority) stated that s. 11 is intended to provide procedural safeguards in proceedings which may attract penal consequences even if not criminal in the strict sense.

In *Vaillancourt*, *supra*, this Court held that s. 11(d) is offended when an accused may be convicted despite the existence of a reasonable doubt on an essential element of the offence (including those elements required by s. 7 of the *Charter*).

In *Whyte*, *supra*, a majority of this Court held that the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant to the s. 11(d) inquiry. Thus, the real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is

d'innocence est un principe de justice fondamentale). Après avoir analysé le sens et le contenu de l'al. 11d), notre Cour a décidé que, lorsque l'accusé s'expose à des conséquences pénales, le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins que: la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable; que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve; que les poursuites criminelles se déroulent d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité. Notre Cour a conclu que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, violait l'al. 11d) en exigeant que l'accusé établisse (selon la prépondérance des probabilités) qu'il n'était pas coupable de trafic, une fois établi le fait de la possession.

Dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, notre Cour a décidé que les droits garantis à l'art. 11 de la *Charte* peuvent être invoqués par les personnes que l'État poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, c'est-à-dire des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu'elles aient été édictées par le gouvernement fédéral ou par les provinces. Le juge Wilson (au nom de la majorité) a dit que l'art. 11 est destiné à offrir des garanties en matière de procédure dans les procédures qui peuvent entraîner des conséquences pénales même si elle ne sont pas criminelles au sens strict.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, notre Cour a conclu que l'al. 11d) est violé chaque fois qu'un accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l'infraction (y compris les éléments requis par l'art. 7 de la *Charte*).

Dans l'arrêt *Whyte*, précité, notre Cour a décidé à la majorité que la distinction entre les éléments de l'infraction et d'autres aspects de l'accusation n'est pas pertinente quand l'examen se fonde sur l'al. 11d). Ainsi, la préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais plutôt qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence. C'est l'effet ultime d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Cet aspect de

decisive. This aspect of *Whyte* was affirmed in *R. v. Chaulk, supra*, wherein I stated (at pp. 1330-31):

If an accused is found to have been insane at the time of the offence, he will not be found guilty; thus the "fact" of insanity precludes a verdict of guilty. Whether the claim of insanity is characterized as a denial of *mens rea*, an excusing defence or, more generally, as an exemption based on criminal incapacity, the fact remains that sanity is essential for guilt. Section 16(4) allows a factor which is essential for guilt to be presumed, rather than proven by the Crown beyond a reasonable doubt. Moreover, it requires an accused to disprove sanity (or prove insanity) on a balance of probabilities; it therefore violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused. [Emphasis added to the last sentence.]

Thus, the question to be determined here is whether the words "he establishes that" contained in s. 37.3(2) could operate so as to permit a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

Again, both the Crown and a number of interveners have argued that this interpretation of s. 11(d) should not apply in a regulatory setting. I can only reiterate my earlier comment that it is the fact that the state has resorted to the restriction of liberty through imprisonment for enforcement purposes which is determinative of the *Charter* analysis. A person whose liberty has been restricted by way of imprisonment has lost no less liberty because he or she is being punished for the commission of a regulatory offence as opposed to a criminal offence. A person whose liberty interest is imperilled is entitled to have the principles of fundamental justice fully observed. The presumption of innocence, guaranteed by s. 11(d), is clearly a principle of fundamental justice.

Given that I have determined, above, that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) must be held to be of no force or effect, the words "he establishes that" must be considered with respect to paras. (a) and (b) of s. 37.3(2). In this context, the words "he establishes that" place

l'arrêt *Whyte* a été confirmé dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, où je dis (aux pp. 1330 et 1331):

Si l'on juge que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, il ne sera pas déclaré coupable; le «fait» de l'aliénation empêche donc un verdict de culpabilité. Que l'allégation d'aliénation soit qualifiée de négation de la *mens rea*, de défense exonératoire ou, plus généralement, d'exemption fondée sur l'incapacité pénale, il n'en reste pas moins que le fait d'être sain d'esprit est une condition essentielle à la culpabilité. Or, le par. 16(4) permet que l'existence d'un facteur essentiel de culpabilité soit présumée, au lieu d'être prouvée par le ministère public hors de tout doute raisonnable. Par surcroît, il oblige l'accusé à réfuter qu'il était sain d'esprit (ou à démontrer l'aliénation) selon la prépondérance des probabilités; il viole par conséquent la présomption d'innocence parce qu'il permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. [Je souligne la dernière phrase.]

Par conséquent, la question qu'il faut trancher en l'espèce est de savoir si les mots «elle prouve que» utilisés au par. 37.3(2) pourraient avoir pour effet de permettre la déclaration de culpabilité malgré un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

Encore une fois, le ministère public et un certain nombre d'intervenants ont soutenu que cette interprétation de l'al. 11d) ne doit pas s'appliquer dans le contexte réglementaire. Je ne peux que répéter ce que j'ai dit plus haut: c'est le fait que l'État a eu recours à la restriction de la liberté par l'emprisonnement pour faire respecter la loi qui est décisif dans une analyse faite en fonction de la *Charte*. La personne dont la liberté a été restreinte par l'emprisonnement n'a pas été privée de moins de liberté parce qu'elle a été punie pour une infraction réglementaire plutôt qu'un crime. La personne qui risque de voir son droit à la liberté violé a droit au respect intégral des principes de justice fondamentale. La présomption d'innocence, garantie à l'al. 11d), est de toute évidence un principe de justice fondamentale.

Étant donné que j'ai déjà décidé que les al. c) et d) du par. 37.3(2) doivent être tenus pour inopérants, les mots «elle prouve que» doivent être examinés par rapport aux al. a) et b) du par. 37.3(2). Dans ce contexte, les mots «elle prouve que» imposent à l'accusé

a a burden on an accused to prove the two elements delineated thereafter on a balance of probabilities (see *R. v. Chaulk, supra*, at pp. 1317-18). Thus, if an accused fails to prove either of these elements on a balance of probabilities, (assuming the Crown has proved the *actus reus*) that accused will be convicted of false/misleading advertising. The absence of due diligence (presence of negligence) is clearly necessary for a finding of guilt. Thus, it seems clear to me that under s. 37.3(2) an accused could be convicted of false/misleading advertising despite the existence of a reasonable doubt as to whether the accused was duly diligent and, therefore, despite the existence of a reasonable doubt as to guilt.

In light of the above, I fully agree with the following statement of Tarnopolsky J.A. in the court below (at p. 568):

It is clearly possible for an accused to raise a reasonable doubt that he or she acted with due diligence without being able to establish that defence on a balance of probabilities. As a result, the imposition, in s. 37.3(2)(a) and (b), of a persuasive burden on the accused to prove that he or she acted with due diligence violates s. 11(d) because it permits conviction despite a reasonable doubt as to the culpability of the accused.

Accordingly, unless this persuasive burden can be justified under s. 1 of the *Charter*, the words "he establishes that" in s. 37.3(2) must be held to be of no force or effect.

### Section 1

#### *Objective*

As was the case under s. 7, the Crown submits that the objective of the law is to promote vigorous and fair competition. As I have indicated above, this may well be the overall objective of the *Competition Act* in general, but it is not the specific objective of placing a persuasive burden on an accused to prove due diligence (disprove negligence).

The specific objective of placing a persuasive burden on an accused via the words "he establishes that"

la charge de prouver ces deux éléments selon la prépondérance des probabilités (voir l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, aux pp. 1317 et 1318). Par conséquent, si l'accusé ne prouve pas l'un de ces éléments selon la prépondérance des probabilités (à supposer que le ministère public ait démontré l'*actus reus*), il sera déclaré coupable de publicité fausse ou trompeuse. Le défaut de diligence raisonnable (la négligence) est nettement nécessaire pour qu'il soit déclaré coupable. Par conséquent, il me semble clair qu'en vertu du par. 37.3(2), l'accusé pourrait être déclaré coupable de publicité fausse ou trompeuse malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à savoir s'il a fait preuve de diligence raisonnable et, par conséquent, malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Vu ce qui précède, je souscris sans réserve à la déclaration suivante du juge Tarnopolsky de la cour d'instance inférieure (à la p. 568):

[TRADUCTION] De toute évidence, l'accusé peut susciter un doute raisonnable quant à sa diligence raisonnable sans être en mesure de démontrer ce moyen de défense selon la prépondérance des probabilités. Par conséquent, l'imposition à l'accusé, aux al. 37.3(2)a) et b), de la charge de persuasion quant à sa diligence raisonnable porte atteinte à l'al. 11d) parce qu'elle permet qu'il soit déclaré coupable malgré un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Par conséquent, sauf si ce fardeau de persuasion peut être justifié au sens de l'article premier de la *Charte*, les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2) doivent être déclarés inopérants.

### L'article premier

#### *L'objectif*

Comme dans le cas de l'art. 7, le ministère public affirme que l'objectif de la loi est de favoriser la concurrence vigoureuse et loyale. Je le répète, c'est peut-être bien l'objectif global de la *Loi sur la concurrence*, mais ce n'est pas l'objectif précis de l'imposition à l'accusé de la charge de persuasion à l'égard de la diligence raisonnable (de l'absence de négligence).

L'objectif précis de l'imposition à l'accusé de la charge de persuasion, par l'emploi des mots «elle

is to ensure that all those who are guilty of false/misleading advertising are convicted and to ensure that convictions are not lost due to evidentiary problems in proving guilt. I am prepared to accept that this is a “pressing and substantial objective” for the purposes of the *Oakes* analysis.

The means chosen to achieve this objective can be characterized as follows: to facilitate convictions by removing the burden on the Crown to prove negligence (lack of due diligence) beyond a reasonable doubt. In other words, the means chosen to achieve the objective essentially amounts to a decision by Parliament to convict all those who do not establish that they were duly diligent, including some accused who were duly diligent (and for whom a reasonable doubt exists in that regard) but who are unable to prove due diligence on a balance of probabilities. This, then, is the means which must be considered under the proportionality part of the *Oakes* test.

### *Proportionality Test*

#### 1. Rational Connection

Convicting all those who are unable to establish due diligence on a balance of probabilities, including those who were duly diligent, is one way of ensuring that all those guilty of false/misleading advertising are convicted, and is therefore one way of ensuring that the overall goal of ensuring fair and vigorous competition is attained. While this method of achieving the objective may raise certain problems and may not be the preferred method of achieving the objective, it is nonetheless a logical means of achieving the desired objective.

Thus, in my view, there is a rational connection between the objectives and the means chosen to attain the objectives, and the persuasive burden embodied in the words “he establishes that” in

prouve que», est de faire en sorte que toutes les personnes qui font de la publicité fausse ou trompeuse soient déclarées coupables et de veiller à ce qu’elles n’échappent pas à la déclaration de culpabilité à cause de problèmes de preuve. Je suis disposé à accepter qu’il s’agit d’un «objectif urgent et réel» dans le cadre de l’analyse effectuée dans l’arrêt *Oakes*.

Les moyens choisis pour réaliser cet objectif peuvent être formulés ainsi: faciliter la déclaration de culpabilité en dispensant le ministère public de la charge d’établir la négligence (le défaut de diligence raisonnable) hors de tout doute raisonnable. Autrement dit, le moyen choisi pour atteindre l’objectif représente essentiellement la décision du législateur de déclarer coupables tous ceux qui ne prouvent pas qu’ils ont fait montre de diligence raisonnable, y compris certains accusés qui ont fait montre de diligence raisonnable (et en faveur desquels il existe un doute raisonnable à cet égard), mais qui sont incapables de le prouver selon la prépondérance des probabilités. Voilà donc le moyen qu’il s’agit d’apprécier selon la partie du critère de l’arrêt *Oakes* touchant la proportionnalité.

### *Le critère de la proportionnalité*

#### 1. Le lien rationnel

Déclarer coupables tous ceux qui sont incapables d’établir leur diligence raisonnable selon la prépondérance des probabilités, y compris ceux qui ont fait preuve de diligence raisonnable, est un moyen de veiller à ce que toutes les personnes coupables de publicité fausse ou trompeuse soient déclarées coupables, et est donc une manière de veiller à ce que soit atteint l’objectif global de favoriser la concurrence vigoureuse et loyale. Cette façon de réaliser l’objectif peut poser certains problèmes et peut ne pas être le meilleur moyen d’atteindre l’objectif, mais c’est néanmoins un moyen logique de réaliser l’objectif visé.

Par conséquent, il y a selon moi un lien rationnel entre les objectifs et les moyens choisis pour les réaliser et la charge de persuasion que représentent les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2) satisfait donc

s. 37.3(2) therefore passes the first part of the proportionality test in *Oakes*.

## 2. As Little as Possible

While the imposition of a persuasive burden is rationally connected to the objective, it does not, in my view, infringe constitutionally protected rights as little as is reasonably possible. The Crown has not established that it is necessary to convict those who were duly diligent in order to “catch” those accused who were not duly diligent.

Parliament clearly had the option of employing a mandatory presumption of negligence (following from proof of the *actus reus*) which could be rebutted by something less than an accused’s establishing due diligence on a balance of probabilities. This option was, in fact, recommended by the Ontario Law Reform Commission in its *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences* (1990). The Commission stated (at p. 48):

With respect to the burden of proof for strict liability offences, the Commission proposes a compromise solution that balances the fundamental rights of the accused with the need for effective law enforcement. We recommend the enactment of a mandatory presumption rather than a reverse onus. In other words, in the absence of evidence to the contrary, negligence will be presumed. The Crown will continue to bear the burden of establishing the physical element or *actus reus* beyond a reasonable doubt. However, in a strict liability case, it will be necessary that evidence of conduct capable of amounting to reasonable care be adduced, either by the testimony of the accused, through the examination or cross-examination of a Crown or defence witness, or in some other way. The accused will merely have an evidentiary burden and will no longer be required to satisfy the persuasive burden of establishing, on a balance of probabilities, that he was not negligent. Where evidence of reasonable care has been adduced, thereby rebutting the presumption, in order to secure a conviction the prosecution should be required to establish the accused’s negligence beyond a reasonable doubt. [Emphasis added.]

à la première partie du critère de la proportionnalité de l’arrêt *Oakes*.

## 2. L’atteinte minimale

L’imposition de la charge de persuasion a un lien rationnel avec l’objectif, mais elle ne porte pas, à mon avis, aussi peu que possible atteinte aux droits garantis par la Constitution. Le ministère public n’a pas établi qu’il était nécessaire de déclarer coupables ceux qui ont fait preuve de diligence raisonnable afin de «prendre» ceux qui n’ont pas fait preuve de diligence raisonnable.

Le législateur avait de toute évidence la possibilité d’employer une présomption impérative de négligence (découlant de la preuve de l’*actus reus*) qui pourrait être réfutée par quelque moyen moins rigoureux que la preuve par l’accusé de la diligence raisonnable selon la prépondérance des probabilités. C’est en fait le choix qu’a recommandé la Commission de réforme du droit de l’Ontario dans son *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences* (1990). La Commission dit (à la p. 48):

[TRADUCTION] Quant à la charge de la preuve dans le cas des infractions de responsabilité stricte, la Commission propose une solution de compromis qui constitue un juste milieu entre les droits fondamentaux de l’accusé et la nécessité de la mise en application efficace des lois. Nous recommandons que soit adoptée une présomption impérative au lieu de l’inversion de la charge. Autrement dit, jusqu’à preuve du contraire, la négligence sera présumée. Il continuera d’incomber au ministère public de prouver l’élément matériel ou l’*actus reus* hors de tout doute raisonnable. Toutefois, dans un cas de responsabilité stricte, il sera nécessaire de présenter une preuve de conduite susceptible de correspondre à des précautions raisonnables, soit par le témoignage de l’accusé, soit par l’interrogatoire ou le contre-interrogatoire d’un témoin à charge ou à décharge, soit d’une autre manière. L’accusé ne devra s’acquitter que de la charge de présentation et n’aura plus à s’acquitter de la charge de persuasion pour ce qui est d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’il n’a pas été négligent. S’il est prouvé que des précautions raisonnables ont été prises, ce qui réfuterait la présomption, la poursuite devrait, pour obtenir la déclaration de culpabilité, être obligée d’établir la négligence de l’accusé hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

I note that the presence of such a mandatory presumption alongside the accused's evidentiary burden would, in effect, require the accused to adduce evidence capable of amounting to evidence of due diligence, either through the testimony of the accused or that of other witnesses, including the cross-examination of Crown witnesses or by other means. It goes without saying that if the Crown has adduced such evidence, the accused can rely on it in discharge of the evidentiary burden. This will ensure that the information as to what steps, if any, were taken to avoid the occurrence of the prohibited act is in the record and will relieve the Crown of the obligation to bring forward evidence on a matter that is exclusively in the possession of the accused. On the other hand, the Crown will bear the risk of non-persuasion if the conclusions and inferences to be drawn from such information leave the trier of fact in a state of reasonable doubt on the issue of due diligence.

In view of the foregoing, this alternative would not raise the problem discussed in *R. v. Chaulk*, *supra*, of imposing an "impossibly onerous burden" on the Crown. A requirement that the Crown prove lack of due diligence (negligence) beyond a reasonable doubt once an accused has rebutted a mandatory presumption is not akin to a requirement that the Crown prove an accused's sanity once the accused has raised a reasonable doubt about his or her sanity. In *R. v. Chaulk*, I indicated that the tremendous difficulties which would be faced by the Crown in proving sanity beyond a reasonable doubt flowed largely from the uncertainty of our scientific knowledge in this area. In my view, these difficulties are qualitatively different than the kinds of evidentiary difficulties which would be faced by the Crown in proving lack of due diligence beyond a reasonable doubt (once the accused has discharged the evidentiary burden).

The use of such a mandatory presumption in s. 37.3(2) would be less intrusive on s. 11(d) and would go a long way in achieving the objective: namely, ensuring that those who are not duly diligent

Je remarque que la présence d'une telle présomption impérative, en plus de la charge de présentation qui incomberait à l'accusé, l'obligerait en fait à présenter une preuve susceptible d'équivaloir à une preuve de diligence raisonnable, par son propre témoignage ou celui d'autres témoins, y compris le contre-interrogatoire des témoins à charge, ou par d'autres moyens. Il va sans dire que, si le ministère public a présenté ce genre de preuve, l'accusé peut l'utiliser pour s'acquitter de la charge de présentation. Ainsi, les renseignements relatifs aux mesures prises, le cas échéant, pour éviter que se produise l'acte interdit seront consignés au dossier, ce qui libérera le ministère public de l'obligation de produire une preuve sur un sujet qui est exclusivement entre les mains de l'accusé. Par ailleurs, le ministère public prendra le risque de ne pouvoir persuader, si les conclusions et les inférences découlant de ces renseignements laissent planer chez le juge des faits un doute raisonnable quant à la question de la diligence.

Étant donné ce qui précède, cette solution de rechange ne poserait pas le problème examiné dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, soit l'imposition au ministère public d'«une charge écrasante». L'obligation faite au ministère public de prouver le défaut de diligence raisonnable (la négligence) hors de tout doute raisonnable, une fois que l'accusé a réfuté la présomption impérative, ne ressemble pas à l'obligation pour le ministère public de prouver que l'accusé était sain d'esprit, une fois que celui-ci a suscité un doute raisonnable à ce sujet. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, j'ai dit que les difficultés énormes que devrait surmonter le ministère public pour faire la preuve hors de tout doute raisonnable qu'une personne est saine d'esprit découlaient en grande partie de l'incertitude des connaissances scientifiques dans ce domaine. À mon avis, ces difficultés sont qualitativement différentes du genre de difficultés de preuve que devrait surmonter le ministère public pour établir le défaut de diligence raisonnable hors de tout doute raisonnable (une fois que l'accusé s'est acquitté de la charge de présentation).

L'emploi d'une telle présomption impérative au par. 37.3(2) violerait moins l'al. 11(d) et réaliserait en grande partie l'objectif, savoir, veiller à ce que les personnes qui ne font pas preuve de diligence raison-



are convicted (either because those accused would be unable to rebut the mandatory presumption or because the Crown would be able to prove a lack of due diligence). While the over-inclusive persuasive burden may bring about more convictions than would an evidentiary burden, the general objective of convicting the guilty would be attained by a less intrusive evidentiary burden.

While a mandatory presumption with an evidentiary burden on the accused would be far less intrusive on s. 11(d) than would the existing persuasive burden, it must be recognized that a mandatory presumption would itself to some degree infringe the presumption of innocence. As discussed above, this Court stated in *Oakes, supra*, that the presumption of innocence includes both the right of an accused to be presumed innocent until proven guilty, and the right to have the state bear the burden of proving guilt beyond a reasonable doubt. Unless it can be said that proof of the *actus reus* of false/misleading advertising, in and of itself and in all cases, leads inexorably to the conclusion that the accused was negligent in carrying out that *actus reus*, a mandatory presumption of negligence leaves open the possibility that the accused will be convicted despite the fact that the Crown's evidence leaves a reasonable doubt about the accused's negligence.

In the absence of a mandatory presumption, the Crown would be required to raise some evidence of negligence in order to secure a conviction. If the Crown failed to address the element of negligence, the accused could successfully raise a "no evidence motion" or (in a jury trial) a motion for a "directed verdict". The presence of a mandatory presumption means that the usual requirement for Crown evidence has been replaced by a presumption of negligence (which can only be rebutted if the accused can point to some evidence capable of raising a reasonable doubt about negligence). It follows from this that an accused who chose to remain silent and lead no defence evidence would, in the absence of some other evidence capable of raising a reasonable doubt, be

nable soient déclarées coupables (soit parce que l'accusé serait incapable de réfuter la présomption impérative, soit parce que le ministère public serait en mesure de prouver le défaut de diligence raisonnable). Certes, la charge de persuasion de portée excessive peut produire plus de déclarations de culpabilité que la charge de présentation, mais l'objectif général, qui consiste à condamner les personnes coupables, serait atteint au moyen d'une charge de présentation moins attentatoire.

Bien qu'une présomption impérative assortie de la charge de présentation incombant à l'accusé porterait beaucoup moins atteinte à l'al. 11d) que la charge de persuasion existante, il faut cependant avouer que la présomption impérative elle-même violerait dans une certaine mesure la présomption d'innocence. Comme nous l'avons dit plus haut, notre Cour a dit dans l'arrêt *Oakes*, précité, que la présomption d'innocence suppose, d'une part, qu'une personne a le droit d'être présumée innocente tant qu'elle n'est pas déclarée coupable, et d'autre part, que c'est à l'État qu'incombe la charge d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Sauf si l'on peut affirmer qu'en soi et dans tous les cas, la preuve de l'*actus reus* de la publicité fausse ou trompeuse nous amène inexorablement à conclure que l'accusé a été négligent du fait de l'accomplissement de cet *actus reus*, la présomption impérative de négligence donne la possibilité de déclarer l'accusé coupable en dépit du fait que la preuve du ministère public laisse subsister un doute raisonnable quant à la négligence de l'accusé.

En l'absence de présomption impérative, le ministère public serait tenu de faire la preuve de la négligence pour obtenir une déclaration de culpabilité. Si sa preuve n'établissait pas l'élément de la négligence, l'accusé pourrait avoir gain de cause en présentant une «requête faisant valoir l'absence de preuve» ou (dans un procès devant jury) une requête en vue d'obtenir un «verdict imposé». La présence d'une présomption impérative signifie que l'obligation habituelle du ministère public de faire la preuve a été remplacée par une présomption de négligence (qui ne peut être réfutée que si l'accusé peut mettre en lumière un élément de preuve susceptible de susciter un doute raisonnable quant à la négligence). Il s'ensuit que l'accusé qui a choisi de garder le silence et

deemed to have been negligent (a fault requirement which I have just concluded is constitutionally required) and would, therefore, be convicted. Such would not be the case in the absence of a mandatory presumption and evidentiary burden. It can be seen from the above discussion that a mandatory presumption can operate so as to indirectly force an accused into the stand in order to avoid being convicted. If proof of the *actus reus* itself necessarily established negligence in all cases, this would not conflict with the presumption of innocence because the accused would then be "forced" into the stand only as a result of the Crown's evidence of *actus reus* effectively constituting evidence of negligence (the necessary inference of negligence being drawn from the Crown's evidence of *actus reus*). However, mere proof of the *actus reus* of false advertising does not inexorably lead to the conclusion that the accused was negligent in committing the *actus reus*. Thus, the indirect compulsion of an accused into the stand which arises from a mandatory presumption of negligence infringes on an accused's s. 11(d) right to have the Crown prove his or her guilt beyond a reasonable doubt.

At the same time, it is my view that any such infringement of s. 11(d) would be clearly justified as a reasonable limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*. The objective of incorporating a mandatory presumption and evidentiary burden into s. 37.3(2) would be to avoid placing an impossible burden on the Crown. Like most public welfare offences, false/misleading advertising is of such a nature that the accused will be in the best position to garner evidence of due diligence. In the absence of some explanation by the accused, it will nearly always be impossible for the Crown to prove the absence of due diligence. Indeed, without an evidentiary burden on the accused, the Crown may well be put in the difficult situation which was addressed in *R. v. Chaulk, supra*, whereby the burden of adducing evidence of negligence on an ongoing basis could give rise to intrusions of other *Charter* rights, such as the right to be free from unreasonable search and seizure (s. 8). Thus, the use of a mandatory presumption in

qui n'a pas présenté de preuve en défense serait, faute d'autres éléments de preuve pouvant susciter un doute raisonnable, présumé avoir été négligent (l'exigence constitutionnelle requise en matière de faute, comme je viens de le conclure) et serait, par conséquent, déclaré coupable. Ce ne serait pas le cas en l'absence de présomption impérative et de charge de présentation. Il ressort de la discussion qui précède que la présomption impérative peut avoir pour effet d'obliger indirectement l'accusé à se présenter à la barre pour éviter d'être déclaré coupable. Si la preuve de l'*actus reus* établissait en soi la négligence dans tous les cas, cela ne porterait pas atteinte à la présomption d'innocence parce que l'accusé ne serait alors «forcé» de témoigner que parce que la preuve de l'*actus reus* par le ministère public établit effectivement la négligence (la preuve de l'*actus reus* par le ministère public permettant inévitablement de conclure à la négligence). Toutefois, la simple preuve de l'*actus reus* de la publicité fausse ne nous amène pas inexorablement à conclure que l'accusé a été négligent en perpétrant l'*actus reus*. Ainsi, l'obligation de témoigner faite indirectement à l'accusé, qui découle de la présomption impérative de négligence, porte atteinte au droit qu'il a, en vertu de l'al. 11d), que le ministère prouve sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Mais pourtant, je suis d'avis que cette atteinte à l'al. 11d) serait une règle de droit constituant une limite raisonnable nettement justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'objectif de l'insertion au par. 37.3(2) d'une présomption impérative et de la charge de présentation serait d'éviter d'imposer une charge écrasante au ministère public. Comme la plupart des infractions contre le bien-être public, la publicité fausse ou trompeuse est de nature telle que c'est l'accusé qui sera le plus à même de faire la preuve de sa diligence raisonnable. Si l'accusé ne peut fournir aucune explication, il sera presque toujours impossible pour le ministère public de prouver l'absence de diligence raisonnable. En effet, si la charge de présentation n'incombe pas à l'accusé, le ministère public peut très bien se trouver dans la situation difficile décrite dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, où la charge de prouver la négligence pourrait, dans le processus d'obtention de la preuve, donner lieu à des atteintes à d'autres droits garantis par la

s. 37.3(2) would be rationally connected to avoiding this impossible burden, would fall well within the range of means which impair *Charter* rights as little as is reasonably possible, and would be proportional in its effect on the presumption of innocence.

In summary, while the use of a mandatory presumption in s. 37.3(2) would also infringe s. 11(d), it constitutes a less intrusive alternative which would not violate the *Charter* (in that it would constitute a justifiable limit under s. 1).

In light of this alternative, it is my view that the words "he establishes that" do not limit constitutionally protected rights as little as is reasonably possible and that the persuasive burden cannot, therefore, be upheld as a reasonable limit under s. 1. However, even if it can be said that a mandatory presumption along with an evidentiary burden would not attain the objective as effectively as a persuasive burden and that the words in question therefore do limit *Charter* rights as little as is reasonably possible, it is my view that any marginal increase in the obtaining of the objective (via a persuasive burden on the accused) would be clearly outweighed by the detrimental effect on the presumption of innocence. In other words, if I am wrong in finding that the words in question do not pass the second branch of the proportionality test in *Oakes*, it is my view that the persuasive burden does not pass the third branch of the proportionality test in *Oakes* because the effect of the means chosen on *Charter* rights and freedoms is not proportional to the objective. Indeed, here we are postulating legislation enabling the imprisonment of those who were duly diligent but could not prove it on a balance of probabilities, even though there might well have existed a reasonable doubt thereof. Sending the innocent to jail is too high a price.

*Charte*, tel le droit de ne pas être soumis à des fouilles, des perquisitions ou des saisies abusives (art. 8). Ainsi, l'utilisation d'une présomption impérative au par. 37.3(2) aurait un lien rationnel avec l'objectif d'éviter cette charge écrasante, entrerait dans la catégorie des moyens qui portent aussi peu que possible atteinte aux droits garantis par la *Charte* et serait proportionnelle quant à son effet sur la présomption d'innocence.

En résumé, si l'emploi d'une présomption impérative au par. 37.3(2) portait également atteinte à l'al. 11d), il constitue néanmoins une solution moins attentatoire qui ne violerait pas la *Charte* (en ce sens qu'il constituerait une limite justifiable en vertu de l'article premier).

Compte tenu de cette solution de remplacement, je suis d'avis que les mots «elle prouve que» ne restreignent pas aussi peu que possible des droits garantis par la Constitution et que la charge de persuasion ne peut donc pas être tenue pour une limite raisonnable au sens de l'article premier. Toutefois, même si l'on peut affirmer qu'une présomption impérative assortie de la charge de présentation ne réaliserait pas l'objectif aussi efficacement que la charge de persuasion et que les mots en question restreignent effectivement aussi peu que possible les droits garantis par la *Charte*, je suis d'avis que tout léger progrès dans la réalisation de l'objectif (grâce à l'imposition de la charge de persuasion à l'accusé) serait nettement surpassé par l'effet préjudiciable sur la présomption d'innocence. Autrement dit, si je conclus à tort que les mots en question ne respectent pas la deuxième partie du critère de la proportionnalité de l'arrêt *Oakes*, je suis d'avis que la charge de persuasion ne satisfait pas au troisième volet de ce critère, parce que l'effet des moyens choisis sur les droits et libertés garantis par la *Charte* n'est pas proportionnel à l'objectif. En effet, nous supposons ici un texte de loi qui autorise l'emprisonnement de ceux qui ont fait montre de diligence raisonnable, mais n'ont pas pu prouver celle-ci selon la prépondérance des probabilités, encore qu'il ait peut-être bien existé un doute raisonnable quant à cette diligence. C'est consentir un trop grand sacrifice que de condamner des innocents à la prison.

I also wish to point out that Parliament had the further option of maintaining the persuasive burden on the accused but removing the possibility of imprisonment. The use of a persuasive burden in circumstances where imprisonment was not a possible punishment would be far less intrusive on constitutional rights.

In light of the alternative means open to Parliament, I am of the view that the use of a persuasive burden in s. 37.3(2) cannot be justified under the proportionality part of the *Oakes* test.

In summary, it is my view that the words "he establishes that" contained in s. 37.3(2) limit s. 11(d) of the *Charter* and cannot be upheld as a reasonable limit under s. 1. Consequently, the words "he establishes that" must be held to be of no force or effect, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Once the words "he establishes that" are deleted from s. 37.3(2), the question becomes, who proves what under the remaining provision? Parliament may well choose to re-enact the offence of false/misleading advertising within constitutionally acceptable parameters but, until such time, how is this offence to be proven? In my opinion, the answer to this question requires the Court to consider this Court's judgment in *R. v. City of Sault Ste. Marie, supra*, but this time in light of the *Charter*.

In *R. v. City of Sault Ste. Marie, supra*, this Court set out a classification of offences to be followed where the legislature had not expressly addressed the requirement of fault. The Court drew a general distinction between "true crimes" and "public welfare offences". While the Court contemplated public welfare offences which carried relatively light sentences, it would seem that the offence of false/misleading advertising would be one which would fall within the "public welfare" classification in *Sault Ste. Marie*. For "public welfare offences", the Court held that the standard of fault was that of "strict liability". This meant that conviction would follow proof (by the Crown) of the *actus reus*, unless the accused proved,

Je tiens aussi à souligner que le législateur avait le choix en outre de maintenir la charge de persuasion qui incombe à l'accusé, mais de supprimer la possibilité de l'emprisonnement. L'emploi de la charge de persuasion dans des cas où l'emprisonnement ne serait pas une peine prévue porterait beaucoup moins atteinte aux droits garantis par la Constitution.

Vu les autres solutions que pouvait retenir le législateur, je suis d'avis que la charge de persuasion imposée au par. 37.3(2) ne peut pas être justifiée selon l'aspect proportionnalité du critère de l'arrêt *Oakes*.

En résumé, je suis d'avis que les mots «elle prouve que» utilisés au par. 37.3(2) restreignent l'al. 11d) de la *Charte* et ne peuvent pas être tenus pour une limite raisonnable en vertu de l'article premier. Par conséquent, les mots «elle prouve que» doivent être déclarés inopérants, conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Une fois invalidés les mots «elle prouve que» du par. 37.3(2), la question à trancher est celle-ci: à qui incombe la charge de la preuve en application du reste de la disposition? Le législateur peut bien choisir de réédicter l'infraction de publicité fausse ou trompeuse selon des paramètres acceptables du point de vue constitutionnel, mais entre temps comment doit-on faire la preuve de cette infraction? À mon avis, pour répondre à cette question, la Cour doit examiner l'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie, précité*, mais cette fois dans le contexte de la *Charte*.

Dans l'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie, précité*, notre Cour a énoncé une classification des infractions qu'il faut appliquer quand le législateur n'a pas précisé l'exigence en matière de faute. La Cour a établi une distinction générale entre les «crimes proprement dits» et les «infractions contre le bien-être public». Bien que la Cour ait examiné des infractions contre le bien-être public qui étaient assorties de peines assez légères, il semble que l'infraction de publicité fausse ou trompeuse entrerait dans la catégorie des «infractions contre le bien-être public» reconnue dans cet arrêt. Dans le cas des infractions de cette catégorie, la Cour a décidé que la norme de faute était la «responsabilité stricte». Cela signifiait qu'il y aurait déclara-

on a balance of probabilities, that he or she took all reasonable care and was duly diligent.

It is clear to me from the foregoing discussion of this Court's judgments in *Oakes*, *Wigglesworth*, *Vaillancourt*, *Whyte*, and *Chaulk*, *supra*, that where an accused faces imprisonment upon conviction, the presence of the persuasive burden in the *Sault Ste. Marie* category of "strict liability" is inconsistent with the principles of fundamental justice. The previous judgments of this Court make clear that, to the extent that imprisonment is a possible penalty, this category of "strict liability", placing a persuasive burden on the accused, cannot withstand *Charter* scrutiny. It follows from this that when imprisonment is a possible punishment for the commission of a "public welfare offence", the persuasive burden contemplated by this Court in *Sault Ste. Marie* cannot be operative; in this sense, the developing *Charter* jurisprudence of this Court has, over the last five years, been modifying this holding in *Sault Ste. Marie*. At the same time, the reasons for not imposing a fault requirement of subjective *mens rea* for "public welfare offences", which were discussed at length in *Sault Ste. Marie*, are still compelling. Therefore, I would characterize the modification of *Sault Ste. Marie* as follows: where the legislature has not expressly addressed the requirement of fault (or where, as here, it has done so in a manner which violates the Constitution), a "public welfare offence" (such as false/misleading advertising) which carries the possibility of imprisonment will be construed as setting up a rebuttable mandatory presumption of negligence. Once the Crown proves the *actus reus*, the accused will carry the evidentiary burden of pointing to some evidence (led either by the Crown or the defence) which is capable of raising a reasonable doubt as to his or her negligence, short of which a conviction will properly ensue.

tion de culpabilité si la preuve de l'*actus reus* était faite (par le ministère public), sauf si l'accusé prouvait, selon la prépondérance des probabilités, qu'il avait pris toutes les précautions raisonnables et fait montre de diligence raisonnable.

Compte tenu de l'examen qui précède des arrêts de notre Cour *Oakes*, *Wigglesworth*, *Vaillancourt*, *Whyte* et *Chaulk*, précités, il m'apparaît évident que, si l'accusé risque l'emprisonnement s'il est déclaré coupable, la présence de la charge de persuasion pour la catégorie des infractions de «responsabilité stricte» reconnue dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* est incompatible avec les principes de justice fondamentale. Il ressort clairement des arrêts antérieurs de notre Cour que, dans la mesure où l'emprisonnement est possible, cette catégorie d'infractions de «responsabilité stricte», imposant à l'accusé la charge de persuasion, ne peut pas résister à l'analyse fondée sur la *Charte*. Il s'ensuit que, dans les cas où la personne accusée d'avoir commis une «infraction contre le bien-être public» est passible de l'emprisonnement, la charge de persuasion envisagée par notre Cour dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* ne saurait être appliquée; en ce sens, la jurisprudence de notre Cour relative à la *Charte* a, depuis cinq ans, modifié l'arrêt *Sault Ste-Marie* sous cet aspect. Mais pourtant, les raisons pour lesquelles il ne faut pas imposer la *mens rea* subjective à titre d'exigence en matière de faute dans le cas des «infractions contre le bien-être public», qui ont été examinées à fond dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, restent péremptoires. Par conséquent, j'annoncerai la modification de cet arrêt en ces termes: si le législateur n'a pas précisé l'exigence en matière de faute (ou si, comme en l'espèce, elle l'a fait d'une manière qui porte atteinte à la Constitution), une «infraction contre le bien-être public» (telle la publicité fausse ou trompeuse) qui rend son auteur passible de l'emprisonnement sera interprétée comme établissant une présomption impérative, réfutable, de négligence. Une fois que le ministère public aura prouvé l'*actus reus*, il incombera à l'accusé de mettre en lumière des éléments de preuve (présentés par le ministère public ou par la défense) qui sont susceptibles de susciter un doute raisonnable quant à sa négligence, à défaut de quoi une déclaration de culpabilité s'ensuivra à bon droit.

Thus, the remaining words in s. 37.3(2) mean that the offence of false/misleading advertising will be made out once the Crown proves the *actus reus* beyond a reasonable doubt, unless the accused can meet the aforementioned burden of raising a reasonable doubt. If the accused is able to rebut this presumption, the Crown will carry the burden of proving negligence (lack of due diligence) beyond a reasonable doubt.

As was indicated above, in my discussion of the *Oakes* analysis, I am of the view that this modified rule in *Sault Ste. Marie* would not violate the *Charter*. While the mandatory presumption would constitute a limitation on the presumption of innocence, such limitation would be justified under s. 1 of the *Charter*.

I turn now to the question of s. 36(1)(a). It is my view that the constitutional difficulties arise only from the operation of paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) and from the words "he establishes that" in s. 37.3(2). Consequently, no constitutional problem is raised by s. 36(1)(a) either by itself or in combination with the remainder of s. 37.3(2).

*Did the Ontario Court of Appeal err in "Rewriting" the Offence Rather Than Declaring the Entire Provision to be of no Force or Effect?*

In applying s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* to the facts of this case, it must be kept in mind that s. 52(1) provides that any law which is inconsistent with the provisions of the Constitution is of no force or effect to the extent of the inconsistency. The foregoing analysis reveals that it is only paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) and the words "he establishes that" which infringe the provisions of the Constitution. The removal of these paragraphs and words from s. 37.3(2) does not, in my view, defeat a "unitary scheme" envisaged by Parliament; rather, it maintains the overall offence of false/misleading advertising and the related statutory defence as much as is possible, within a constitutionally permissible framework.

I cannot agree with the appellant that in severing the offending words and paragraphs and striking

De cette façon, selon les éléments restants du par. 37.3(2), la preuve de l'infraction de publicité fausse ou trompeuse sera faite quand le ministère public aura établi l'*actus reus* hors de tout doute raisonnable, sauf si l'accusé peut s'acquitter de la charge susmentionnée de susciter un doute raisonnable. Si l'accusé est en mesure de réfuter cette présomption, il incombera au ministère public de prouver la négligence (le défaut de diligence raisonnable) hors de tout doute raisonnable.

Comme je l'ai dit dans mon analyse de l'arrêt *Oakes*, je suis d'avis que cette règle modifiée, tirée de l'arrêt *Sault Ste-Marie*, ne violerait pas la *Charte*. La présomption impérative constituerait une restriction à la présomption d'innocence, mais elle serait justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

J'aborde maintenant la question de l'al. 36(1)a). Je suis d'avis que les difficultés constitutionnelles ne se posent qu'au regard de l'application des al. c) et d) du par. 37.3(2) et des mots «elle prouve que» qui figurent au par. 37.3(2). Par conséquent, l'al. 36(1)a), pris isolément ou avec le reste du par. 37.3(2), ne pose aucun problème constitutionnel.

*La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en «reformulant» l'infraction, plutôt que de déclarer toute la disposition inopérante?*

Lorsqu'on applique le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* aux faits de l'espèce, il ne faut pas oublier que le par. 52(1) dispose que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. L'analyse qui précède révèle que ce sont seulement les al. c) et d) du par. 37.3(2) et les mots «elle prouve que» qui violent la Constitution. La suppression de ces alinéas et de ces mots du par. 37.3(2) ne va pas à l'encontre d'un «ensemble de dispositions indissociables» conçu par le législateur; elle maintient plutôt autant que possible l'infraction de publicité fausse ou trompeuse dans son ensemble et le moyen de défense connexe, dans les limites acceptables sur le plan constitutionnel.

Je ne peux pas souscrire au point de vue de l'appellante selon lequel la Cour d'appel, en retranchant les

down these portions alone, the Court of Appeal “usurped the function of Parliament”. In my opinion, the Court of Appeal took the route which is most consistent with s. 52(1) and which is least intrusive to the overall statutory scheme. It need hardly be said that Parliament always has the option of repealing the provision in question and enacting a new false/misleading advertising provision which conforms with the provisions of the *Charter*.

Thus, in my view, these paragraphs and words can and should be severed from the remainder of s. 37.3(2) in disposing of this appeal. I note that this Court has taken similar action in previous cases (see: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *R. v. Vaillancourt*, and *R. v. Holmes*, *supra*).

#### Disposition

In light of the above analysis, I would dismiss the appeal of the accused, Wholesale Travel, and affirm the Ontario Court of Appeal’s remittance of the case to the Provincial Court for trial. I would dismiss the Crown’s appeal. Paragraphs (c) and (d) of s. 37.3(2) of the *Competition Act*, and the words “he establishes that” contained in s. 37.3(2) are of no force or effect, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

I would answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Does s. 37.3(2) of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended, in whole or in part violate ss. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) limit s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The words “he establishes that” in s. 37.3(2) limit s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Question 2: Does s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, in and of itself or when read in combination

mots et les alinéas répréhensibles et en invalidant ces parties seulement, [TRADUCTION] «a usurpé la fonction du législateur». À mon avis, la Cour d’appel a choisi la voie qui est la plus compatible avec le par. 52(1) et qui porte le moins atteinte à l’ensemble du texte de loi. Il n’est guère besoin de dire que le législateur a toujours la possibilité d’abroger la disposition en cause et d’édicter une nouvelle disposition relative à la publicité fausse ou trompeuse qui soit conforme aux dispositions de la *Charte*.

Ainsi, à mon sens, la Cour peut et doit retrancher ces alinéas et ces mots du par. 37.3(2) en statuant sur ce pourvoi. Je remarque que notre Cour a pris une décision semblable dans des arrêts antérieurs (voir le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, et les arrêts *R. c. Vaillancourt* et *R. c. Holmes*, précités).

#### Dispositif

Vu l’analyse qui précède, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de l’accusée, Wholesale Travel, et de confirmer le renvoi, par la Cour d’appel de l’Ontario, de l’affaire devant la Cour provinciale afin qu’un procès soit tenu. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi du ministère public. Les alinéas c) et d) du par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* et les mots «elle prouve que» qui figurent au par. 37.3(2) sont inopérants, en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Je suis d’avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

Question 1: Le paragraphe 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, et modifications, ou une partie de ce paragraphe, porte-t-il atteinte à l’art. 7 ou à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, les al. c) et d) du par. 37.3(2) restreignent les droits garantis à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2) restreignent les droits garantis à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Question 2: L’alinéa 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, pris isolément ou avec le par. 37.3(2)

with s. 37.3(2) of the *Competition Act*, violate ss. 7 or 11(d) of the *Charter*?

Answer: No.

Question 3: If either question 1 or question 2 is answered in the affirmative, is (are) the impugned provision(s) saved by s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues Chief Justice Lamer and Justice Cory and, with respect, I am in substantial agreement with the Chief Justice. I would, however, add a few comments.

I agree with Cory J. that there is a broad divide between true criminal law and regulatory offences and I relied on this distinction in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, to support a demand for business documents as a reasonable seizure within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I should observe, however, that what is ultimately important are not labels (though these are undoubtedly useful), but the values at stake in the particular context. Speaking for the Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, I stated:

It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

In the present case we are dealing with a provision under which a five-year term of imprisonment may be imposed if an individual is convicted. Such a deprivation requires much stricter requirements to conform with the principles of fundamental justice than mere monetary penalties. I should add that the context and values at stake in *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*, were profoundly different from those in the present case. *Thomson Newspapers Ltd.* was really

de cette loi, porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*?

Réponse: Non.

Question 3: Si l'une ou l'autre des questions précédentes reçoit une réponse affirmative, peut-on justifier la ou les dispositions contestées en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mes collègues le juge en chef Lamer et le juge Cory et, en toute déférence, je suis d'accord pour l'essentiel avec le Juge en chef. J'ajouterais cependant quelques remarques.

Je conviens avec le juge Cory qu'il existe une différence assez marquée entre le droit criminel proprement dit et les infractions réglementaires et je me suis fondé sur cette distinction dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, pour dire qu'une demande de documents commerciaux constituait une saisie non abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je ferai toutefois remarquer que ce qui importe en fin de compte, ce ne sont pas les étiquettes (bien qu'elles soient sans doute utiles), mais les valeurs en jeu dans le contexte particulier. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, j'ai dit au nom de la Cour, à la p. 361:

Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

En l'espèce, nous examinons une disposition en vertu de laquelle il peut y avoir condamnation à une peine d'emprisonnement de cinq ans si une personne est reconnue coupable. Une telle privation de la liberté nécessite, pour que l'on se conforme aux principes de justice fondamentale, des exigences beaucoup plus strictes que dans le cas de simples peines pécuniaires. Je dois ajouter que le contexte et les valeurs en jeu dans *Thomson Newspapers Ltd.*, pré-



concerned with the procedural protection that should be afforded privacy in relation to business documents. Here the effect of the provisions is the removal of the requirement that an offence involving a serious deprivation of liberty be proved beyond a reasonable doubt. While, in my view, in the regulatory context in which the provisions operate a requirement that a reasonable doubt be raised by the accused that he or she has exercised due diligence meets the requirements of fundamental justice (under s. 7 of the *Charter*) in these circumstances, a requirement that the accused prove such diligence on the balance of probabilities goes too far. The same is true under s. 1 of the *Charter* if one approaches the issue in terms of s. 11(d). The provision substantially divests him of the presumption of innocence.

I should also note that the Chief Justice appears to equate the concept of due diligence with negligence. This may well be valid if he has in mind the standard of civil negligence. Criminal negligence, of course, involves recklessness, which in my view requires a subjective component; see *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, *per* Wilson J. For my part, I am prepared to accept the requirement of due diligence as sufficient for *Charter* purposes in the case of regulatory offences and some criminal offences having a significant regulatory base (e.g., gun control *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443). However, for most criminal offences I would be reluctant to accept a lower level of *mens rea* than criminal negligence.

The judgment of L'Heureux-Dubé and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—The fundamental issue raised on this appeal is whether regulatory statutes which impose a regime of strict liability for breach of their provisions infringe ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

cité, différait grandement de ceux de l'espèce. Dans *Thomson Newspapers Ltd.*, il s'agissait vraiment de la garantie en matière de procédure qu'il faut accorder à la protection de la vie privée relativement aux documents commerciaux. Ici, les dispositions ont pour effet de supprimer l'exigence selon laquelle une infraction entraînant une perte importante de liberté doit être prouvée hors de tout doute raisonnable. À mon avis, dans le contexte réglementaire dans lequel s'appliquent les dispositions, l'obligation pour l'accusé de soulever un doute raisonnable selon lequel il a agi avec une diligence raisonnable satisfait aux exigences de la justice fondamentale (en vertu de l'art. 7 de la *Charte*) dans les circonstances présentes, mais l'obligation pour l'accusé de prouver cette diligence suivant la prépondérance des probabilités va trop loin. Il en est de même en vertu de l'article premier de la *Charte* si on aborde la question sous l'angle de l'al. 11d). La disposition le prive en grande partie de la présomption d'innocence.

Je ferai également remarquer que le Juge en chef semble mettre sur le même pied la notion de diligence raisonnable et celle de négligence. Cela peut bien être valable s'il a dans l'idée la norme de la négligence civile. La négligence criminelle, bien entendu, met en jeu l'insouciance qui, selon moi, exige un élément subjectif; voir *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, les motifs du juge Wilson. Quant à moi, je suis disposé à admettre l'exigence de la diligence raisonnable comme étant suffisante aux fins de la *Charte* dans le cas des infractions réglementaires et de certaines infractions criminelles qui reposent de façon importante sur des aspects réglementaires (par ex. le contrôle des armes à feu, *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443). En ce qui concerne toutefois la plupart des infractions criminelles, j'hésiterais à accepter un degré de *mens rea* inférieur à la négligence criminelle.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé et Cory rendu par

LE JUGE CORY—La question fondamentale en litige dans le présent pourvoi est de savoir si les lois de nature réglementaire qui prévoient un régime de responsabilité stricte en cas de violation de leurs dispositions contreviennent à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Factual Background and Pertinent Legislation

The Wholesale Travel Group Inc. ("Wholesale Travel") was charged with five counts of false or misleading advertising contrary to s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (the "Act"). The charges were laid after Wholesale Travel advertised vacation packages at "wholesale prices" while at the same time charging consumers a price higher than the cost incurred by the company in supplying those vacation packages. The matter proceeded to trial in Provincial Court. Before any evidence was heard, Wholesale Travel brought a motion challenging the validity of ss. 36(1) and 37.3(2) of the Act on the basis that those sections violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and are therefore of no force of effect.

The offence of misleading advertising is described in s. 36(1)(a) of the Act. Although the Act has since been amended, the applicable provisions remain unchanged. I shall therefore refer to the old section numbers under which the appellant was charged. Section 36(1)(a) (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 52(1)(a)) reads as follows:

36. (1) No person shall, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever,

(a) make a representation to the public that is false or misleading in a material respect;

Subsection 5 prescribes the penalties available upon conviction. It states:

(5) Any person who violates subsection (1) is guilty of an offence and is liable

(a) on conviction on indictment, to a fine in the discretion of the court and to imprisonment for five years or to both; or

(b) on summary conviction, to a fine of twenty-five thousand dollars or to imprisonment for one year or to both.

Les faits et les dispositions législatives pertinentes

La compagnie Wholesale Travel Group Inc. («Wholesale Travel») a fait l'objet de cinq accusations pour publicité fautive ou trompeuse en contravention de l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23 («la Loi»). Ces accusations ont été portées après que Wholesale Travel eut fait de la publicité relativement à des forfaits de vacances qu'elle offrait au [TRADUCTION] «prix de gros» tout en faisant payer aux consommateurs un montant supérieur à ce qu'il lui en coûtait pour offrir de tels forfaits. La Cour provinciale a été saisie de l'affaire. Avant même qu'un témoin n'ait été entendu, Wholesale Travel a présenté une requête dans laquelle elle conteste la validité des par. 36(1) et 37.3(2) de la Loi alléguant qu'ils violent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et sont, par conséquent, inopérants.

L'infraction de publicité trompeuse est décrite à l'al. 36(1)a) de la Loi. Bien que cette loi ait depuis été modifiée, les dispositions applicables n'ont pas changé. Je dois donc reprendre les anciens numéros d'articles en vertu desquels des accusations ont été portées contre l'appelante. L'alinéa 36(1)a) (maintenant, L.R.C. (1985), ch. C-46, al. 52(1)a)) est ainsi libellé:

36. (1) Nul ne doit, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques

a) donner au public des indications fausses ou trompeuses sur un point important;

Le paragraphe 5 prévoit les peines applicables sur déclaration de culpabilité:

(5) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable d'une infraction et passible,

a) après déclaration de culpabilité à la suite d'une mise en accusation, d'une amende à la discrétion du tribunal ou d'un emprisonnement de cinq ans, ou de l'une et l'autre peine; ou

b) après déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende de vingt-cinq mille dollars ou d'un emprisonnement d'un an, ou de l'une et l'autre peine.

The Act sets forth a statutory defence to the charge. Section 37.3(2) (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 60(2)) provides:

**37.3 ...**

(2) No person shall be convicted of an offence under section 36 or 36.1, if he establishes that,

(a) the act or omission giving rise to the offence with which he is charged was the result of error;

(b) he took reasonable precautions and exercised due diligence to prevent the occurrence of such error;

(c) he, or another person, took reasonable measures to bring the error to the attention of the class of persons likely to have been reached by the representation or testimonial; and

(d) the measures referred to in paragraph (c), except where the representation or testimonial related to a security, were taken forthwith after the representation was made or the testimonial published.

It is important to note that all four conditions must be met before the statutory defence can prevail.

Wholesale Travel contends that the statutory scheme and, in particular, the combined operation of the offence prescribed in s. 36(1)(a) and the statutory defence set forth in s. 37.3(2), infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

Positions Taken by the Courts Below

*Ontario Provincial Court—Criminal Division* (1988), 22 C.P.R. (3d) 328

The trial judge noted that, while paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) essentially duplicate the common law defence of due diligence, paras. (c) and (d) detract from that defence by requiring the accused to make a timely retraction. He observed that, where the accused was unable to make a retraction, he or she would be deprived of any defence. At this point the offence would become one of absolute liability since the accused could be convicted even though due diligence had been established. In light of the five-year penalty which could be imposed for a breach of the statute, the trial judge, relying upon *Re B.C. Motor*

La Loi prévoit un moyen de défense qui peut être opposé à l'accusation. Le paragraphe 37.3(2) (maintenant, L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 60(2)) dispose:

**37.3 ...**

(2) La personne accusée d'avoir commis une infraction tombant sous le coup des articles 36 ou 36.1 ne peut en être déclarée coupable si elle prouve que

a) l'infraction résulte d'une erreur;

b) elle a pris les précautions raisonnables et fait preuve de diligence pour prévenir cette erreur;

c) elle a pris ou fait prendre des mesures raisonnables pour porter l'erreur à l'attention des personnes susceptibles d'être concernées par les indications ou l'attestation; et

d) les mesures mentionnées à l'alinéa c) ont été prises sans délai après la publication des indications ou de l'attestation, sauf lorsque celles-ci concernent des valeurs mobilières.

Il est important de souligner que les quatre conditions doivent être remplies avant que la défense prévue dans la Loi ne puisse s'appliquer.

Wholesale Travel soutient que le régime législatif et, en particulier, l'effet combiné de l'infraction prévue à l'al. 36(1)a) et du moyen de défense prescrit au par. 37.3(2), contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

*La Cour provinciale de l'Ontario—Division criminelle* (1988), 22 C.P.R. (3d) 328

Le juge du procès a souligné que, bien que les al. a) et b) du par. 37.3(2) reprennent essentiellement la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law, les al. c) et d) restreignent ce moyen de défense en exigeant que l'accusé fasse une rétractation sans délai. Il a fait remarquer que, lorsque l'accusé est incapable de faire une rétractation, il est privé de tout moyen de défense. Dans un tel cas, l'infraction devient une infraction de responsabilité absolue, l'accusé pouvant être déclaré coupable même s'il a démontré qu'il a fait preuve de diligence. Compte tenu de la peine de cinq ans d'emprisonnement qui

*Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, found that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) infringe s. 7 of the *Charter*.

The trial judge went on to hold that, in view of the stigma attached to the offence of false advertising and the substantial penalty that could be imposed, an accused person was constitutionally entitled to have the charge proven beyond a reasonable doubt. In the result, he found the statutory due diligence defence contained in paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) to violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter* on the ground that it permitted conviction despite the existence of a reasonable doubt as to the exercise of due diligence by the accused. For the same reasons, the trial judge held that the common law defence of due diligence which would exist in the absence of s. 37.3(2) failed to satisfy the *Charter* rights of the accused. As a result, he found that s. 36(1) of the Act also violated the *Charter*.

The trial judge determined that the *Charter* violations could not be justified under s. 1 of the *Charter*. He therefore held ss. 36(1) and 37.3(2) to be of no force or effect and dismissed the false advertising charges against Wholesale Travel.

*Supreme Court of Ontario (Weekly Court)* (1988), 46 C.R.R. 100

The judge presiding in Weekly Court allowed the Crown's appeal and held that the impugned provisions of the Act did not violate the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Relying on *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, he found that the requirement placed on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities did not violate s. 11(d) since the Crown was still required to establish all elements of the offence beyond a reasonable doubt. To the same effect, he held that the modification of the due diligence defence contained in paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) did not violate s. 11(d) as it did not alter the Crown's burden of proof with respect to the essential ele-

pourrait être infligée par suite d'une violation de la loi, le juge du procès, s'appuyant sur le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, a conclu que les al. c) et d) du par. 37.3(2) contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*.

Le juge du procès a ajouté qu'en raison des stigmates associés à l'infraction de fausse publicité et de la peine sévère qui peut être infligée dans un tel cas, un accusé a, en vertu de la Constitution, le droit que l'accusation portée contre lui soit prouvée hors de tout doute raisonnable. En conséquence, il a conclu que la défense de diligence raisonnable prévue aux al. a) et b) du par. 37.3(2) contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* parce qu'elle permettait une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable quant au fait que l'accusé s'était montré diligent. Pour les mêmes motifs, le juge du procès a conclu que la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law qui s'appliquerait en l'absence du par. 37.3(2) ne respectait pas les droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Il a par conséquent jugé que le par. 36(1) de la Loi violait également la *Charte*.

Le juge du procès a considéré que les violations de la *Charte* ne pouvaient être justifiées en vertu de son article premier. Il a donc statué que les par. 36(1) et 37.3(2) étaient inopérants, et il a rejeté les accusations de fausse publicité portées contre Wholesale Travel.

*La Cour suprême de l'Ontario (Cour des sessions hebdomadaires)* (1988), 46 C.R.R. 100

Le juge présidant les sessions hebdomadaires a accueilli l'appel formé par le ministère public et il a statué que les dispositions contestées de la Loi ne portaient pas atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, il a conclu que l'obligation imposée à l'accusé de prouver sa diligence selon la prépondérance des probabilités ne violait pas l'al. 11d) étant donné que le ministère public était encore tenu de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments constitutifs de l'infraction. De même, il a conclu que la modification de la défense de diligence prévue aux al. c) et d) du par. 37.3(2) ne violait pas l'al. 11d), car elle ne modi-

ments. I would note that the Weekly Court judge did not, at the time of his decision, have the benefit of this Court's reasons in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, or *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

*Ontario Court of Appeal* (1989), 70 O.R. (2d) 545

The majority agreed with the trial judge that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) potentially rendered the offence one of absolute liability. They came to this conclusion on the basis that these paragraphs would permit conviction even where, in committing the *actus reus* of the offence, the accused had acted with due diligence and could establish this on a balance of probabilities. This possibility, coupled with the availability of imprisonment as a penalty, indicated to the majority that paras. (c) and (d) infringed s. 7 of the *Charter*. The majority relied upon the decisions of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, and in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, in reaching this conclusion. Since the Crown did not argue that paras. (c) and (d) were justified pursuant to s. 1 of the *Charter*, the majority of the Court of Appeal declared paras. (c) and (d) invalid.

The majority then considered the remaining statutory defence of due diligence set out in paras. (a) and (b) of s. 37.3(2). The question raised was whether this defence violated the presumption of innocence by requiring the accused to "establish" due diligence on a balance of probabilities. The majority concluded that it did, since it would permit a conviction to be registered against an accused who, though unable to establish due diligence on a balance of probabilities, had been able to raise a reasonable doubt on the issue. On this basis, the majority found that the due diligence defence infringed the accused's s. 11(d) rights. The majority went on to observe that it might be possible to uphold the defence under s. 1 of the *Charter*, but the Crown had not attempted to do so. Therefore, the reverse onus provision requiring the

fait pas la charge de la preuve incombant au ministère public en ce qui concerne les éléments essentiels. J'aimerais signaler que le juge de la cour des sessions hebdomadaires n'avait pas eu l'avantage de lire, au moment de rendre sa décision, les motifs de notre Cour dans les arrêts *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, ou *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

*La Cour d'appel de l'Ontario* (1989), 70 O.R. (2d) 545

Comme le juge du procès, la Cour d'appel, à la majorité, a conclu que les al. c) et d) du par. 37.3(2) pouvaient éventuellement faire de l'infraction une infraction de responsabilité absolue. Elle en est venue à cette conclusion en tenant compte du fait que ces alinéas permettraient de déclarer l'accusé coupable même lorsqu'il a agi avec diligence en accomplissant l'*actus reus* de l'infraction et qu'il pourrait le prouver suivant la prépondérance des probabilités. Cette éventualité, jointe à l'existence d'une peine d'emprisonnement, a indiqué à la majorité que les al. c) et d) contrevenaient à l'art. 7 de la *Charte*. La majorité est arrivée à cette conclusion en s'appuyant sur les décisions rendues par notre Cour dans les arrêts *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, et *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. Le ministère public n'ayant pas prétendu que les al. c) et d) étaient justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*, la Cour d'appel, à la majorité, les a déclarés invalides.

La majorité a ensuite examiné la défense de diligence raisonnable énoncée aux al. a) et b) du par. 37.3(2). Il s'agissait de déterminer si ce moyen de défense violait la présomption d'innocence en exigeant que l'accusé «prouve» suivant la prépondérance des probabilités qu'il avait fait montre de diligence. La majorité a répondu par l'affirmative parce que ce moyen de défense permettait de déclarer coupable un accusé qui, bien qu'incapable de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il a été diligent, a réussi à soulever un doute raisonnable sur cette question. C'est en se fondant sur cet élément que la majorité a conclu que la défense de diligence raisonnable contrevenait aux droits garantis à l'accusé par l'al. 11(d). Elle a en outre fait remarquer qu'il serait peut-être possible d'invoquer l'article premier de la *Charte* pour valider ce moyen de défense, mais que le ministère public n'avait pas tenté de le

accused to establish due diligence on a balance of probabilities was held to be of no force or effect.

In addressing the issue of remedy, the majority determined that the s. 11(d) violation was caused by the requirement in s. 37.3(2) that an accused “establish” due diligence. Accordingly, it was held that the offending words “if he establishes that” could be excised and held to be of no force or effect, leaving the offence in s. 36(1)(a) and the due diligence defence in s. 37.3(2)(a) and (b) intact. The result would be to save the offence of false advertising and the statutory defence but to place an evidential rather than a persuasive burden on the accused to establish due diligence.

The dissenting judge agreed that the effect of paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) was to make the offence one of absolute liability. However he found no violation of s. 11(d) with respect to the remaining due diligence defence. He held that the imposition of a persuasive onus on the accused to establish due diligence was consistent with s. 11(d) reverse onus decisions of this Court, since it did not require the accused to disprove an essential element of the offence. I would note that the Court of Appeal decision was rendered prior to the release of this Court’s reasons in *Keegstra, supra*, which clearly rejected for the purposes of s. 11(d) the distinction between defences and elements of the offence.

Wholesale Travel and the Crown both appealed from the decision of the Court of Appeal. Wholesale Travel argues first that the Court of Appeal ought to have declared the entire legislative scheme invalid rather than merely striking out the offending words from s. 37.3(2). In the alternative, Wholesale Travel submits that the Court of Appeal should have held that s. 7 of the *Charter* requires the Crown to prove subjective intent or wilful blindness with respect to the alleged falsity of the advertisement rather than requiring only that the Crown establish a lack of due diligence. The Crown’s appeal challenges the Court

faire. Par conséquent, elle a jugé inopérante la disposition portant inversion de la charge de la preuve et exigeant que l’accusé prouve selon la prépondérance des probabilités qu’il a été diligent.

Examinant la question de la réparation, la majorité a établi que la violation de l’al. 11d) résultait de l’exigence au par. 37.3(2) que l’accusé «prouve» qu’il a fait montre de diligence. En conséquence, elle a statué que les termes incriminés «si elle prouve que» pourraient être supprimés et jugés inopérants, ce qui laisserait intactes l’infraction énoncée à l’al. 36(1)a) et la défense de diligence raisonnable prévue aux al. 37.3(2)a) et b). Il serait ainsi possible de sauvegarder l’infraction de fausse publicité ainsi que le moyen de défense raisonnable prévu dans la Loi tout en imposant à l’accusé une charge de présentation plutôt que de persuasion à l’égard de la diligence.

Le juge dissident était d’accord pour dire que les al. c) et d) du par. 37.3(2) avaient pour effet de créer une infraction de responsabilité absolue. Toutefois, il a considéré qu’il n’y avait aucune violation de l’al. 11d) en ce qui concerne la défense fondée sur la diligence. Il a jugé que l’imposition à l’accusé d’une charge de persuasion à l’égard de la diligence était compatible avec les arrêts de notre Cour relatifs à l’inversion de la charge de la preuve et à l’al. 11d), étant donné qu’elle n’exigeait pas que l’accusé réfute un élément essentiel de l’infraction. J’aimerais signaler que la Cour d’appel a rendu sa décision avant le dépôt des motifs dans l’arrêt *Keegstra*, précité, où notre Cour a clairement rejeté aux fins de l’al. 11d) la distinction entre les moyens de défense et les éléments constitutifs de l’infraction.

Wholesale Travel se pourvoit contre la décision de la Cour d’appel et le ministère public a également fait appel. Wholesale Travel soutient tout d’abord que la Cour d’appel aurait dû déclarer invalide l’ensemble du régime législatif plutôt que de supprimer simplement les mots incompatibles au par. 37.3(2). Subsidièrement, elle prétend que la Cour d’appel aurait dû statuer que l’art. 7 de la *Charte* exige que le ministère public prouve l’intention subjective ou l’aveuglement volontaire en ce qui concerne la fausseté alléguée de l’annonce et non qu’il prouve tout simplement le manque de diligence. Dans son pourvoi, le ministère

of Appeal's conclusion regarding the constitutional validity of the impugned provisions.

### Issues

On July 26, 1990 Chief Justice Lamer stated the following constitutional questions:

1. Does s. 37.3(2) of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended, in whole or in part violate ss. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Does s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, in and of itself or when read in combination with s. 37.3(2) of the *Competition Act*, violate ss. 7 or 11(d) of the *Charter*?
3. If either question 1 or question 2 is answered in the affirmative, is (are) the impugned provision(s) saved by s. 1 of the *Charter*?

### I

#### Regulatory Offences and Strict Liability

##### *A. The Distinction Between Crimes and Regulatory Offences*

The common law has long acknowledged a distinction between truly criminal conduct and conduct, otherwise lawful, which is prohibited in the public interest. Earlier, the designations *mala in se* and *mala prohibita* were utilized; today prohibited acts are generally classified as either crimes or regulatory offences.

While some regulatory legislation such as that pertaining to the content of food and drink dates back to the Middle Ages, the number and significance of regulatory offences increased greatly with the onset of the Industrial Revolution. Unfettered industrialization had led to abuses. Regulations were therefore enacted to protect the vulnerable—particularly the children, men and women who laboured long hours in dangerous and unhealthy surroundings. Without these regulations many would have died. It later became neces-

public conteste la conclusion de la Cour d'appel en ce qui concerne la constitutionnalité des dispositions incriminées.

### a Les questions en litige

Le 26 juillet 1990, le juge en chef Lamer a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, et modifications, ou une partie de ce paragraphe, porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. L'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, pris isolément ou avec le par. 37.3(2) de cette loi, porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*?
3. Si l'une ou l'autre des questions précédentes reçoit une réponse affirmative, peut-on justifier la ou les dispositions contestées en vertu de l'article premier de la *Charte*?

### I

#### Les infractions réglementaires et la responsabilité stricte

##### *A. La distinction entre les crimes et les infractions réglementaires*

La common law fait depuis longtemps une distinction entre la conduite criminelle proprement dite et la conduite qui, bien que licite par ailleurs, est interdite dans l'intérêt du public. Autrefois, on utilisait les expressions *mala in se* et *mala prohibita*; aujourd'hui, les actes prohibés sont généralement classés en deux catégories, les crimes et les infractions réglementaires.

Bien que certaines lois de nature réglementaire, comme celles relatives aux aliments et aux boissons, datent du moyen âge, le nombre et l'importance des infractions réglementaires ont considérablement augmenté depuis le début de la révolution industrielle. L'industrialisation sans contrainte avait entraîné des abus. On a donc adopté des dispositions réglementaires pour protéger les personnes vulnérables, en particulier les enfants, les femmes et les hommes qui travaillaient pendant de longues heures dans des

sary to regulate the manufactured products themselves and, still later, the discharge of effluent resulting from the manufacturing process. There is no doubt that regulatory offences were originally and still are designed to protect those who are unable to protect themselves.

English courts have for many years supported and given effect to the policy objectives animating regulatory legislation. In *Sherras v. De Rutzen*, [1895] 1 Q.B. 918, at p. 922, it was held that, while the *mens rea* presumption applied to true crimes because of the fault and moral culpability which they imply, that same presumption did not apply to offences "which . . . are not criminal in any real sense, but are acts which in the public interest are prohibited under a penalty". This case illustrates the essential distinction in the legal treatment of regulatory as opposed to criminal offences—namely, the removal of the *mens rea* requirement.

The distinction between true crimes and regulatory offences was recognized in Canadian law prior to the adoption of the *Charter*. In *R. v. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] S.C.R. 5, at p. 13, Ritchie J. referred to "a wide category of offences created by statutes enacted for the regulation of individual conduct in the interests of health, convenience, safety and the general welfare of the public" which are not subject to the common law presumption of *mens rea* as an essential element to be proven by the Crown.

*R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, affirmed the distinction between regulatory offences and true crimes. There, on behalf of a unanimous Court, Justice Dickson (as he then was) recognized public welfare offences as a distinct class. He held (at pp. 1302-3) that such offences, although enforced as penal laws through the machinery of the criminal law, "are in substance of a civil nature and might well be regarded as a branch of administrative

endroits dangereux et malsains. Sans ces dispositions, un grand nombre de ces personnes seraient mortes. Il est plus tard devenu nécessaire de réglementer les produits manufacturés eux-mêmes et, par la suite, les effluents dégagés au cours du processus de fabrication. Il ne fait aucun doute que les infractions réglementaires étaient destinées à l'origine, et qu'elles le sont encore, à protéger les personnes incapables de le faire elles-mêmes.

Les tribunaux anglais ont pendant de nombreuses années sanctionné et appliqué les objectifs des politiques qui sont à l'origine des lois réglementaires. Dans l'affaire *Sherras v. De Rutzen*, [1895] 1 Q.B. 918, à la p. 922, il a été jugé que, bien que la présomption de *mens rea* s'applique aux crimes proprement dits en raison de la faute et de la culpabilité morale qu'ils supposent, cette même présomption ne s'applique pas aux infractions [TRADUCTION] «qui [. . .] ne sont pas véritablement de nature criminelle, mais qui constituent des actes prohibés dans l'intérêt du public, sous peine de sanction». Cette affaire illustre la distinction essentielle faite en vertu de la loi entre les infractions réglementaires et les infractions criminelles, savoir la suppression de l'exigence de la *mens rea*.

La distinction entre les crimes proprement dits et les infractions réglementaires a été reconnue en droit canadien avant l'adoption de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5, à la p. 13, le juge Ritchie a parlé d'une «vaste catégorie d'infractions créées par des lois adoptées pour réglementer la conduite des citoyens dans l'intérêt de l'hygiène, de la commodité, de la sécurité et du bien-être public» qui ne sont pas assujetties à la présomption de *mens rea* en common law comme constituant un élément essentiel que doit prouver le ministère public.

L'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, a confirmé la distinction faite entre les infractions réglementaires et les crimes proprement dits. Dans cet arrêt, le juge Dickson, alors juge puîné, a reconnu, au nom d'une Cour unanime, que les infractions contre le bien-être public sont dans une catégorie distincte. Il a conclu (aux pp. 1302 et 1303) que, bien qu'appliquées comme lois pénales par le truchement de la procédure criminelle, ces infractions



law to which traditional principles of criminal law have but limited application.”

The *Sault Ste. Marie* case recognized strict liability as a middle ground between full *mens rea* and absolute liability. Where the offence is one of strict liability, the Crown is required to prove neither *mens rea* nor negligence; conviction may follow merely upon proof beyond a reasonable doubt of the proscribed act. However, it is open to the defendant to avoid liability by proving on a balance of probabilities that all due care was taken. This is the hallmark of the strict liability offence: the defence of due diligence.

Thus, *Sault Ste. Marie* not only affirmed the distinction between regulatory and criminal offences, but also subdivided regulatory offences into categories of strict and absolute liability. The new category of strict liability represented a compromise which acknowledged the importance and essential objectives of regulatory offences but at the same time sought to mitigate the harshness of absolute liability which was found, at p. 1311, to “violate[s] fundamental principles of penal liability”.

#### The Rationale for the Distinction

It has always been thought that there is a rational basis for distinguishing between crimes and regulatory offences. Acts or actions are criminal when they constitute conduct that is, in itself, so abhorrent to the basic values of human society that it ought to be prohibited completely. Murder, sexual assault, fraud, robbery and theft are all so repugnant to society that they are universally recognized as crimes. At the same time, some conduct is prohibited, not because it is inherently wrongful, but because unregulated activity would result in dangerous conditions being

«sont essentiellement de nature civile et pourraient fort bien être considérées comme une branche du droit administratif à laquelle les principes traditionnels du droit criminel ne s’appliquent que de façon limitée».

Dans l’arrêt *Sault Ste-Marie*, la Cour a reconnu que la responsabilité stricte constituait un moyen terme entre la *mens rea* complète et la responsabilité absolue. Lorsqu’il s’agit d’une infraction de responsabilité stricte, le ministère public n’a pas à faire la preuve de la *mens rea* ni de la négligence; il peut obtenir une déclaration de culpabilité en prouvant simplement hors de tout doute raisonnable que l’accusé a commis l’acte prohibé. Cependant, il est loisible au défendeur d’écarter sa responsabilité en prouvant, selon la prépondérance des probabilités, qu’il a pris toutes les précautions nécessaires. Telle est la principale caractéristique de l’infraction de responsabilité stricte: la défense de diligence raisonnable.

Dans l’arrêt *Sault Ste-Marie*, la Cour a donc non seulement confirmé la distinction faite entre les infractions réglementaires et les infractions criminelles, mais elle a également subdivisé les infractions réglementaires en infractions de responsabilité stricte et de responsabilité absolue. La nouvelle catégorie d’infractions de responsabilité stricte représentait un compromis qui reconnaissait l’importance et les objectifs essentiels des infractions réglementaires tout en visant à atténuer la sévérité de la responsabilité absolue que l’on a jugé (à la p. 1311) «viole[r] les principes fondamentaux de la responsabilité pénale».

#### Le fondement de la distinction

On estime depuis toujours qu’il existe une raison logique de faire une distinction entre les crimes et les infractions réglementaires. Des actes ou des actions sont criminels lorsqu’ils constituent une conduite qui, en soi, est si odieuse par rapport aux valeurs fondamentales de la société qu’elle devrait être complètement interdite. Le meurtre, l’agression sexuelle, la fraude, le vol qualifié et le vol sont si répugnants pour la société que l’on reconnaît universellement qu’il s’agit de crimes. Par ailleurs, une certaine conduite est interdite, non pas parce qu’elle est en soi répréhensible mais parce que l’absence de réglementation créerait des conditions dangereuses pour les

imposed upon members of society, especially those who are particularly vulnerable.

The objective of regulatory legislation is to protect the public or broad segments of the public (such as employees, consumers and motorists, to name but a few) from the potentially adverse effects of otherwise lawful activity. Regulatory legislation involves a shift of emphasis from the protection of individual interests and the deterrence and punishment of acts involving moral fault to the protection of public and societal interests. While criminal offences are usually designed to condemn and punish past, inherently wrongful conduct, regulatory measures are generally directed to the prevention of future harm through the enforcement of minimum standards of conduct and care.

It follows that regulatory offences and crimes embody different concepts of fault. Since regulatory offences are directed primarily not to conduct itself but to the consequences of conduct, conviction of a regulatory offence may be thought to import a significantly lesser degree of culpability than conviction of a true crime. The concept of fault in regulatory offences is based upon a reasonable care standard and, as such, does not imply moral blameworthiness in the same manner as criminal fault. Conviction for breach of a regulatory offence suggests nothing more than that the defendant has failed to meet a prescribed standard of care.

That is the theory but, like all theories, its application is difficult. For example, is the single mother who steals a loaf of bread to sustain her family more blameworthy than the employer who, through negligence, breaches regulations and thereby exposes his employees to dangerous working conditions, or the manufacturer who, as a result of negligence, sells dangerous products or pollutes the air and waters by its plant? At this stage it is sufficient to bear in mind that those who breach regulations may inflict serious harm on large segments of society. Therefore, the characterization of an offence as regulatory should

membres de la société, surtout pour ceux qui sont particulièrement vulnérables.

Les lois de nature réglementaire ont pour objectif de protéger le public ou divers groupes importants le composant (les employés, les consommateurs et les automobilistes pour n'en nommer que quelques-uns) contre les effets potentiellement préjudiciables d'activités par ailleurs légales. La législation réglementaire implique que la protection des intérêts publics et sociaux passe avant celle des intérêts individuels et avant la dissuasion et la sanction d'actes comportant une faute morale. Alors que les infractions criminelles sont habituellement conçues afin de condamner et de punir une conduite antérieure répréhensible en soi, les mesures réglementaires visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence.

Il s'ensuit que les infractions réglementaires et les crimes expriment deux concepts de faute différents. Étant donné que les infractions réglementaires ne visent pas principalement la conduite elle-même mais plutôt ses conséquences, on peut penser que la déclaration de culpabilité relative à une infraction réglementaire comporte un degré de culpabilité considérablement moins important qu'une déclaration de culpabilité relative à un crime proprement dit. Le concept de faute en matière d'infractions réglementaires repose sur une norme de diligence raisonnable et, comme tel, ne suppose pas la même réprobation morale que la faute criminelle. La déclaration de culpabilité d'un défendeur relativement à une infraction réglementaire n'indique rien de plus que le fait que celui-ci n'a pas respecté la norme de diligence prescrite.

Telle est la théorie; mais, comme toutes les théories, elle est difficile à appliquer. Par exemple, peut-on blâmer davantage la mère célibataire qui vole une miche de pain pour nourrir sa famille que l'employeur qui, par sa négligence, viole des règlements et, de ce fait, expose ses employés à des conditions de travail dangereuses, ou que le fabricant qui vend des produits dangereux ou dont l'usine pollue l'air et l'eau par suite de sa négligence? Il suffit à ce stade de ne pas perdre de vue que ceux qui violent les dispositions réglementaires peuvent causer un préjudice grave à de nombreux groupes de la société. Par con-

not be thought to make light of either the potential harm to the vulnerable or the responsibility of those subject to regulation to ensure that the proscribed harm does not occur. It should also be remembered that, as social values change, the degree of moral blameworthiness attaching to certain conduct may change as well.

Nevertheless there remains, in my view, a sound basis for distinguishing between regulatory and criminal offences. The distinction has concrete theoretical and practical underpinnings and has proven to be a necessary and workable concept in our law. Since *Sault Ste. Marie*, this Court has reaffirmed the distinction. Most recently, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 510-11, Justice La Forest adopted the following statement of the Law Reform Commission of Canada (*Criminal Responsibility for Group Action*, Working Paper 16, 1976, at p. 12):

[The regulatory offence] is not primarily concerned with values, but with results. While values necessarily underlie all legal prescriptions, the regulatory offence really gives expression to the view that it is expedient for the protection of society and for the orderly use and sharing of society's resources that people act in a prescribed manner in prescribed situations, or that people take prescribed standards of care to avoid risks of injury. The object is to induce compliance with rules for the overall benefit of society.

#### B. The Fundamental Importance of Regulatory Offences in Canadian Society

Regulatory measures are the primary mechanisms employed by governments in Canada to implement public policy objectives. What is ultimately at stake in this appeal is the ability of federal and provincial

séquent, il ne faudrait pas considérer qu'en qualifiant une infraction de réglementaire, on fait peu de cas du préjudice qui peut être causé aux individus vulnérables ou de l'obligation imposée aux personnes assujetties à la réglementation de prendre les mesures nécessaires afin que le préjudice interdit ne se produise pas. Il convient également de rappeler qu'à mesure que les valeurs sociales changent, le degré de réprobation morale associée à une certaine conduite peut également changer.

Quoi qu'il en soit, il existe encore, à mon avis, une raison logique de faire une distinction entre les infractions réglementaires et les infractions criminelles. Cette distinction a un fondement tant théorique que pratique et elle s'est révélée un concept nécessaire et applicable dans notre droit. Depuis l'arrêt *Sault Ste-Marie*, notre Cour a réaffirmé cette distinction. Tout récemment, dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 510 et 511, le juge La Forest a fait sien l'énoncé suivant de la Commission de réforme du droit du Canada (*Responsabilité pénale et conduite collective*, document de travail 16, 1976 à la p. 12):

Il ne s'agit pas cette fois [dans le cas de l'infraction réglementaire] de respecter des valeurs, mais d'obtenir des résultats. Bien que les «valeurs» soient nécessairement à la base de toute prescription d'ordre juridique, c'est à l'occasion des infractions réglementaires que se développe l'optique suivant laquelle il est pratique pour la protection de la société et l'utilisation et le partage ordonné de ses ressources, que les gens agissent d'une certaine manière dans des situations déterminées, ou qu'ils adoptent des normes de prudence données pour éviter le risque que surviennent certains préjudices. Le but est d'inciter la population à se conformer aux règlements pour le bien général de la société.

#### B. L'importance fondamentale des infractions réglementaires dans la société canadienne

Les mesures réglementaires sont le moyen principal pour les gouvernements au Canada de mettre en œuvre leurs objectifs d'intérêt public. L'enjeu ultime du présent pourvoi est la capacité des gouvernements

governments to pursue social ends through the enactment and enforcement of public welfare legislation.

Some indication of the prevalence of regulatory offences in Canada is provided by a 1974 estimate by the Law Reform Commission of Canada (see "The Size of the Problem", in *Studies in Strict Liability*). The Commission estimated that there were, at that time, approximately 20,000 regulatory offences in an average province, plus an additional 20,000 regulatory offences at the federal level. By 1983, the Commission's estimate of the federal total had reached 97,000. There is every reason to believe that the number of public welfare offences at both levels of government has continued to increase.

Statistics such as these make it obvious that government policy in Canada is pursued principally through regulation. It is through regulatory legislation that the community seeks to implement its larger objectives and to govern itself and the conduct of its members. The ability of the government effectively to regulate potentially harmful conduct must be maintained.

It is difficult to think of an aspect of our lives that is not regulated for our benefit and for the protection of society as a whole. From cradle to grave, we are protected by regulations; they apply to the doctors attending our entry into this world and to the morticians present at our departure. Every day, from waking to sleeping, we profit from regulatory measures which we often take for granted. On rising, we use various forms of energy whose safe distribution and use are governed by regulation. The trains, buses and other vehicles that get us to work are regulated for our safety. The food we eat and the beverages we drink are subject to regulation for the protection of our health.

In short, regulation is absolutely essential for our protection and well being as individuals, and for the effective functioning of society. It is properly present

fédéral et provinciaux de réaliser leurs objectifs sociaux par l'adoption et la mise en application de lois visant à assurer le bien-être public.

Une estimation faite en 1974 par la Commission de réforme du droit du Canada donne une certaine idée du nombre d'infractions réglementaires au Canada (voir «The Size of the Problem», dans *Studies in Strict Liability*). La Commission a estimé qu'il existait, à l'époque, environ 20 000 infractions réglementaires en moyenne par province, plus 20 000 autres infractions réglementaires créées par le fédéral. En 1983, la Commission a calculé que ce total avait atteint 97 000 infractions au fédéral. Il y a tout lieu de croire que le nombre d'infractions contre le bien-être public a continué d'augmenter aux deux paliers de gouvernement.

De telles statistiques démontrent clairement que les pouvoirs publics au Canada se servent principalement de la réglementation pour mettre en œuvre leurs politiques. C'est par la législation réglementaire que la collectivité tente de réaliser ses objectifs plus généraux et de régir ses propres actes ainsi que la conduite de ses membres. Il faut préserver la capacité du gouvernement de réglementer efficacement les comportements potentiellement préjudiciables.

Il est difficile de penser à un aspect de nos vies qui n'est pas réglementé pour notre propre avantage et pour la protection de la société dans son ensemble. Du berceau à la tombe, nous sommes protégés par des dispositions réglementaires; elles s'appliquent tant aux médecins qui nous mettent au monde qu'aux entrepreneurs de pompes funèbres présents à notre départ. Chaque jour, du lever au coucher, nous profitons de mesures réglementaires que nous tenons souvent pour acquises. À notre réveil, nous employons diverses formes d'énergie dont l'utilisation et la distribution sans danger sont réglementées. Les trains, les autobus et les autres véhicules que nous utilisons pour nous rendre au travail font l'objet de dispositions destinées à assurer notre sécurité. Les aliments et les boissons que nous consommons sont soumis à une réglementation visant à protéger notre santé.

En bref, les mesures réglementaires sont absolument essentielles pour assurer notre protection et notre bien-être en tant qu'individus et pour permettre

throughout our lives. The more complex the activity, the greater the need for and the greater our reliance upon regulation and its enforcement. For example, most people would have no idea what regulations are required for air transport or how they should be enforced. Of necessity, society relies on government regulation for its safety.

## II

### The Offence in the Present Case

#### *Competition Legislation Generally*

The offence of misleading advertising with which Wholesale Travel is charged is found in the Act. This Act, like its predecessor, the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, is aimed at regulating unacceptable business activity. In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, Dickson C.J. held that the Act embodied a complex scheme of economic regulation, the purpose of which is to eliminate activities that reduce competition in the marketplace.

The nature and purpose of the Act was considered in greater detail in *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*. La Forest J. pointed out that the Act is aimed at regulating the economy and business with a view to preserving competitive conditions which are crucial to the operation of a free market economy. He observed that the Act was not concerned with "real crimes" but with regulatory or public welfare offences. He put the position this way, at p. 510:

At bottom, the Act is really aimed at the regulation of the economy and business, with a view to the preservation of the competitive conditions which are crucial to the operation of a free market economy. This goal has obvious implications for Canada's material prosperity. It also has broad political overtones in that it is aimed at preventing concentration of power . . . . It must be remembered that private organizations can be just as oppressive as the state when they gain such a dominant

le fonctionnement efficace de la société. Elles sont justifiées dans tous les aspects de notre vie. Plus une activité est complexe et plus nous avons besoin des dispositions réglementaires et de leur mise en application. Par exemple, la plupart des gens ignorent quelles dispositions réglementaires sont nécessaires en matière de transport aérien ou comment elles devraient être appliquées. Par la force des choses, la société se fie à la réglementation gouvernementale pour assurer sa sécurité.

## II

### L'infraction dont il est question en l'espèce

#### *Les considérations générales sur la législation relative à la concurrence*

L'infraction de publicité trompeuse dont est accusée Wholesale Travel est prévue dans la Loi. Cette loi, comme celle qui l'a précédée, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est destinée à réglementer les activités commerciales inacceptables. Dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, le juge en chef Dickson a statué que la Loi comportait un système de réglementation économique complexe dont l'objet était d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché.

La nature et l'objet de la Loi ont été examinés plus en détail dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd.*, précité. Le juge La Forest y signale que la Loi vise à réglementer l'économie et le commerce en vue de protéger les conditions de concurrence cruciales au fonctionnement d'une économie de libre marché. Il fait remarquer que la Loi ne porte pas sur des «crimes proprement dits» mais sur des infractions de nature réglementaire ou contre le bien-être public. Il exprime son point de vue de la manière suivante, à la p. 510:

Au fond, la Loi vise réellement la réglementation de l'économie et du commerce en vue de protéger les conditions de concurrence cruciales au fonctionnement d'une économie de libre marché. Cet objectif comporte évidemment des conséquences pour la prospérité matérielle du Canada. Il comporte également des incidences politiques importantes en ce qu'il vise à prévenir la concentration du pouvoir [. . .] Rappelons que des organismes privés peuvent être tout aussi oppressifs que l'État

position within their sphere of operations that they can effectively force their will upon others.

The conduct regulated or prohibited by the Act is not conduct which is by its very nature morally or socially reprehensible. It is instead conduct we wish to discourage because of our desire to maintain an economic system which is at once productive and consistent with our values of individual liberty. It is, in short, not conduct which would be generally regarded as by its very nature criminal and worthy of criminal sanction. It is conduct which is only criminal in the sense that it is in fact prohibited by law. One's view of whether it should be so proscribed is likely to be functional or utilitarian, in the sense that it will be based on an assessment of the desirability of the economic goals to which combines legislation is directed or its potential effectiveness in achieving those goals. It is conduct which is made criminal for strictly instrumental reasons. [Emphasis added.]

These decisions make it clear that the Act in all its aspects is regulatory in character.

#### *The Offence of False or Misleading Advertising*

Is the offence of false or misleading advertising regulatory in nature? It seems to me that the fact that the provision is located within a comprehensive regulatory framework would ordinarily be sufficient to demonstrate its regulatory nature. Several other considerations point to the same conclusion.

The offence of misleading advertising has existed in Canada since 1914. It is not without significance that it was, in 1969, transferred from the *Criminal Code* to the *Combines Investigation Act*, a step which confirms the regulatory nature of the offence. The provision was amended in 1975 to provide for a defence of due diligence, converting the offence from absolute to strict liability.

It is true that the availability of imprisonment as a sanction for breach of a statute might be taken to indicate that the provision is criminal in nature. However, this fact is not itself dispositive of the character of an offence. Rather, one must consider the conduct addressed by the legislation and the purposes for

lorsqu'ils acquièrent un statut tellement important dans leur milieu qu'ils peuvent effectivement imposer leur volonté aux autres.

La conduite réglementée ou interdite par la Loi n'est pas en soi moralement ou socialement répréhensible. Il s'agit plutôt d'une conduite que nous voulons décourager en raison de notre volonté de maintenir un système économique qui soit productif et conforme à nos valeurs de liberté individuelle. Bref, ce n'est pas une conduite qui, de par sa nature même, serait généralement considérée comme criminelle et passible de sanctions criminelles. C'est une conduite qui n'est criminelle que parce qu'elle est effectivement interdite par la loi. Une opinion quant à savoir si elle devrait être ainsi interdite sera vraisemblablement fonctionnelle ou utilitaire, en ce sens qu'elle sera fondée sur une évaluation du caractère souhaitable des objectifs économiques visés par la loi relative aux coalitions ou de son efficacité possible dans la poursuite de ces objectifs. C'est une conduite qui est rendue criminelle pour des raisons strictement pratiques. [Je souligne.]

Ces arrêts indiquent clairement que la Loi est à tous les égards de nature réglementaire.

#### *L'infraction de publicité fausse ou trompeuse*

L'infraction de publicité fausse ou trompeuse est-elle de nature réglementaire? Il me semble que la présence de cette disposition dans un cadre réglementaire général suffirait normalement à démontrer sa nature réglementaire. Diverses autres considérations amènent la même conclusion.

L'infraction de publicité trompeuse existe au Canada depuis 1914. Ce n'est pas pour rien que la disposition qui prévoit cette infraction est passée, en 1969, du *Code criminel* à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, mesure qui confirme la nature réglementaire de l'infraction. Cette disposition a été modifiée en 1975 afin d'y insérer une défense de diligence, ce qui a transformé cette infraction de responsabilité absolue en infraction de responsabilité stricte.

On pourrait, il est vrai, considérer que la possibilité d'infliger une peine d'emprisonnement pour violation d'une loi indique que la disposition est de nature criminelle. Cependant, cela ne détermine pas en soi la nature d'une infraction. Il faut plutôt examiner la conduite visée par la loi et les raisons pour lesquelles

which such conduct is regulated. This view was most recently expressed by La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*, at p. 509. He noted that many regulatory offences provide for imprisonment in order to ensure compliance with the terms of the statute and thereby achieve the regulatory goal.

The appellant has argued that conviction for the offence of false advertising carries a stigma of dishonesty, with the inference that the accused falsely advertised for the purposes of obtaining economic advantage. It is said that nothing could be more damaging to a business than the implication that it has made dishonest representations. In my view, however, the offence does not focus on dishonesty but rather on the harmful consequences of otherwise lawful conduct. Conviction suggests only that the defendant has made a representation to the public which was in fact misleading and that the defendant was unable to establish the exercise of due diligence in preventing the error. This connotes a fault element of negligence rather than one involving moral turpitude. Thus, any stigma that might flow from a conviction is very considerably diminished.

In summary, the offence of false advertising possesses the essential characteristics which distinguish regulatory offences from those which are truly criminal. Accordingly, it should be considered to be a regulatory offence rather than a crime in the ordinary sense.

### III

#### A Contextual Approach to Charter Interpretation

##### *A. The Importance of Considering Charter Rights in Context*

In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Dickson J. (as he then was) set out the general approach to *Charter* interpretation and the basic principles to be applied. One of his central premises was the need to consider context in order to render the rights and freedoms guaranteed in the

celle-ci est conçue pour réglementer cette conduite. C'est le point de vue qu'a exprimé tout récemment le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd.*, précité, à la p. 509. Il a souligné que des peines d'emprisonnement sont prévues dans le cas de nombreuses infractions réglementaires afin d'assurer l'exécution des dispositions de la loi et d'atteindre ainsi l'objectif de la réglementation.

L'appelante a soutenu qu'une déclaration de culpabilité de fausse publicité comporte un stigmate de malhonnêteté qui amène à conclure que l'accusé a fait une fausse publicité dans le but de tirer un avantage économique. Il est allégué que rien ne peut être plus dommageable à une entreprise que l'insinuation qu'elle a donné au public des indications malhonnêtes. Toutefois, à mon avis, l'infraction ne repose pas sur la malhonnêteté, mais plutôt sur les conséquences préjudiciables d'une conduite par ailleurs légale. La déclaration de culpabilité du défendeur laisse simplement supposer que celui-ci a donné au public des indications qui étaient en fait trompeuses et qu'il a été incapable de prouver qu'il avait fait preuve de diligence pour prévenir l'erreur. Cela dénote la négligence plutôt que la turpitude morale. Ce qui, en conséquence, atténue considérablement l'importance de tout stigmate pouvant découler d'une déclaration de culpabilité.

En résumé, l'infraction de fausse publicité possède les caractéristiques essentielles qui distinguent les infractions réglementaires des infractions criminelles proprement dites. On devrait par conséquent considérer qu'il s'agit d'une infraction réglementaire plutôt que d'un crime au sens ordinaire de ce terme.

### III

#### Une méthode contextuelle d'interprétation de la Charte

##### *A. L'importance d'examiner les droits garantis par la Charte dans leur contexte*

Dans l'arrêt *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson (alors juge puîné) a énoncé la manière générale d'interpréter la *Charte* et les principes fondamentaux à appliquer. L'une de ses principales prémisses était la nécessité d'examiner le contexte afin de donner tout leur sens et toute leur

*Charter* meaningful and relevant. He observed that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and emphasized that its provisions had to be placed in their proper linguistic, philosophic and historical contexts.

In *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, Wilson J. stressed the importance of a contextual approach to *Charter* interpretation. She recognized that a particular right or freedom may have a different meaning depending upon the context in which it is asserted. She put her position this way, at pp. 1355-56:

One virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context. . . . The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

It is my view that a right or freedom may have different meanings in different contexts. . . . It seems entirely probable that the value to be attached to it in different contexts for the purpose of the balancing under s. 1 might also be different. It is for this reason that I believe that the importance of the right or freedom must be assessed in context rather than in the abstract and that its purpose must be ascertained in context. This having been done, the right or freedom must then, in accordance with the dictates of this Court, be given a generous interpretation aimed at fulfilling that purpose and securing for the individual the full benefit of the guarantee. [Emphasis added.]

The approach articulated by Wilson J. has been cited with approval by this Court in several recent cases: see, for example, *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Keegstra*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139.

pertinence aux droits et libertés garantis dans la *Charte*. Il a fait remarquer que la *Charte* n'avait pas été adoptée en l'absence de tout contexte et il a souligné que ses dispositions devaient être situées dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, le juge Wilson a souligné l'importance de la méthode contextuelle pour interpréter la *Charte*. Elle a reconnu qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir un sens différent selon le contexte dans lequel ils sont revendiqués. Elle a exprimé son point de vue de la manière suivante, aux pp. 1355 et 1356:

Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte [. . .] La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

J'estime qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents [. . .] Il semble tout à fait probable que la valeur à y attacher dans différents contextes aux fins de la recherche d'un équilibre en vertu de l'article premier soit également différente. C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. Cette étape franchie, le droit ou la liberté doit alors, en conformité avec les arrêts de notre Cour, recevoir une interprétation généreuse qui vise à atteindre cet objet et à assurer à l'individu la pleine protection de la garantie. [Je souligne.]

La méthode formulée par le juge Wilson a été citée et approuvée par notre Cour dans plusieurs arrêts récents: voir, par exemple, les arrêts *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. c. Keegstra*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139.



It is now clear that the *Charter* is to be interpreted in light of the context in which the claim arises. Context is relevant both with respect to the delineation of the meaning and scope of *Charter* rights, as well as to the determination of the balance to be struck between individual rights and the interests of society.

A contextual approach is particularly appropriate in the present case to take account of the regulatory nature of the offence and its place within a larger scheme of public welfare legislation. This approach requires that the rights asserted by the appellant be considered in light of the regulatory context in which the claim is situated, acknowledging that a *Charter* right may have different scope and implications in a regulatory context than in a truly criminal one.

Under the contextual approach, constitutional standards developed in the criminal context cannot be applied automatically to regulatory offences. Rather, the content of the *Charter* right must be determined only after an examination of all relevant factors and in light of the essential differences between the two classes of prohibited activity. This was the approach taken in *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*, where La Forest J. stressed the importance of the regulatory nature of the statute in determining the scope of s. 8 of the *Charter* as applied to the *Combines Investigation Act*.

The contextual approach further requires that the appellant's claim be considered and weighed in light of the realities of a modern industrial society, where the regulation of innumerable activities is essential for the benefit of all. It is vital that the fundamentally important role of regulatory legislation in the protection of individuals and groups in Canadian society today be recognized and accepted. Canadians rely on and expect their governments to regulate and control activities which may be dangerous to others. In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R.

Il est désormais clair que la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel une revendication prend naissance. Le contexte est important à la fois pour délimiter la signification et la portée des droits garantis par la *Charte* et pour déterminer l'équilibre qu'il faut établir entre les droits individuels et les intérêts de la société.

Il est particulièrement approprié en l'espèce d'utiliser la méthode contextuelle afin de tenir compte de la nature réglementaire de l'infraction et de sa présence dans un régime plus global de dispositions législatives visant à assurer le bien-être public. Cette méthode exige qu'on examine les droits revendiqués par l'appelante en tenant compte du cadre réglementaire dans lequel se situe la demande, tout en reconnaissant qu'un droit garanti par la *Charte* peut avoir dans un cadre réglementaire une portée et une incidence différentes de celles qu'ils auraient dans un contexte criminel à proprement dit.

Suivant la méthode contextuelle, les normes constitutionnelles élaborées dans le contexte criminel ne peuvent être automatiquement appliquées aux infractions réglementaires. La portée du droit garanti par la *Charte* doit plutôt être déterminée seulement au moyen d'un examen de tous les éléments pertinents, et en fonction des différences essentielles entre les deux catégories d'activités prohibées. Telle a été la méthode adoptée dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd.*, précité, où le juge La Forest a insisté sur l'importance de la nature réglementaire de la loi pour déterminer la portée de l'art. 8 de la *Charte* au regard de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

La méthode contextuelle exige en outre que la demande de l'appelante soit examinée et appréciée en fonction des réalités d'une société industrielle moderne où la réglementation d'innombrables activités est essentielle pour assurer le bien-être de tous. Il est crucial de reconnaître et d'accepter le rôle fondamentalement important des lois de nature réglementaire dans la protection des particuliers et des groupes dans la société canadienne moderne. Les Canadiens attendent de leurs gouvernements qu'ils réglementent et contrôlent les activités qui peuvent se révéler dangereuses. Dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le juge

229, Wilson J. noted the special role of the state in life in Canada. At page 356 of her reasons she wrote:

Canadians recognize that government has traditionally had and continues to have an important role to play in the creation and preservation of a just Canadian society. . . . It is, in my view, untenable to suggest that freedom is co-extensive with the absence of government. Experience shows the contrary, that freedom has often required the intervention and protection of government against private action.

The scale and importance of public welfare legislation in Canada is such that a contextual approach must be taken to the issues raised in this appeal.

### B. *The Basis for the Differential Treatment of Regulatory Offences*

In the present case, the contextual approach requires that regulatory and criminal offences be treated differently for the purposes of *Charter* review. Before proceeding to the substantive analysis, however, it is necessary to consider the justifications for differential treatment. They are two-fold: the first relates to the distinctive nature of regulatory activity, while the second acknowledges the fundamental need to protect the vulnerable through regulatory legislation.

#### 1. The Licensing Justification

Those who argue against differential treatment for regulatory offences assert that there is no valid reason to distinguish between the criminal and regulatory accused. Each, it is said, is entitled in law to the same procedural and substantive protections. This view assumes equality of position between criminal and regulatory defendants; that is to say, it assumes that each starts out from a position of equal knowledge, volition and "innocence". The argument against differential treatment further suggests that differentiating between the regulatory and criminal defendants implies the subordination and sacrifice of the regulatory accused to the interests of the community at large. Such a position, it is argued, contravenes our basic concern for individual dignity and our fundamental belief in the importance of the individual. It is

Wilson a signalé le rôle particulier de l'État dans la vie quotidienne au Canada. Elle écrit à la p. 356:

Les Canadiens reconnaissent que le gouvernement a traditionnellement eu et continue d'avoir un rôle important à jouer dans la création et le maintien d'une société canadienne juste [. . .] J'estime qu'on ne peut pas laisser entendre que la liberté correspond à l'absence d'intervention gouvernementale. L'expérience démontre le contraire, que la liberté a souvent requis l'intervention et la protection du gouvernement contre l'action privée.

L'étendue et l'importance des lois assurant le bien-être public au Canada sont telles qu'il est nécessaire de suivre la méthode contextuelle pour répondre aux questions soulevées dans le présent pourvoi.

### B. *Le fondement du traitement différent des infractions réglementaires*

En l'espèce, la méthode contextuelle exige que les infractions réglementaires et les infractions criminelles soient traitées différemment aux fins de l'examen fondé sur la *Charte*. Toutefois, avant d'effectuer l'analyse de fond, il est nécessaire d'examiner les raisons qui justifient un traitement différent. Elles sont au nombre de deux: la première concerne la nature distinctive de l'activité réglementaire, tandis que la seconde reconnaît la nécessité fondamentale d'assurer la protection des personnes vulnérables par des lois de nature réglementaire.

#### 1. L'acceptation des conditions

Les adversaires du traitement différent des infractions réglementaires soutiennent qu'il n'existe aucun motif valable de faire une distinction entre la personne accusée d'une infraction criminelle et celle accusée d'une infraction réglementaire. Chacune, affirment-ils, a droit en vertu de la loi à la même protection quant à la procédure et quant au fond. Cette théorie suppose que la personne accusée d'un crime et celle accusée d'une infraction réglementaire sont dans la même position, c'est-à-dire qu'il faut présumer que chacune a au départ la même connaissance, la même volonté et la même «innocence». Cet argument avancé contre le traitement différent des infractions semble en outre indiquer que la différenciation entre les personnes accusées d'une infraction réglementaire et celles accusées d'un crime comporte la

these assumptions which the licensing justification challenges.

Criminal law is rooted in the concepts of individual autonomy and free will and the corollary that each individual is responsible for his or her conduct. It assumes that all persons are free actors, at liberty to choose how to regulate their own actions in relation to others. The criminal law fixes the outer limits of acceptable conduct, constraining individual freedom to a limited degree in order to preserve the freedom of others. Thus, the basis of criminal responsibility is that the accused person has made a deliberate and conscious choice to engage in activity prohibited by the *Criminal Code*. The accused person who is convicted of an offence will be held responsible for his or her actions, with the result that the opprobrium of society will attach to those acts and any punishment imposed will be considered to be deserved.

The licensing argument is directed to this question of choice. Thus, while in the criminal context, the essential question to be determined is whether the accused has made the choice to act in the manner alleged in the indictment, the regulated defendant is, by virtue of the licensing argument, assumed to have made the choice to engage in the regulated activity. The question then becomes not whether the defendant chose to enter the regulated sphere but whether, having done so, the defendant has fulfilled the responsibilities attending that decision. Professor Richardson puts the position this way in "Strict Liability for Regulatory Crime: the Empirical Research," [1987] *Crim. L.R.* 295, at pp. 295-96:

... it can be argued that the strict liability regulatory offender is not a "blameless innocent". By indulging in the regulated activity she has voluntarily adopted the risks of regulatory infraction and her supposed "innocence" flows from the law's traditional tendency to view

subordination et le sacrifice de la personne accusée d'une infraction réglementaire aux intérêts de la collectivité en général. Une telle position, affirme-t-on, est incompatible avec notre préoccupation fondamentale pour la dignité de l'individu et avec notre croyance dans l'importance de ce dernier. Ce sont ces conceptions que remet en cause la théorie de l'acceptation des conditions.

<sup>a</sup> Le droit pénal repose sur les concepts du libre arbitre et de l'autonomie de l'individu ainsi que sur le corollaire voulant que chaque individu est responsable de sa conduite. Il suppose que toutes les personnes sont libres d'agir et ont la liberté de choisir comment réglementer leurs actes par rapport à autrui. Le droit pénal fixe les limites de ce qui constitue une conduite acceptable, restreignant dans une certaine mesure la liberté individuelle afin de préserver la liberté d'autrui. La responsabilité pénale repose donc sur le postulat suivant: l'accusé a choisi délibérément et consciemment de se livrer à l'activité prohibée par le *Code criminel*. L'accusé reconnu coupable d'une infraction sera tenu responsable de ses actes et, en conséquence, ce sont ces actes qui feront l'objet de la réprobation sociale et tout châtement qui pourra être infligé sera jugé mérité.

<sup>b</sup> L'argument reposant sur l'acceptation des conditions concerne cette question du choix. Alors que, dans le contexte pénal, la question essentielle consiste à déterminer si l'accusé a choisi d'agir de la manière alléguée dans l'acte d'accusation, la personne accusée d'une infraction réglementaire est, en vertu de l'argument fondé sur l'acceptation des conditions, présumée avoir choisi de se livrer à l'activité réglementée. Il ne s'agit donc pas de déterminer si le défendeur a choisi d'exercer l'activité réglementée mais plutôt si, ce faisant, il a assumé les responsabilités afférentes à sa décision. Le professeur Richardson explique cette position de la manière suivante dans «Strict Liability for Regulatory Crime: the Empirical Research,» [1987] *Crim. L.R.* 295, aux pp. 295 et 296:

[TRADUCTION] ... on peut alléguer que la contrevenante à la réglementation de responsabilité stricte n'est pas une «innocente n'ayant rien à se reprocher». En se livrant à l'activité réglementée, elle a volontairement choisi d'accepter les risques de commettre une infrac-

the criminal act "only in the context of its immediate past".

The licensing concept rests on the view that those who choose to participate in regulated activities have, in doing so, placed themselves in a responsible relationship to the public generally and must accept the consequences of that responsibility. Therefore, it is said, those who engage in regulated activity should, as part of the burden of responsible conduct attending participation in the regulated field, be deemed to have accepted certain terms and conditions applicable to those who act within the regulated sphere. Foremost among these implied terms is an undertaking that the conduct of the regulated actor will comply with and maintain a certain minimum standard of care.

The licensing justification is based not only on the idea of a conscious choice being made to enter a regulated field but also on the concept of control. The concept is that those persons who enter a regulated field are in the best position to control the harm which may result, and that they should therefore be held responsible for it. A compelling statement of this view is found in the decision of the United States Supreme Court in *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952), where the court stated, at p. 256:

The accused, if he does not will the violation, usually is in a position to prevent it with no more care than society might reasonably expect and no more exertion than it might reasonably exact from one who assumed his responsibilities.

The licensing justification may not apply in all circumstances to all offenders. That is, there are some cases in which the licensing argument may not apply so as to permit the imputation to an accused of choice, knowledge and implied acceptance of regulatory terms and conditions. This may occur, for instance, where the nature of the regulated conduct is so innocuous that it would not trigger in the mind of

tion réglementaire et son «innocence» présumée découle du fait que l'on a traditionnellement tendance en droit à ne considérer l'acte criminel «que dans le contexte de son passé immédiat».

<sup>a</sup> Le concept de l'acceptation des conditions repose sur la théorie que ceux qui choisissent de se livrer à des activités réglementées ont, en agissant ainsi, établi un rapport de responsabilité à l'égard du public en général et doivent assumer les conséquences de cette responsabilité. C'est pourquoi on devrait considérer, dit-on, que ceux qui se livrent à une activité réglementée ont accepté, dans le cadre de la conduite responsable qu'ils doivent assumer en raison de leur participation au domaine réglementé, certaines conditions applicables aux personnes qui agissent dans la sphère réglementée. La plus importante de ces conditions est l'engagement de la personne assujettie à la réglementation de faire preuve dans sa conduite d'un minimum de diligence.

La théorie de l'acceptation des conditions repose non seulement sur l'idée que la personne a choisi consciemment d'exercer une activité réglementée, mais aussi sur le concept du contrôle. Selon ce concept, les personnes qui se lancent dans un domaine réglementé sont les mieux placées pour contrôler le préjudice qui peut en découler et elles devraient donc en être tenues responsables. La Cour suprême des États-Unis s'est exprimée de manière décisive sur ce point dans l'arrêt *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952), où elle a statué, à la p. 256:

<sup>g</sup> [TRADUCTION] L'accusé, s'il ne désire pas que l'infraction se produise, est habituellement en position d'empêcher celle-ci sans qu'il lui soit nécessaire de faire preuve de plus de diligence que la société pourrait raisonnablement exiger de lui et sans faire davantage l'objet de pressions qu'il ne serait raisonnablement possible d'exercer contre une personne qui assume ses responsabilités.

La théorie de l'acceptation des conditions peut ne pas s'appliquer dans toutes les circonstances et à tous les contrevenants. C'est-à-dire qu'il y a des cas où l'argument fondé sur l'acceptation des conditions ne s'appliquera peut-être pas de manière à ce que puissent être imputés à l'accusé un choix, des connaissances et l'acceptation implicite des modalités réglementaires. Cela peut se produire notamment lorsque

a reasonable person the possibility that the conduct was regulated.

The nature of the regulated conduct will itself go far to determining whether the licensing argument applies. It is useful to distinguish between conduct which, by virtue of its inherent danger or the risk it engenders for others, would generally alert a reasonable person to the probability that the conduct would be regulated, from that conduct which is so mundane and apparently harmless that no thought would ordinarily be given to its potentially regulated nature. In the latter circumstances, the licensing argument would not apply.

This approach is reflected in the American authorities. In *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957), the accused had been convicted under a municipal ordinance requiring felons who remained in the city of Los Angeles for more than five days to register with the Chief of Police. The U.S. Supreme Court reversed the conviction on the basis that the accused would have no reason to know of the duty to register. Due to the nature of the ordinance in question, the court held the licensing argument could not be applied so as to impute to the accused choice and knowledge of the regulated nature of the proscribed conduct. Since there was nothing in the nature of the regulated activity to put the accused on notice that the conduct in question was regulated, the court held, it would be fundamentally unfair to permit conviction in the absence of proof of actual knowledge of the duty to register.

On the other hand, in *United States v. Freed*, 401 U.S. 601 (1971), and *United States v. International Minerals and Chemical Corp.*, 402 U.S. 558 (1971), the court held that the inherently dangerous nature of the regulated activity (possession of firearms and shipping of corrosive acids respectively) was sufficient to put the accused person on notice that the conduct in question was regulated. In those circumstances, the court held, the probability of regu-

la conduite réglementée est de nature tellement anodine qu'aucune personne raisonnable n'envisagerait qu'elle puisse être réglementée.

a La nature de la conduite réglementée sera elle-même d'un grand secours pour déterminer l'applicabilité de l'argument fondé sur l'acceptation des conditions. Il est utile de distinguer entre la conduite qui, en raison du danger qu'elle comporte en soi ou du risque qu'elle présente pour autrui, ferait généralement naître chez une personne raisonnable l'idée qu'il s'agit vraisemblablement d'une conduite réglementée, et la conduite qui est à ce point banale et, en apparence, inoffensive qu'on ne penserait pas normalement qu'elle pourrait être réglementée. Dans ce dernier cas, l'argument reposant sur l'acceptation des conditions ne s'appliquerait pas.

d Cette façon de voir est reflétée dans la jurisprudence américaine. Dans l'affaire *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957), l'accusé avait été reconnu coupable en vertu d'une ordonnance municipale exigeant que tout criminel qui passait plus de cinq jours à Los Angeles se fasse inscrire auprès du chef de police. La Cour suprême des États-Unis a annulé la déclaration de culpabilité au motif que l'accusé n'avait aucune raison d'être au courant de l'obligation de s'inscrire. Selon la cour, vu la nature de l'ordonnance en question, l'argument fondé sur l'acceptation des conditions ne pouvait être appliqué de manière à imputer à l'accusé un choix et la connaissance du caractère réglementé de la conduite proscrire; comme il n'y avait dans la nature de l'activité réglementée rien qui permette à l'accusé de penser qu'il s'agissait d'une conduite réglementée, ce serait une injustice fondamentale que de permettre qu'un verdict de culpabilité soit rendu en l'absence d'éléments de preuve établissant la connaissance effective de l'obligation d'inscription.

Par ailleurs, dans les arrêts *United States v. Freed*, 401 U.S. 601 (1971), et *United States v. International Minerals and Chemical Corp.*, 402 U.S. 558 (1971), la cour a jugé que la nature dangereuse en soi des activités réglementées (la possession d'armes à feu et le transport d'acides corrosifs respectivement) suffisait pour avertir l'accusé que la conduite en cause pouvait être réglementée. Dans ces circonstances, a dit la cour, la probabilité de réglementation est si

lation is so great that awareness of the regulation can be presumed.

These considerations do not, however, apply in the present case. The appellant, having chosen to enter a regulated sphere of business activity, the regulation of which had received wide publicity, should have known that there would be regulations governing its conduct.

The licensing justification has been advanced by academic writers as a basis for the differential treatment of crimes and regulatory offences. Professor Webb has put the position this way (“Regulatory Offences, the Mental Element and the *Charter*: Rough Road Ahead” (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 419, at p. 452):

*Criminal Code* offences are typically but not always outright prohibitions of certain conduct, not part of a larger administrative regime which permits specified behaviour to take place under controlled circumstances. This is in direct contrast to regulatory offences, which are typically an adjunct to legal schemes permitting activities within pre-established limits and subject to certain conditions. Before a regulator will authorize a regulatee to engage in controlled activities, the regulatee must agree to abide by a set of rules, and must be found fit to carry out the regulated activity. A driver’s licence is a good example of such an arrangement. In effect, this arrangement *establishes and certifies that the regulatee knows the standards which he or she must meet, is capable of meeting them, and accepts that should his or her conduct fall below these standards, he or she may be subject to administrative actions and penalties prescribed in legislation, according to procedures which take into account the special knowledge of the regulatee.* The fact that an accused is participating in a regulated activity and has met the initial “entrance requirements” leads to a legally imposed or assumed awareness on his or her part of the risks associated with that activity. [Emphasis in original.]

He later added, at p. 476:

The fact that a strict liability offence is a component in a larger regulatory system justifies the assumption that as a pre-condition to engaging in regulated activity, regulatees have been made aware of the standards which they must meet, and accept that should their conduct fall

grande qu’on est présumé savoir que l’activité est réglementée.

Ces considérations ne jouent cependant pas en l’espèce, car l’appelante, ayant choisi de se livrer à des activités commerciales réglementées—réglementation qui avait d’ailleurs reçu une large publicité—aurait dû savoir que sa conduite serait soumise à des règlements.

Des commentateurs ont avancé la théorie de l’acceptation des conditions pour justifier le traitement différent des crimes et des infractions réglementaires. Le professeur Webb a expliqué cette position de la manière suivante («Regulatory Offences, the Mental Element and the *Charter*: Rough Road Ahead» (1989), 21 *R. de. D. d’Ottawa* 419, à la p. 452):

[TRADUCTION] Les infractions prévues au *Code criminel* représentent habituellement, mais non dans tous les cas, l’interdiction absolue d’une certaine conduite, interdiction qui ne fait pas partie d’un régime administratif plus général autorisant un comportement spécifique dans des circonstances réglementées. C’est tout le contraire des infractions réglementaires qui sont habituellement des dispositions accessoires aux régimes légaux autorisant certaines activités dans des limites déterminées d’avance et sous réserve de certaines conditions. Avant qu’une autorité réglementante ne décide d’autoriser un particulier à exercer des activités réglementées, celui-ci doit accepter de se conformer à un ensemble de règles et il doit être jugé capable d’exercer l’activité réglementée. Le permis de conduire constitue un bon exemple de ce genre d’entente. En effet, cette entente *établit et certifie que le particulier connaît les normes qu’il doit respecter, qu’il est capable de le faire et qu’il reconnaît que, si sa conduite ne devait pas respecter ces normes, il pourra faire l’objet de mesures et de sanctions administratives prescrites par la loi, suivant des procédures qui tiennent compte de ses connaissances particulières.* On peut conclure du fait qu’un accusé participe à une activité réglementée et a satisfait aux «exigences» initiales qu’il connaissait ou qu’il était légalement présumé connaître les risques liés à cette activité. [En italique dans l’original.]

Il a ajouté plus loin, à la p. 476:

[TRADUCTION] On peut présumer, étant donné qu’une infraction de responsabilité stricte fait partie d’un régime réglementaire plus vaste, que la condition préalable pour qu’un particulier assujéti à cette réglementation puisse exercer une activité réglementée est qu’il

below these standards, they may be subject to penalties pursuant to procedures which reflect their special position as regulatees.

The licensing justification finds support as well in the recent decision of this Court in *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*. There, in holding that it was necessary to interpret the asserted right in light of the regulatory context in which the claim arose, La Forest J. relied on licensing-type considerations to find that there was a diminished expectation of privacy in the minds of those whose conduct was regulated. At pages 506-7 he wrote:

... the degree of privacy the citizen can reasonably expect may vary significantly depending upon the activity that brings him or her into contact with the state. In a modern industrial society, it is generally accepted that many activities in which individuals can engage must nevertheless to a greater or lesser extent be regulated by the state to ensure that the individual's pursuit of his or her self-interest is compatible with the community's interest in the realization of collective goals and aspirations.

By virtue of the decision to enter the regulated field, the regulated person (here the appellant) can be taken to have accepted certain terms and conditions of entry. To paraphrase La Forest J., the procedural and substantive protections a person can reasonably expect may vary depending upon the activity that brings that person into contact with the state. Thus the extent of *Charter* protection may differ depending upon whether the activity in question is regulatory or criminal in nature.

In this way, the licensing argument provides a link between the distinction between criminal and regulatory offences and the differential treatment of those two categories for the purposes of *Charter* review.

doit avoir été informé des normes qu'il devra respecter et accepter que, si sa conduite ne satisfait pas à ces normes, il pourra faire l'objet de peines conformément à des procédures qui tiennent compte de sa situation particulière en tant que personne assujettie à la réglementation.

La théorie de l'acceptation des conditions trouve également appui dans l'arrêt récent de notre Cour *Thomson Newspapers Ltd.*, précité. Ayant statué dans cet arrêt qu'il était nécessaire d'interpréter le droit revendiqué en fonction du contexte réglementaire dans lequel la revendication avait pris naissance, le juge La Forest s'est fondé sur des considérations analogues quant à la liberté d'action pour conclure que les particuliers dont la conduite est réglementée ont des attentes moins grandes en ce qui concerne le respect de leur droit à la vie privée. Il a écrit aux pp. 506 et 507:

... ce degré de vie privée auquel le citoyen peut raisonnablement s'attendre peut varier considérablement selon les activités qui le mettent en contact avec l'État. Dans une société industrielle moderne, on reconnaît généralement que de nombreuses activités auxquelles peuvent se livrer des particuliers doivent malgré tout être plus ou moins réglementées par l'État pour veiller à ce que la poursuite des intérêts des particuliers soit compatible avec les intérêts de la collectivité dans la réalisation des buts et des aspirations collectifs.

En raison de la décision qu'elle a prise de s'engager dans le domaine réglementé, on peut considérer que la personne assujettie à la réglementation (en l'espèce, l'appelante) a accepté certaines conditions d'entrée. Pour reprendre les termes du juge La Forest, on peut dire que la protection quant à la procédure et quant au fond à laquelle le citoyen peut raisonnablement s'attendre peut varier selon les activités qui le mettent en contact avec l'État. La protection offerte par la *Charte* peut donc varier selon que l'activité en cause est de nature réglementaire ou de nature criminelle.

L'argument fondé sur l'acceptation des conditions établit donc ainsi un lien entre la distinction faite entre les infractions criminelles et les infractions réglementaires et le traitement différent que reçoivent

There is, as well, a second justification for differential treatment.

## 2. The Vulnerability Justification

The realities and complexities of a modern industrial society coupled with the very real need to protect all of society and particularly its vulnerable members, emphasize the critical importance of regulatory offences in Canada today. Our country simply could not function without extensive regulatory legislation. The protection provided by such measures constitutes a second justification for the differential treatment, for *Charter* purposes, of regulatory and criminal offences.

This Court has on several occasions observed that the *Charter* is not an instrument to be used by the well positioned to roll back legislative protections enacted on behalf of the vulnerable. This principle was first enunciated by Dickson C.J. for the majority in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. He wrote, at p. 779:

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

The same principle has been repeated and emphasized in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993, and in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051. This principle recognizes that much government regulation is designed to protect the vulnerable. It would be unfortunate indeed if the *Charter* were used as a weapon to attack measures intended to protect the disadvantaged and comparatively powerless members of society. It is interesting to observe that in the United States, courts struck down important components of the program of regulatory legislation known as "the New Deal". This so-called "*Lochner* era" is now almost universally regarded by

ces deux catégories d'infractions aux fins d'un examen fondé sur la *Charte*. Une seconde raison permet de justifier le traitement différent des infractions.

## a 2. La vulnérabilité

Les réalités et les complexités d'une société industrielle moderne associées au besoin réel de protéger tous les membres de la société et, en particulier, ceux qui sont vulnérables font ressortir l'importance cruciale des infractions réglementaires au Canada aujourd'hui. Notre pays ne pourrait tout simplement pas fonctionner sans réglementation très étendue. La protection fournie par de telles mesures est une seconde justification du traitement différent des infractions réglementaires et des infractions criminelles aux fins de la *Charte*.

d Notre Cour a fait remarquer à diverses occasions que la *Charte* n'est pas un instrument dont peuvent se servir les personnes favorisées pour écarter les protections législatives adoptées afin de protéger ceux qui sont vulnérables. Ce principe a été énoncé pour la première fois par le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Il a écrit, à la p. 779:

f Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés.

g Ce même principe a été repris et souligné dans les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 993, et *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1051. Ce principe reconnaît qu'une grande partie de la réglementation adoptée par le gouvernement vise à protéger les personnes vulnérables. En fait, il serait malheureux que la *Charte* puisse être utilisée pour contester des mesures destinées à protéger les membres les moins favorisés de la société qui sont comparativement dénués de pouvoirs. Il est intéressant de signaler qu'aux États-Unis, les tribunaux ont invalidé d'importantes dispositions législatives du programme de réglementation connu sous le nom de «New Deal». Presque tous les commentateurs s'entendent pour dire aujourd'hui que cette période appe-



academic writers as a dark age in the history of the American Constitution.

Regulatory legislation is essential to the operation of our complex industrial society; it plays a legitimate and vital role in protecting those who are most vulnerable and least able to protect themselves. The extent and importance of that role has increased continuously since the onset of the Industrial Revolution. Before effective workplace legislation was enacted, labourers—including children—worked unconscionably long hours in dangerous and unhealthy surroundings that evoke visions of Dante's *Inferno*. It was regulatory legislation with its enforcement provisions which brought to an end the shameful situation that existed in mines, factories and workshops in the nineteenth century. The differential treatment of regulatory offences is justified by their common goal of protecting the vulnerable.

The importance of the vulnerability concept as a component of the contextual approach to *Charter* interpretation has been recognized in the employer/employee field in *Edwards Books, supra*, and *Slaight Communications Inc., supra*, and in the sphere of commercial advertising in *Irwin Toy Ltd., supra*. The same considerations should apply whenever regulatory legislation is subject to *Charter* challenge.

It follows that a contextual approach is required in the present case in order that the distinctive nature of regulatory offences and their fundamental importance in Canadian society may be considered. Both licensing and vulnerability considerations justify differential treatment for the purposes of *Charter* interpretation, of crimes and regulatory offences. This, then, is the basis upon which the present case must be approached.

lée «l'ère *Lochner*» constitue une époque sombre dans l'histoire de la Constitution américaine.

Les lois de nature réglementaire sont essentielles au fonctionnement de notre société industrielle complexe; elles jouent un rôle crucial et légitime dans la protection des citoyens qui sont les plus vulnérables et qui sont les moins capables de se protéger eux-mêmes. Ce rôle a constamment pris de l'ampleur depuis le début de la révolution industrielle. Avant l'adoption de lois efficaces sur les conditions et les lieux de travail, on imposait aux travailleurs, y compris aux enfants, des horaires de travail déraisonnablement longs dans des endroits dangereux et malsains qui évoquent des visions de l'*Enfer* de Dante. Ce sont les lois de réglementation et leurs dispositions d'application qui ont mis fin à la situation scandaleuse qui existait dans les mines, dans les usines et dans les ateliers au XIX<sup>e</sup> siècle. Le traitement différent des infractions réglementaires se justifie par leur objectif commun qui est de protéger ceux qui sont vulnérables.

L'importance du concept de vulnérabilité comme élément de la méthode contextuelle d'interprétation de la *Charte* a été reconnue dans le domaine des rapports employeur-employés dans les arrêts *Edwards Books* et *Slaight Communications Inc.*, précités, ainsi que dans le domaine de la publicité commerciale dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd.*, précité. Les mêmes considérations devraient s'appliquer chaque fois qu'une loi réglementaire fait l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*.

Il s'ensuit qu'il est nécessaire, en l'espèce, d'avoir recours à la méthode contextuelle afin d'examiner le caractère distinctif des infractions réglementaires et leur importance fondamentale dans la société canadienne. Des considérations relatives tant à l'acceptation des conditions qu'à la vulnérabilité justifient le traitement différent des crimes et des infractions réglementaires aux fins de l'interprétation de la *Charte*. C'est donc en fonction de ces éléments qu'il faut examiner la présente espèce.

## IV

The Constitutionality of Strict Liability

The appellant argues that strict liability violates the *Charter* on two bases. First, it is said that, at least where imprisonment is available as a sanction, s. 7 of the *Charter* requires a minimum fault element of guilty intent or wilful blindness to be proven; it is argued that, under s. 7, negligence is an insufficient degree of fault to justify a conviction. Second, the appellant alleges that the traditional requirement in strict liability offences that the defendant establish due diligence on a balance of probabilities violates the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Let us consider these submissions.

A. *Section 7: The Mens Rea Issue*

Wholesale Travel contends that wherever imprisonment is available as a penalty for breach of a regulatory statute, the failure to require the Crown to prove guilty intent as an essential element of the offence violates s. 7 of the *Charter*. It is constitutionally impermissible, it is argued, to impose liability solely on the basis of lack of reasonable care. Thus, it is the appellant's position that strict liability as defined in *Sault Ste. Marie* has been superseded and rendered invalid by the *Charter*. The appellant's argument, if accepted, would eliminate any distinction between criminal and regulatory offences.

The question to be determined at this stage is what level of *mens rea* is required by s. 7 of the *Charter*. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, the Court considered a challenge to a provincial absolute liability offence which provided for a minimum period of imprisonment. Lamer J. (as he then was), giving the reasons of the majority of the Court, stated at p. 492:

A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is

## IV

La constitutionnalité de la responsabilité stricte

L'appelante soutient que la responsabilité stricte viole la *Charte* à deux égards. Premièrement, elle prétend que l'art. 7 de la *Charte* exige la preuve d'un élément minimal de faute, soit l'intention coupable ou l'aveuglement volontaire, du moins lorsqu'une peine d'emprisonnement est prévue; elle fait valoir que, suivant l'art. 7, la négligence ne constitue pas une faute suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité. Deuxièmement, l'appelante soutient que l'obligation traditionnelle imposée au défendeur en matière d'infractions de responsabilité stricte de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il a fait montre de diligence raisonnable viole la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. Examinons maintenant ces prétentions.

A. *L'article 7: la question de la mens rea*

D'après Wholesale Travel, chaque fois qu'une peine d'emprisonnement est prévue en cas de violation d'une loi de nature réglementaire, l'omission d'exiger que le ministère public prouve l'intention coupable comme élément essentiel de l'infraction viole l'art. 7 de la *Charte*. La Constitution ne permet pas, fait-elle valoir, qu'on impute une responsabilité en se fondant uniquement sur l'absence de diligence raisonnable. C'est pourquoi l'appelante est d'avis que la responsabilité stricte définie dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* a été remplacée et invalidée par la *Charte*. L'argument de l'appelante, s'il était retenu, ferait disparaître toute distinction entre les infractions criminelles et les infractions réglementaires.

La question à laquelle il faut répondre à ce stade est de savoir quel est le degré de *mens rea* requis par l'art. 7 de la *Charte*. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, la Cour a examiné la contestation d'une infraction de responsabilité absolue créée par la province qui prévoyait une période minimale d'emprisonnement. S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, le juge Lamer (alors juge puîné) a dit, à la p. 492:

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine

available as a penalty, such a law then violates a person's right to liberty under s. 7 . . .

In other words, absolute liability and imprisonment cannot be combined.

At the same time, Lamer J. was careful to note that, at p. 515, absolute liability *per se* does not violate s. 7, but does so "only if and to the extent that it has the potential of depriving of life, liberty or security of the person".

In the *Vaillancourt* case, *supra*, Lamer J. expanded upon his reasons in *Re B.C. Motor Vehicle Act*. He stated at p. 652:

. . . *Re B.C. Motor Vehicle Act* acknowledges that, whenever the state resorts to the restriction of liberty, such as imprisonment, to assist in the enforcement of a law, even, as in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, a mere provincial regulatory offence, there is, as a principle of fundamental justice, a minimum mental state which is an essential element of the offence. It thus elevated *mens rea* from a presumed element in *Sault Ste. Marie, supra*, to a constitutionally required element. *Re B.C. Motor Vehicle Act* did not decide what level of *mens rea* was constitutionally required for each type of offence, but inferentially decided that even for a mere provincial regulatory offence at least negligence was required, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused who risks imprisonment upon conviction. [Emphasis in original.]

It can be seen that *Vaillancourt* specifically left open the question of whether, in circumstances where imprisonment is available as a penalty, strict liability with its attenuated fault requirement of negligence constitutes an acceptable basis of liability under s. 7 of the *Charter*.

What emerges from *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* is that the principles of fundamental justice referred to in s. 7 of the *Charter* prohibit the imposition of penal liability and punishment without proof of fault. Fault was thus elevated from a presumed element of an offence in *Sault Ste. Marie* to a constitutionally required element under the *Charter*.

d'emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 . . .

En d'autres termes, la responsabilité absolue et la peine d'emprisonnement ne peuvent être combinées.

En même temps, le juge Lamer a pris bien soin de souligner, à la p. 515, que la responsabilité absolue ne viole pas en soi l'art. 7, mais qu'elle ne le fait «que si et dans la mesure où elle peut avoir comme conséquence de porter atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne».

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, le juge Lamer a expliqué les motifs qu'il avait rédigés dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* Il a dit à la p. 652:

. . . dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on reconnaît que dans tous les cas où l'État recourt à la restriction de la liberté, comme l'emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, même si, comme dans ce renvoi, il ne s'agit que d'une simple infraction à une réglementation provinciale, la justice fondamentale exige que la présence d'un état d'esprit minimal chez l'accusé constitue un élément essentiel de l'infraction. De l'élément présumé qu'elle était dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, la *mens rea* est ainsi devenue un élément requis par la Constitution. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on ne précise pas le degré de *mens rea* qu'exige la Constitution pour chaque type d'infraction, mais on établit indirectement que, même dans le cas d'une infraction à une réglementation provinciale, la négligence est au moins requise, en ce sens que l'accusé qui risque d'être condamné à l'emprisonnement s'il est déclaré coupable doit toujours pouvoir au moins invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. [Souligné dans l'original.]

On peut constater que l'arrêt *Vaillancourt* n'a pas tranché la question de savoir si, dans les cas où une peine d'emprisonnement est prévue, la responsabilité stricte et son exigence moindre relative à la négligence constituent, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, un motif acceptable pour imputer une responsabilité.

Il ressort du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et de l'arrêt *Vaillancourt* que les principes de justice fondamentale dont il est question à l'art. 7 de la *Charte* interdisent d'imputer une responsabilité pénale et d'infliger une peine en l'absence de la preuve d'une faute. De l'élément présumé d'une infraction qu'elle était dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, la

These cases did not, however, decide what level of fault is constitutionally required for every type of offence; rather, they make it clear that the degree of fault required will vary with the nature of the offence and the penalties available upon conviction. *Re B.C. Motor Vehicle Act* does establish, however, that where imprisonment is available as a penalty, absolute liability cannot be imposed since it removes the fault element entirely and, in so doing, permits the punishment of the morally innocent.

The question which must now be determined is as follows: in situations where imprisonment is available as a penalty, does s. 7 require proof of a degree of fault greater than negligence? That is to say, must a positive mental state be established in order to justify a conviction?

The Crown submits that the reasons of this Court in *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731, dispose of the appellant's s. 7 argument. In *Logan*, the accused argued that s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter* since it would permit a party to an offence to be convicted on the basis of objective intention. The question to be determined was whether s. 7 requires a minimum level of *mens rea* and, if so, what that level might be. In answering this question, Lamer C.J. for the majority wrote, at p. 743:

As I have stated in *Vaillancourt*, the principles of fundamental justice require a minimum degree of *mens rea* for only a very few offences. The criteria by which these offences can be identified are, primarily, the stigma associated with a conviction and, as a secondary consideration, the penalties available.

The Crown submits that the words of the Chief Justice indicate that, even for some criminal offences, it is constitutionally permissible to remove the *mens rea* requirement entirely; as a result, it is said, there is no basis upon which to impose a minimum mental element for regulatory offences. I cannot accept this contention. In the passage quoted from *Logan*, the

faute est ainsi devenue un élément requis par la Constitution en vertu de la *Charte*. Toutefois, ces arrêts ne déterminent pas le degré de faute requis par la Constitution pour chaque catégorie d'infraction mais ils indiquent clairement que ce degré de faute varie suivant la nature de l'infraction et les peines pouvant être infligées en cas de déclaration de culpabilité. Le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* établit toutefois que lorsqu'une peine d'emprisonnement est prévue, on ne peut imputer de responsabilité absolue car celle-ci fait totalement disparaître l'élément de faute et, de ce fait, permet de punir celui qui est moralement innocent.

La question à laquelle il faut maintenant répondre est la suivante: dans les cas où une peine d'emprisonnement est prévue, l'art. 7 exige-t-il la preuve d'un degré de faute plus élevé que la négligence? En d'autres termes, doit-on prouver l'existence d'un état d'esprit positif pour justifier une déclaration de culpabilité?

Le ministère public soutient que les motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, tranchent l'argument de l'appelante fondé sur l'art. 7. Dans *Logan*, l'accusé prétendait que le par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* parce qu'il permettrait qu'une partie à une infraction soit déclarée coupable sur le fondement de l'intention objective. Il s'agissait de déterminer si l'art. 7 exige un degré minimum de *mens rea* et, le cas échéant, quel devrait être ce degré. En réponse à cette question, le juge en chef Lamer a écrit au nom de la majorité, à la p. 743:

Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Vaillancourt*, les principes de justice fondamentale exigent un degré minimum de *mens rea* que pour très peu d'infractions. Les critères qui permettent d'identifier ces infractions sont, principalement, les stigmates associés à une déclaration de culpabilité et, comme considération secondaire, les peines qui peuvent être imposées.

Le ministère public prétend que les mots du Juge en chef indiquent que, même pour certaines infractions criminelles, il est constitutionnellement permis d'écarter complètement l'exigence de la *mens rea*; en conséquence, il n'existe aucun motif d'exiger un élément moral minimum pour les infractions réglementaires. Je ne peux accepter cette prétention. Dans

Chief Justice was considering whether s. 7 requires subjective (as opposed to objective) intent as a minimum level of *mens rea* for all criminal offences. He was not dealing with the issue of whether s. 7 requires proof of any *mens rea* at all. It is that question which is raised by the appellant's argument.

Does section 7 require in all cases that the Crown prove *mens rea* as an essential element of the offence? The resolution of this question requires that a contextual approach be taken to the meaning and scope of the s. 7 right. Certainly, there can be no doubt that s. 7 requires proof of some degree of fault. That fault may be demonstrated by proof of intent, whether subjective or objective, or by proof of negligent conduct, depending on the nature of the offence. While it is not necessary in this case to determine the requisite degree of fault necessary to prove the commission of particular crimes, I am of the view that with respect to regulatory offences, proof of negligence satisfies the requirement of fault demanded by s. 7. Although the element of fault may not be removed completely, the demands of s. 7 will be met in the regulatory context where liability is imposed for conduct which breaches the standard of reasonable care required of those operating in the regulated field.

It should not be forgotten that *mens rea* and negligence are both fault elements which provide a basis for the imposition of liability. *Mens rea* focuses on the mental state of the accused and requires proof of a positive state of mind such as intent, recklessness or wilful blindness. Negligence, on the other hand, measures the conduct of the accused on the basis of an objective standard, irrespective of the accused's subjective mental state. Where negligence is the basis of liability, the question is not what the accused intended but rather whether the accused exercised reasonable care. The application of the contextual approach suggests that negligence is an acceptable

l'extrait tiré de l'arrêt *Logan*, le Juge en chef examinait si l'art. 7 exige une intention subjective (par opposition à l'intention objective) comme degré minimum de *mens rea* pour toutes les infractions criminelles. Il n'abordait pas la question de savoir si l'art. 7 exige la preuve de la *mens rea*. C'est cette question que soulève l'argument de l'appelante.

L'article 7 exige-t-il dans tous les cas que le ministère public prouve la *mens rea* comme élément essentiel de l'infraction? Pour répondre à cette question, il faut suivre la méthode contextuelle pour déterminer la signification et la portée du droit garanti par l'art. 7. Certes, il ne fait aucun doute que l'art. 7 exige la preuve d'un certain degré de faute. Cette faute peut être démontrée au moyen d'une preuve d'intention, subjective ou objective, ou par une preuve de conduite négligente, selon la nature de l'infraction. Quoiqu'il ne soit pas nécessaire en l'espèce de déterminer le degré de faute requise pour établir la perpétration de crimes déterminés, je suis d'avis qu'en ce qui concerne les infractions réglementaires, la preuve de la négligence satisfait à l'exigence en matière de faute posée par l'art. 7. Bien qu'il soit impossible d'écarter complètement l'élément de faute, les exigences de l'art. 7 seront remplies dans le contexte réglementaire lorsque la responsabilité est imputée relativement à une conduite qui viole la norme de diligence raisonnable requise des personnes qui exercent des activités dans le domaine réglementé.

Il ne faudrait pas oublier que la *mens rea* et la négligence constituent deux éléments de faute qui servent à imputer la responsabilité. La *mens rea* concerne l'état d'esprit de l'accusé et exige la preuve d'un état d'esprit positif tels l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Par contre, la négligence mesure la conduite de l'accusé en fonction d'une norme objective, sans tenir compte de son état d'esprit subjectif. Lorsque la négligence est l'élément qui permet d'imputer une responsabilité, il ne faut pas se demander quelle était l'intention de l'accusé, mais plutôt s'il a fait preuve de diligence raisonnable. L'application de la méthode contextuelle donne à penser que la négligence constitue un critère acceptable de responsabilité dans le contexte réglementaire

basis of liability in the regulatory context which fully meets the fault requirement in s. 7 of the *Charter*.

It is argued, however, that to place regulatory offences in a separate category from criminal offences, with a lower fault standard, puts the accused charged with the breach of a regulatory provision in a fundamentally unfair position. It is a violation of the principles of fundamental justice under s. 7, it is said, to allow the defendant to go to jail without having had the protection available in criminal prosecutions—that is, proof of *mens rea* by the Crown.

I cannot accept this contention. Regulatory offences provide for the protection of the public. The societal interests which they safeguard are of fundamental importance. It is absolutely essential that governments have the ability to enforce a standard of reasonable care in activities affecting public welfare. The laudable objectives served by regulatory legislation should not be thwarted by the application of principles developed in another context.

It must be remembered that regulatory offences were historically developed and recognized as a distinct category precisely for the purpose of relieving the Crown of the burden of proving *mens rea*. This is their hallmark. The tremendous importance of regulatory legislation in modern Canadian industrial society requires that courts be wary of interfering unduly with the regulatory role of government through the application of inflexible standards. Under the contextual approach, negligence is properly acceptable as the minimum fault standard required of regulatory legislation by s. 7.

What some writers have referred to as “licensing” considerations lead to the same conclusion. The regulated actor is allowed to engage in activity which potentially may cause harm to the public. That permission is granted on the understanding that the actor accept, as a condition of entering the regulated field, the responsibility to exercise reasonable care to

et respecte pleinement l'exigence de l'art. 7 de la *Charte* quant à la faute.

Il est cependant allégué qu'en classant les infractions réglementaires dans une catégorie distincte des infractions criminelles avec un degré de faute moindre, on place la personne accusée d'une infraction à une disposition réglementaire dans une situation fondamentalement injuste. Il est contraire, affirme-t-on, aux principes de justice fondamentale prévus à l'art. 7 de permettre que le défendeur soit emprisonné sans qu'il ait pu bénéficier de la protection offerte dans les poursuites pénales, c'est-à-dire la preuve de la *mens rea* par le ministère public.

Je ne peux accepter cette prétention. Les infractions réglementaires sont prévues pour assurer la protection du public. Les intérêts sociaux en jeu revêtent une importance fondamentale. Il est absolument essentiel que les gouvernements aient la capacité de faire appliquer une norme de diligence raisonnable dans les activités qui ont une incidence sur le bien-être public. Les objectifs louables auxquels servent les lois de nature réglementaire ne devraient pas être contrecarrés par l'application de principes élaborés dans un autre contexte.

Il convient de rappeler que les infractions réglementaires ont historiquement été créées et reconnues comme catégorie distincte afin précisément de dégager le ministère public de l'obligation de prouver la *mens rea*. Telle est leur principale caractéristique. L'importance énorme des lois de nature réglementaire dans la société industrielle moderne du Canada exige que les tribunaux se montrent prudents afin de ne pas intervenir indûment dans le rôle de réglementation du gouvernement en appliquant des normes inflexibles. Suivant la méthode contextuelle, la négligence peut à juste titre constituer la norme minimale de faute requise des lois de nature réglementaire par l'art. 7.

Ce que certains auteurs ont présenté comme des considérations relatives à l'«acceptation des conditions» mène à la même conclusion. La personne assujettie à une réglementation est autorisée à exercer une activité qui peut éventuellement causer un préjudice au public. Cette autorisation lui est accordée à condition qu'elle accepte, pour exercer ses activités dans le

ensure that the proscribed harm does not come about. As a result of choosing to enter a field of activity known to be regulated, the regulated actor is taken to be aware of and to have accepted the imposition of a certain objective standard of conduct as a pre-condition to being allowed to engage in the regulated activity. In these circumstances, it misses the mark to speak in terms of the "unfairness" of an attenuated fault requirement because the standard of reasonable care has been accepted by the regulated actor upon entering the regulated sphere.

Further, from a practical point of view, it is simply impossible for the government to monitor adequately every industry so as to be able to prove actual intent or *mens rea* in each case. In order to do so, governments would have to employ armies of experts in every conceivable field. For example, it would be necessary to continuously monitor a myriad of complex activities that are potentially dangerous to members of society. Such activities include manufacturing and mining procedures, food and drug manufacturing, processing and packaging.

In our complex society, the government can, as a practical matter, do no more than demonstrate that it has set reasonable standards to be met by persons in the regulated sphere and to prove beyond a reasonable doubt that there has been a breach of those standards by the regulated defendant. The impossibility of requiring the government to prove mental culpability was recognized by Dickson J. in *Sault Ste. Marie*. He stated at p. 1311:

Having regard to both the difficulty of proving mental culpability and the number of petty cases which daily come before the Courts, proof of fault is just too great a burden in time and money to place upon the prosecution. To require proof of each person's individual intent would allow almost every violator to escape. This, together with the glut of work entailed in proving *mens rea* in every case would clutter the docket and impede adequate enforcement as virtually to nullify the regulatory statutes.

domaine réglementé, de faire preuve de diligence raisonnable afin d'éviter que le préjudice proscriit ne se produise. En conséquence de sa décision d'exercer une activité dans un domaine qu'elle sait être réglementé, la personne est censée savoir et avoir accepté que l'une des conditions préalables à l'autorisation d'exercer l'activité réglementée est le respect d'une certaine norme objective de conduite. Dans ces circonstances, on se trompe lorsqu'on parle de «l'innocuité» qui découle d'une exigence moindre en matière de faute parce que la personne assujettie à la réglementation a accepté la norme de diligence raisonnable lorsqu'elle a décidé d'exercer des activités dans le domaine réglementé.

En outre, d'un point de vue pratique, il est tout simplement impossible pour le gouvernement de surveiller chaque industrie afin de pouvoir prouver l'intention réelle ou la *mens rea* dans chaque cas. En effet, le gouvernement serait obligé, à cette fin, d'avoir recours à une armée d'experts dans chaque domaine imaginable. Par exemple, il serait nécessaire de surveiller en permanence une myriade d'activités complexes qui sont potentiellement dangereuses pour les membres de la société. Parmi ces activités, notons les processus de fabrication et d'exploitation minière et la fabrication, la transformation et l'emballage des aliments et drogues.

Dans notre société complexe, le gouvernement ne peut d'un point de vue pratique faire plus que démontrer qu'il a fixé des normes raisonnables qui doivent être respectées dans le domaine réglementé, et prouver hors de tout doute raisonnable que le défendeur assujetté à la réglementation a violé ces normes. Le juge Dickson a reconnu dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* l'impossibilité d'exiger que le gouvernement prouve la culpabilité morale. Il a dit, à la p. 1311:

Si l'on prend en considération la difficulté de prouver la culpabilité morale et le nombre d'affaires mineures qui viennent quotidiennement devant les tribunaux, la preuve de la faute est, en termes de temps et d'argent, un fardeau trop lourd à imposer à la poursuite. Presque tous les contrevenants échapperaient à la condamnation si l'on exigeait à chaque fois la preuve de l'intention. Ceci, en plus du travail énorme qu'entraîne la preuve de la *mens rea* dans chaque affaire, encombrerait les rôles des tribunaux et gênerait l'application de la législation réglementaire qui resterait virtuellement sans effet.

The whole governmental regulatory scheme would be rendered meaningless if the appellant's *mens rea* argument were to succeed.

For these reasons, I conclude that the appellant's claim that strict liability offences violate s. 7 of the *Charter* cannot succeed. The requirements of s. 7 are met in the regulatory context by the imposition of liability based on a negligence standard. Therefore, no violation of s. 7 results from the imposition of strict liability.

*B. Section 11(d): Onus and the Due Diligence Defence*

Wholesale Travel argues that the placing of a persuasive burden on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities violates the presumption of innocence as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. As the due diligence defence is the essential characteristic of strict liability offences as defined in *Sault Ste. Marie*, the appellant's s. 11(d) claim represents a fundamental challenge to the entire regime of regulatory offences in Canada.

There can be no doubt since the decision of this Court in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, that the rights guaranteed by s. 11 of the *Charter* are available to all persons who are prosecuted for public offences carrying punitive sanctions. In that case, the term "offence" in s. 11 was defined so as to include criminal, *quasi*-criminal and regulatory offences, whether federal or provincial. However, there is nothing in the *Wigglesworth* decision to suggest that the content and scope of the s. 11 rights cannot vary with the nature of the offence.

This Court has recently considered the meaning of the presumption of innocence in the criminal context, particularly as applied to reverse onus provisions. It is now clear that it is the net effect of a reverse onus provision on the determination of the guilt or innocence of an accused rather than the precise nature of

L'ensemble du régime réglementaire du gouvernement deviendrait inutile si l'argument de l'appelante fondé sur la *mens rea* devait être retenu.

Pour ces motifs, je conclus que l'argument de l'appelante selon lequel les infractions de responsabilité stricte violent l'art. 7 de la *Charte* ne peut être retenu. Les exigences de l'art. 7 sont respectées dans le cadre réglementaire par l'imputation d'une responsabilité en fonction d'une norme de négligence. En conséquence, l'imputation d'une responsabilité stricte n'entraîne aucune violation de l'art. 7.

*B. L'alinéa 11d): la charge de la preuve et la défense fondée sur la diligence raisonnable*

Wholesale Travel prétend qu'en imposant une charge de persuasion à l'accusé afin qu'il établisse, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a fait preuve de diligence raisonnable, on viole la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. Comme la défense de diligence raisonnable constitue une caractéristique essentielle des infractions de responsabilité stricte définies dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, la prétention de l'appelante fondée sur l'al. 11d) représente une contestation fondamentale de l'ensemble du régime des infractions réglementaires au Canada.

Il ne fait plus aucun doute depuis l'arrêt de notre Cour *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, que les droits garantis par l'art. 11 de la *Charte* peuvent être invoqués par toutes les personnes poursuivies pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives. Dans cet arrêt, le mot «infraction» à l'art. 11 a été défini comme incluant les infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu'elles soient fédérales ou provinciales. Cependant, rien dans l'arrêt *Wigglesworth* ne nous permet de conclure que la signification et la portée des droits garantis par l'art. 11 ne peuvent varier suivant la nature de l'infraction.

Notre Cour a récemment examiné le sens de la présomption d'innocence dans le contexte criminel, en particulier lorsqu'on l'applique à des dispositions portant inversion de la charge de la preuve. Il est désormais clair que c'est l'effet final d'une disposition portant inversion de la charge de la preuve sur la



the provision that must be examined under s. 11(d). In *R. v. Keegstra, supra*, the Court adopted as the governing principle the following passage from the reasons of Dickson C.J. in *R. v. Whyte, supra*, at p. 18:

The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

What must now be determined is whether the s. 11(d) standard which has been developed and applied in the criminal context should be applied to regulatory offences.

#### The Content of the Presumption in the Regulatory Context

Much of what has been said in regard to the validity of strict liability under s. 7 of the *Charter* is applicable as well to the s. 11(d) question of onus. The importance of regulatory legislation and its enforcement strongly support the use of a contextual approach in the interpretation of the s. 11(d) right as applied to regulatory offences.

At the outset, it is enlightening to return to the relatively recent decision of this Court in *Sault Ste. Marie*. In his reasons, Dickson J. made explicit reference to the presumption of innocence, holding (at p. 1316) that requiring an accused to establish due diligence on a balance of probabilities does not offend the basic presumption of innocence as articu-

détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé plutôt que la nature précise de la disposition qu'il faut examiner au regard de l'al. 11d). Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, la Cour a adopté comme principe directeur l'extrait suivant tiré des motifs du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Whyte*, précité, à la p. 18:

La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

Il convient donc maintenant de déterminer si la norme de l'al. 11d) qui a été élaborée et appliquée dans le contexte criminel devrait être appliquée aux infractions réglementaires.

#### La teneur de la présomption dans le contexte réglementaire

Une bonne partie de ce qui a été dit en ce qui concerne la validité de la responsabilité stricte au regard de l'art. 7 de la *Charte* s'applique également à la question de la charge de la preuve en ce qui concerne l'al. 11d). L'importance des lois de nature réglementaire et de leur application joue grandement en faveur de l'utilisation de la méthode contextuelle dans l'interprétation du droit garanti par l'al. 11d) en ce qui concerne les infractions réglementaires.

Pour commencer, il est instructif de revenir à la décision relativement récente de notre Cour dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*. Dans ses motifs, le juge Dickson a parlé explicitement de la présomption d'innocence, statuant (à la p. 1316) qu'on ne contrevient pas à la présomption fondamentale d'innocence énoncée dans l'arrêt *Woolmington v. Director of Public Prosecu-*

lated in *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462:

Viscount Sankey L.C. referred to the strength of the presumption of innocence in a criminal case and then made the statement, universally accepted in this country, that there is no burden on the prisoner to prove his innocence; it is sufficient for him to raise a doubt as to his guilt. I do not understand the case as standing for anything more than that. It is to be noted that the case is concerned with criminal offences in the true sense; it is not concerned with public welfare offences. It is somewhat ironic that *Woolmington's* case, which embodies a principle for the benefit of the accused, should be used to justify the rejection of a defence of reasonable care for public welfare offences and the retention of absolute liability, which affords the accused no defence at all. There is nothing in *Woolmington's* case, as I comprehend it, which stands in the way of adoption, in respect of regulatory offences, of a defence of due care, with burden of proof resting on the accused to establish the defence on the balance of probabilities. [Emphasis added.]

In *Sault Ste. Marie*, Dickson J. carefully considered the basic principles of criminal liability, including the presumption of innocence, and balanced them against the public goals sought to be achieved through regulatory measures. He determined that strict liability represented an appropriate compromise between the competing interests involved. This conclusion is no less valid today. The *Charter* was not enacted in a vacuum. The presumption of innocence which it guarantees had long been established and was well recognized at common law. The due diligence defence recognized in *Sault Ste. Marie* which is the target of the present challenge was itself a function of the presumption of innocence.

The reasons for ascribing a different content to the presumption of innocence in the regulatory context are persuasive and compelling. As with the *mens rea* issue, if regulatory mechanisms are to operate effectively, the Crown cannot be required to disprove due diligence beyond a reasonable doubt. Such a requirement would make it virtually impossible for the Crown to prove regulatory offences and would effec-

tions, [1935] A.C. 462, lorsqu'on exige d'un accusé qu'il prouve la diligence selon la prépondérance des probabilités:

a Le vicomte Sankey, lord chancelier, a rappelé la force de la présomption d'innocence en droit criminel et a ensuite fait cette déclaration universellement acceptée dans ce pays: il n'incombe pas à un prisonnier de prouver son innocence, il lui suffit de soulever un doute b quant à sa culpabilité. À mon avis, cet arrêt ne signifie rien de plus. Il y a lieu de noter qu'il porte sur des infractions criminelles au sens propre du mot; il ne traite pas d'infractions contre le bien-être public. Ironiquement, l'arrêt *Woolmington* qui formule un principe favorable à l'accusé, est utilisé pour justifier le rejet d'une c défense fondée sur la diligence raisonnable en matière d'infractions contre le bien-être public et l'application de la responsabilité absolue qui ne permet aucune défense à l'accusé. Selon moi, rien dans l'arrêt *Woolmington* ne s'oppose à la réception, en matière d'infractions réglementaires, d'une défense fondée sur la diligence raisonnable que l'accusé aura à prouver pour établir sa défense selon la prépondérance des probabilités. [Je souligne.]

e Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, le juge Dickson a examiné attentivement les principes fondamentaux de la responsabilité pénale, notamment la présomption d'innocence, et il a soupesé ceux-ci et les objectifs f publics que l'on cherche à atteindre grâce aux mesures réglementaires. Il a statué que la responsabilité stricte constituait un compromis adéquat entre les intérêts contradictoires en cause. Cette conclusion n'est pas moins valide aujourd'hui. La *Charte* n'a pas g été adoptée en l'absence de tout contexte. La présomption d'innocence qu'elle garantit existait depuis longtemps et elle était bien établie en common law. La défense de diligence raisonnable, qui a été recon- h nue dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* et qui fait l'objet de la présente contestation, était elle-même fonction de la présomption d'innocence.

i Les motifs de l'attribution d'une teneur différente à la présomption d'innocence dans le contexte réglementaire sont convaincants et impérieux. Comme dans le cas de la *mens rea*, pour que les mécanismes réglementaires soient efficaces, on ne peut exiger du ministère public qu'il prouve hors de tout doute raisonnable qu'il n'y a pas eu diligence raisonnable. Une telle exigence rendrait pratiquement impossible

tively prevent governments from seeking to implement public policy through regulatory means.

It has been suggested that requiring the Crown to prove negligence beyond a reasonable doubt, either as part of its case or after the accused adduces some evidence raising a reasonable doubt as to due diligence, would represent an acceptable compromise: it would, it is said, lessen the burden on the accused while still allowing for the effective pursuit of the regulatory objective. I cannot accept this contention. While such an approach would undoubtedly be beneficial to the accused, it would effectively eviscerate the regulatory power of government by rendering the enforcement of regulatory offences impossible in practical terms. Under this approach, the Crown would be forced to prove lack of reasonable care where the accused raises a reasonable doubt as to the possibility of due diligence.

It is difficult to conceive of a situation in which a regulated accused would not be able to adduce some evidence giving rise to the possibility that due diligence was exercised. For instance, an environmental polluter would often be able to point to some measures it had adopted in order to prevent the type of harm which ultimately resulted. This might raise a reasonable doubt that it had acted with due diligence no matter how inadequate those measures were for the control of a dangerous situation. Similarly, a wholly inadequate effort to ensure that an advertisement was true might nevertheless succeed in raising a reasonable doubt as to due diligence.

To impose such a limited onus is inappropriate and insufficient in the regulatory context. Criminal offences have always required proof of guilt beyond a reasonable doubt; the accused cannot, therefore, be convicted where there is a reasonable doubt as to guilt. This is not so with regulatory offences, where a conviction will lie if the accused has failed to meet the standard of care required. Thus, the question is not whether the accused has exercised some care, but

pour le ministère public de prouver les infractions réglementaires et empêcherait effectivement les gouvernements de chercher à mettre en œuvre leurs politiques d'intérêt public en ayant recours à des mesures réglementaires.

On a laissé entendre qu'exiger du ministère public qu'il prouve la négligence hors de tout doute raisonnable, que ce soit dans le cadre de sa preuve ou après que l'accusé a produit des éléments de preuve soulevant un doute raisonnable quant à la diligence raisonnable, constituerait un compromis acceptable: cela allégerait la charge de l'accusé tout en permettant encore de poursuivre l'objectif visé par la réglementation. Je ne peux accepter cette prétention. Alors qu'une telle méthode serait indubitablement avantageuse pour l'accusé, elle émasculerait le pouvoir réglementaire du gouvernement en rendant les poursuites à toutes fins pratiques impossibles dans le cas d'infractions réglementaires. Suivant cette méthode, le ministère public serait contraint de prouver le manque de diligence raisonnable lorsque l'accusé soulève un doute raisonnable quant à la possibilité qu'il ait été diligent.

Il est difficile d'imaginer un cas où un accusé assujéti à la réglementation ne pourrait produire aucune preuve permettant de penser qu'il a été diligent. Par exemple, le pollueur de l'environnement pourra souvent signaler certaines mesures qu'il avait prises afin de prévenir le genre de préjudice qui s'est finalement produit. Cela pourrait susciter un doute raisonnable à l'égard du fait qu'il a agi avec diligence raisonnable, peu importe l'insuffisance des mesures prises pour maîtriser une situation dangereuse. De même, un effort tout à fait inadéquat pour faire en sorte que le contenu d'une annonce ne soit pas mensonger pourrait néanmoins réussir à susciter un doute raisonnable quant à la diligence.

Il est inopportun et insuffisant d'imposer une charge aussi restreinte dans le contexte réglementaire. Dans le cas des infractions criminelles, il est toujours nécessaire de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable; l'accusé ne peut donc être déclaré coupable lorsqu'il existe un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Ce n'est pas la même chose pour les infractions réglementaires, l'accusé pouvant être déclaré coupable s'il n'a pas respecté la norme de

whether the degree of care exercised was sufficient to meet the standard imposed. If the false advertiser, the corporate polluter and the manufacturer of noxious goods are to be effectively controlled, it is necessary to require them to show on a balance of probabilities that they took reasonable precautions to avoid the harm which actually resulted. In the regulatory context, there is nothing unfair about imposing that onus; indeed, it is essential for the protection of our vulnerable society.

It must not be forgotten that the virtual impossibility of proving regulatory offences beyond a reasonable doubt was central to this Court's decision in *Sault Ste. Marie*. This consideration led the Court to conclude that the imposition of strict liability with a defence of due diligence available to the accused was both necessary and appropriate. Dickson J. stated at p. 1325:

The correct approach, in my opinion, is to relieve the Crown of the burden of proving *mens rea*, having regard to *Pierce Fisheries* and to the virtual impossibility in most regulatory cases of proving wrongful intention. In a normal case, the accused alone will have knowledge of what he has done to avoid the breach and it is not improper to expect him to come forward with the evidence of due diligence. This is particularly so when it is alleged, for example, that pollution was caused by the activities of a large and complex corporation. . . .

In this doctrine it is not up to the prosecution to prove negligence. Instead, it is open to the defendant to prove that all due care has been taken. This burden falls upon the defendant as he is the only one who will generally have the means of proof. This would not seem unfair as the alternative is absolute liability which denies an accused any defence whatsoever. While the prosecution must prove beyond a reasonable doubt that the defendant committed the prohibited act, the defendant must only establish on the balance of probabilities that he has a defence of reasonable care. [Emphasis added.]

diligence requise. Il ne s'agit donc pas de savoir si l'accusé a fait preuve d'une certaine diligence, mais plutôt si le degré de diligence dont il a fait preuve était suffisant pour respecter la norme imposée. Pour lutter efficacement contre les auteurs d'annonces trompeuses, les sociétés qui polluent l'environnement et les fabricants de marchandises nuisibles, il faut exiger qu'ils prouvent selon la prépondérance des probabilités qu'ils ont pris des précautions raisonnables pour prévenir le préjudice qui s'est en fait produit. Dans le contexte réglementaire, l'imposition d'une telle charge n'a rien d'inéquitable; en fait, c'est essentiel pour assurer la protection de notre société vulnérable.

Il ne faut pas oublier que l'impossibilité presque totale de prouver une infraction réglementaire hors de tout doute raisonnable était un élément central de notre arrêt *Sault Ste-Marie*. En effet, cet élément a amené la Cour à conclure qu'il était à la fois nécessaire et approprié d'imputer une responsabilité stricte à l'accusé tout en lui laissant la possibilité d'opposer une défense fondée sur la diligence raisonnable. Le juge Dickson a dit, à la p. 1325:

À mon avis, l'approche correcte serait de relever le ministère public de la charge de prouver la *mens rea*, compte tenu de l'arrêt *Pierce Fisheries* et de l'impossibilité virtuelle dans la plupart des cas d'infractions réglementaires de prouver l'intention coupable. Normalement, seul l'accusé sait ce qu'il a fait pour empêcher l'infraction et l'on peut à bon droit s'attendre à ce qu'il rapporte la preuve de la diligence raisonnable. Ceci est particulièrement vrai quand on allègue, par exemple, que la pollution a été causée par les activités d'une compagnie importante et complexe . . .

Selon cette thèse, il n'incombe pas à la poursuite de prouver la négligence. Par contre, il est loisible au défendeur de prouver qu'il a pris toutes les précautions nécessaires. Cela incombe au défendeur, car généralement lui seul aura les moyens de preuve. Ceci ne semble pas injuste, vu que l'alternative est la responsabilité absolue qui refuse à l'accusé toute défense. Alors que la poursuite doit prouver au-delà de tout doute raisonnable que le défendeur a commis l'acte prohibé, le défendeur doit seulement établir, selon la prépondérance des probabilités, la défense de diligence raisonnable. [Je souligne.]

This rationale is no less compelling today. Quite simply, the enforcement of regulatory offences would be rendered virtually impossible if the Crown were required to prove negligence beyond a reasonable doubt. The means of proof of reasonable care will be peculiarly within the knowledge and ability of the regulated accused. Only the accused will be in a position to bring forward evidence relevant to the question of due diligence.

Nor can I accept the contention that there is little practical difference between requiring the accused to prove due diligence on a balance of probabilities and requiring only that the accused raise a reasonable doubt as to the exercise of due diligence. Professor Webb, in his article, *supra*, deals with this argument in the following terms, at p. 467:

Some might argue that in practice there is no workable distinction between an offence which requires the accused to prove due diligence on the balance of probabilities to avoid conviction, and one that permits the accused to raise a reasonable doubt as to the existence of due diligence. Trial judges will find a way to convict those whom they feel are guilty of negligence, the argument would go, and they will acquit those whom they feel have exercised due diligence, regardless of burdens of proof. This type of reasoning certainly contradicts the statement of the trial Judge in *Whyte* [*supra*], who contended that in the absence of a balance of probability presumption, he would have found reasonable doubt as to whether the accused had "care and control" of a motor vehicle.

Webb then goes on, at p. 467, to identify the deleterious effects on prosecution of regulatory offences which would result from requiring the Crown to prove negligence:

The "there is no difference in practice anyway" argument also fails to recognize the different quantity and quality of evidence which administrators would be forced to provide to prosecutors in preparation for a case. If an evidential rather than a persuasive burden is adopted, merely raising a reasonable doubt as to the existence of due diligence would then shift the burden of proof to the prosecutors to *prove negligence*. Prior to

Ce raisonnement n'est pas moins convaincant aujourd'hui. Plus simplement, il deviendrait pratiquement impossible d'obtenir l'application des infractions réglementaires si le ministère public était tenu de prouver la négligence hors de tout doute raisonnable. C'est l'accusé assujéti à la réglementation qui connaît les moyens de prouver la diligence raisonnable et qui peut les utiliser. Seul l'accusé est en position de fournir des éléments de preuve pertinents relativement à la question de la diligence raisonnable.

Je ne peux pas non plus accepter la prétention selon laquelle il n'y a à peu près pas de différence entre le fait d'exiger que l'accusé prouve la diligence raisonnable selon la prépondérance des probabilités et celui d'exiger seulement qu'il soulève un doute raisonnable quant au fait qu'il s'est montré diligent. Dans son article, précité, le professeur Webb traite de cet argument dans les termes suivants, à la p. 467:

[TRADUCTION] D'aucuns pourraient prétendre qu'en pratique, il n'existe aucune distinction utile entre une infraction qui exige que l'accusé prouve qu'il a fait preuve de diligence raisonnable selon la prépondérance des probabilités s'il veut éviter d'être déclaré coupable, et celle qui permet à l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à l'exercice de la diligence. Les juges des procès trouveront une manière de condamner ceux qu'ils estiment coupables de négligence, et ils acquitteront ceux qui, d'après eux, ont fait preuve de diligence raisonnable, peu importe la charge de la preuve. Ce genre de raisonnement contredit sans aucun doute la déclaration du juge du procès dans l'arrêt *Whyte* [précité] qui a soutenu qu'en l'absence d'une présomption à l'égard de la prépondérance des probabilités, il aurait conclu à l'existence d'un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusé avait la «garde ou le contrôle» d'un véhicule à moteur.

Webb a ensuite précisé, à la p. 467, les effets néfastes qu'aurait sur la poursuite des infractions réglementaires l'obligation pour le ministère public de prouver la négligence:

[TRADUCTION] L'argument suivant lequel «il n'y a de toute manière aucune différence pratique» ne reconnaît pas non plus la différence tant quantitative que qualitative des éléments de preuve que les administrateurs seraient forcés de fournir aux poursuivants pour préparer un cas. Si on décide d'imposer une charge de présentation plutôt que de persuasion, le simple fait de soulever un doute raisonnable quant à la diligence entraînerait

any case reaching the prosecution stage, administrators would be under an obligation to collect all the evidence necessary to prove negligence. In effect, prosecutors would be more likely to turn down a request from administrators for a prosecution unless proof of negligence could be established. Given the difficulty in accumulating such information, it is not unlikely that there would be a chilling effect on use of the prosecution mechanism. Once it became noticeable that less cases were reaching the courts, it is possible that regulatees would receive the signal that, in most circumstances, the offence of negligence was not enforceable. [Emphasis in original.]

I agree with these conclusions of Professor Webb. To reduce the onus on the accused would, from a practical point of view, raise insurmountable barriers for the Crown seeking to enforce a regulatory scheme.

In these circumstances, it cannot be contended that requiring the prosecution to prove negligence beyond a reasonable doubt would still allow for the effective achievement of regulatory objectives. To the contrary, its effect would be, in practical terms, to render the regulatory power of governments ineffectual.

Nor can it be argued that other solutions would be satisfactory; there is simply no other practical solution. Both with respect to the consumption of government resources and the intrusiveness of regulatory measures, the consequences of a finding that the due diligence defence violates s. 11(d) of the *Charter* would be extremely severe. Governments would be forced to devote tremendous expenditure, in terms of monetary and human resources, to regulatory enforcement mechanisms. Armies of investigators and experts would be required in order to garner sufficient evidence to establish negligence or disprove due diligence beyond a reasonable doubt.

Further, a marked expansion in enforcement mechanisms by definition implies an escalation in the intrusiveness of regulatory measures. The greater the

l'obligation pour la poursuite de *prouver la négligence*. Avant même qu'une affaire n'atteigne le stade de la poursuite, les administrateurs seront tenus de recueillir tous les éléments nécessaires pour prouver la négligence. En effet, les poursuivants seront davantage susceptibles de rejeter une demande de poursuite présentée par des administrateurs à moins qu'il ne soit possible de prouver la négligence. Compte tenu de la difficulté que pose la cueillette de ces renseignements, il n'est pas improbable que cela ait pour effet de décourager les poursuites. Lorsqu'il sera évident que moins d'affaires se rendent devant les tribunaux, il est possible que les personnes assujetties à la réglementation considèrent que cela signifie que, dans la plupart des cas, l'infraction de négligence n'est pas exécutoire. [En italique dans l'original.]

Je souscris aux conclusions du professeur Webb. L'allègement de la charge incombant à l'accusé créerait, d'un point de vue pratique, des obstacles insurmontables pour le ministère public dans sa tentative de faire appliquer des dispositions réglementaires.

Dans ces circonstances, on ne peut prétendre qu'il serait encore possible d'atteindre efficacement l'objectif de la réglementation en exigeant que la poursuite prouve la négligence hors de tout doute raisonnable. Au contraire, cela aurait pour effet, d'un point de vue pratique, de rendre inefficace le pouvoir de réglementation des gouvernements.

On ne peut pas non plus prétendre que d'autres solutions seraient satisfaisantes, car il n'existe tout simplement pas d'autres solutions pratiques. En ce qui concerne tant l'utilisation des ressources gouvernementales que le caractère envahissant des mesures réglementaires, conclure que la défense de diligence raisonnable viole l'al. 11d) de la *Charte* aurait des conséquences extrêmement graves. Les gouvernements seraient contraints de consacrer des ressources considérables, tant financières qu'humaines, aux mécanismes de mise en œuvre des dispositions réglementaires. Une armée d'enquêteurs et d'experts serait nécessaire pour recueillir une preuve permettant d'établir la négligence ou de prouver l'absence de diligence hors de tout doute raisonnable.

En outre, un accroissement marqué des dispositifs de mise en œuvre de la réglementation entraîne par définition une intensification du caractère envahis-

burden of proof on the Crown, the greater the likelihood that those charged with the enforcement of regulatory measures would have to resort to legislation authorizing search and surveillance in order to gather sufficient evidence to discharge that onus.

As with the s. 7 challenge, licensing considerations support the conclusion that strict liability does not violate s. 11(d) of the *Charter*. The licensing argument attributes to the regulated actor knowledge and acceptance, not only of the standard of reasonable care itself, but also of the responsibility to establish on a balance of probabilities the exercise of reasonable care. Acceptance of this burden is an implied term and a pre-condition of being allowed to engage in activity falling within the regulated sphere. Regulated actors are taken to understand that, should they be unable to discharge this burden, an inference of negligence will be drawn from the fact that the proscribed result has occurred.

I wish to emphasize, however, that the difference in the scope and meaning of s. 11(d) in the regulatory context does not imply that the presumption of innocence is meaningless for a regulated accused. The Crown must still prove the *actus reus* of regulatory offences beyond a reasonable doubt. Thus, the Crown must prove that the accused polluted the river, sold adulterated food, or published a false advertisement. However, once having established this beyond a reasonable doubt, the Crown is presumptively relieved of having to prove anything further. Fault is presumed from the bringing about of the proscribed result, and the onus shifts to the defendant to establish reasonable care on a balance of probabilities.

For these reasons, I conclude that the presumption of innocence as guaranteed in s. 11(d) of the *Charter* is not violated by strict liability offences as defined in

sant des mesures réglementaires. À mesure que s'alourdit la charge de la preuve imposée au ministère public, les probabilités augmentent que les personnes chargées de l'exécution de mesures réglementaires se servent des lois autorisant les fouilles, les perquisitions et la surveillance afin de rassembler suffisamment d'éléments de preuve pour s'acquitter de cette tâche.

Comme c'est le cas pour la contestation fondée sur l'art. 7, les considérations relatives à l'acceptation des conditions permettent de conclure que la responsabilité stricte ne viole pas l'al. 11d) de la *Charte*. Suivant la thèse fondée sur l'acceptation des conditions, la personne assujettie à la réglementation connaît et accepte non seulement le critère de diligence raisonnable mais également la responsabilité d'établir selon la prépondérance des probabilités qu'elle a fait preuve de diligence. L'acceptation de cette charge constitue une condition implicite et préalable pour que la personne soit autorisée à exercer une activité faisant partie du domaine réglementé. On présume que ceux qui sont assujettis à la réglementation comprennent qu'advenant le cas où ils seraient incapables de s'acquitter de cette charge, on conclura à leur négligence du fait que le résultat proscriit s'est produit.

J'aimerais toutefois signaler que la différence quant à la portée et à la signification de l'al. 11d) dans le contexte réglementaire ne signifie pas que la présomption d'innocence est dénuée de sens pour un accusé assujetti à la réglementation. Le ministère public doit encore prouver hors de tout doute raisonnable l'*actus reus* des infractions réglementaires. C'est ainsi qu'il doit prouver que l'accusé a pollué la rivière, qu'il a vendu des aliments falsifiés ou qu'il a publié une annonce trompeuse. Cependant, une fois qu'il a établi ces faits hors de tout doute raisonnable, le ministère public est, par présomption, libéré de l'obligation de prouver quoi que ce soit d'autre. La faute est présumée à compter du moment où se produit le résultat proscriit et il incombe alors au défendeur d'établir selon la prépondérance des probabilités qu'il a fait preuve de diligence.

Pour ces motifs, je conclus que les infractions de responsabilité stricte définies dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* ne violent pas la présomption d'innocence

*Sault Ste. Marie*. The imposition of a reverse persuasive onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities does not run counter to the presumption of innocence, notwithstanding the fact that the same reversal of onus would violate s. 11(d) <sup>a</sup> in the criminal context.

### C. *The Imprisonment Concern*

Much has been made in this appeal of the potential use of imprisonment as a sanction for breach of strict liability offences. The Chief Justice considers the use of imprisonment to be determinative of the *Charter* <sup>c</sup> analysis. With respect, I am unable to agree. The availability of imprisonment in no way alters my conclusion that strict liability does not violate either ss. 7 or 11(d) of the *Charter*.

The *Charter* does not guarantee an absolute right to liberty; rather, it guarantees the right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. Thus, while the availability of imprisonment undoubtedly triggers *Charter* review, it does not resolve the ultimate question. What must be determined is whether, in a given case, the possibility of a sentence of imprisonment <sup>f</sup> comports with the principles of fundamental justice. It is whether the principles of fundamental justice have been violated, not the availability of imprisonment, which is the determinative consideration. <sup>g</sup>

In this regard, it is essential to recognize that the principles of fundamental justice are not static in meaning or application. As La Forest J. stated for the Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361: <sup>h</sup>

It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another. <sup>j</sup>

garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. L'inversion de la charge de persuasion obligeant l'accusé à prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il a fait preuve de diligence ne va pas à l'encontre de la présomption d'innocence, bien que cette même inversion de la charge violerait l'al. 11d) dans le contexte criminel.

### C. *La question de l'emprisonnement*

<sup>b</sup>

On a attaché beaucoup d'importance dans le présent pourvoi à la possibilité d'infliger des peines d'emprisonnement en cas d'infractions de responsabilité stricte. Le Juge en chef considère que la possibilité de l'emprisonnement est décisive pour l'analyse fondée sur la *Charte*. Avec égards, je suis incapable de souscrire à ce point de vue. L'existence d'une peine d'emprisonnement ne change en rien ma <sup>d</sup> conclusion que la responsabilité stricte ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*.

La *Charte* ne garantit pas un droit absolu à la liberté; elle garantit plutôt qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Ainsi, bien que la possibilité d'une peine d'emprisonnement déclenche indubitablement un examen fondé sur la *Charte*, elle ne tranche pas la question essentielle. En effet, il faut déterminer si, dans un cas particulier, la possibilité d'infliger une peine d'emprisonnement est compatible avec les principes de justice fondamentale. La considération déterminante n'est pas l'existence <sup>g</sup> d'une peine d'emprisonnement mais plutôt la question de savoir si les principes de justice fondamentale ont été violés.

À cet égard, il est essentiel de reconnaître que la signification et les conditions d'application des principes de justice fondamentale ne sont pas irrémédiablement fixées. Comme le juge La Forest l'a dit pour la Cour dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, <sup>i</sup> à la p. 361:

Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.



There is quite properly a difference or variation between what the principles of fundamental justice require in regard to true crimes and what they require in the regulatory context.

The ultimate question is whether the imposition of imprisonment on the basis of strict liability comports with the principles of fundamental justice. For the reasons set out earlier concerning the underlying rationale of regulatory offences, I am of the opinion that it does.

Regulatory schemes can only be effective if they provide for significant penalties in the event of their breach. Indeed, although it may be rare that imprisonment is sought, it must be available as a sanction if there is to be effective enforcement of the regulatory measure. Nor is the imposition of imprisonment unreasonable in light of the danger that can accrue to the public from breaches of regulatory statutes. The spectre of tragedy evoked by such names as Thalidomide, Bhopal, Chernobyl and the *Exxon Valdez* can leave no doubt as to the potential human and environmental devastation which can result from the violation of regulatory measures. Strong sanctions including imprisonment are vital to the prevention of similar catastrophes. The potential for serious harm flowing from the breach of regulatory measures is too great for it to be said that imprisonment can never be imposed as a sanction.

I would only add that, in those circumstances where the imposition of imprisonment would be grossly disproportionate to the offence committed, the accused person would have a compelling claim under s. 12 of the *Charter*. However, the fact that it is possible to imagine instances where the use of imprisonment would be inappropriate should not be used to justify the conclusion that imprisonment can never be imposed in respect of strict liability offences. Imprisonment must be available to governments as a sanction if the power to regulate is to be effective.

Il est tout à fait approprié qu'il y ait une différence entre les exigences des principes de justice fondamentale à l'égard des crimes proprement dits et leurs exigences dans le contexte réglementaire.

La question essentielle est de savoir si l'on respecte les principes de justice fondamentale en prévoyant une peine d'emprisonnement dans les cas de responsabilité stricte. Pour les motifs que j'ai déjà énoncés en ce qui concerne la raison d'être des infractions réglementaires, j'estime que tel est le cas.

Les régimes réglementaires ne peuvent être efficaces que s'ils prévoient des peines sévères en cas d'infraction. En fait, même s'il est rare que l'on demande l'emprisonnement, celui-ci doit constituer une sanction possible si l'on veut assurer l'application efficace des mesures réglementaires. Il n'est pas non plus abusif d'infliger une peine d'emprisonnement compte tenu du danger que les violations des lois de nature réglementaire peuvent représenter pour le public. Le spectre de tragédies qu'évoquent des noms tels thalidomide, Bhopal, Tchernobyl et *Exxon Valdez* ne laisse aucun doute quant aux dégâts que peut causer pour l'être humain et pour l'environnement la violation de mesures réglementaires. Des peines sévères, notamment l'emprisonnement, sont essentielles pour éviter que des catastrophes similaires ne se reproduisent. Les risques de préjudice grave découlant de la violation des mesures réglementaires sont trop grands pour que l'on puisse affirmer que l'emprisonnement ne peut jamais être utilisé comme sanction.

Je voudrais simplement ajouter que, dans les cas où l'emprisonnement constituerait une peine exagérément disproportionnée par rapport à l'infraction commise, l'inculpé pourrait invoquer l'art. 12 de la *Charte*. Néanmoins, on ne devrait jamais se servir de l'argument qu'il peut exister des cas où il serait inapproprié de recourir à l'emprisonnement pour conclure qu'il ne faut jamais infliger une peine d'emprisonnement en cas d'infractions de responsabilité stricte. En effet, les gouvernements doivent pouvoir recourir à l'emprisonnement pour que leur pouvoir de réglementation soit efficace.

#### D. *The American Position*

The conclusion that strict liability does not violate either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter* is supported by the American approach to regulatory offences. Generally speaking, American courts have not recognized an intermediate category of strict liability. Rather, the U.S. Supreme Court has held that, where the person charged is aware of the regulated nature of the impugned conduct, it is constitutionally permissible to enact absolute liability offences, even where imprisonment is available as a penalty: see, for example, *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922); *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943); *Morissette v. United States*, *supra*; *Lambert v. California*, *supra*. Furthermore, even in the case of serious criminal offences, it has been held that placing a persuasive burden on the accused to establish a defence does not violate the presumption of innocence: see *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977); *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987). The constitutional validity of regulatory legislation which imposes strict liability would, under the American approach, seem to be beyond question.

It must always be remembered that there are important differences between our *Charter* and the Constitution of the United States. There are also important historical and other differences between Canadian and American society. Decisions of the highest American courts should not and must not be slavishly followed in Canada. Nonetheless, we can often benefit from the American experience and learning.

In this case, the American experience supports a finding that strict liability is constitutionally permissible. Indeed, it is telling that several American commentators who have decried the imposition of absolute liability have argued in favour of a middle ground position very similar to strict liability as that term is defined in *Sault Ste. Marie*: see LaFave and Scott, *Substantive Criminal Law*; Packer, "Mens Rea and the Supreme Court" (1962), *Sup. Ct. Rev.* 107; Saltzman, "Strict Criminal Liability and the United

#### D. *La position des tribunaux américains*

La conception qu'ont les tribunaux américains des infractions réglementaires corrobore la conclusion selon laquelle la responsabilité stricte ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. En règle générale, les tribunaux américains n'ont pas reconnu l'existence d'une catégorie intermédiaire de responsabilité stricte. Au contraire, la Cour suprême des États-Unis a statué que, lorsque l'inculpé connaît le caractère réglementé de la conduite reprochée, la Constitution permet de prévoir des infractions de responsabilité absolue même si la peine infligée peut être l'emprisonnement: voir, par exemple, *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922); *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943); *Morissette v. United States*, précité; *Lambert v. California*, précité. En outre, il a été jugé que, même dans le cas d'infractions criminelles graves, il n'y a pas violation de la présomption d'innocence lorsque l'accusé doit s'acquiescer de la charge de persuasion à l'égard d'un moyen de défense: voir *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977); *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987). Il semblerait que la constitutionnalité d'une loi de nature réglementaire qui prévoit une responsabilité stricte soit incontestable suivant le point de vue des tribunaux américains.

Il ne faut jamais oublier qu'il existe des différences considérables entre notre *Charte* et la Constitution des États-Unis. Il y a également d'importantes différences historiques et autres entre les sociétés canadienne et américaine. Les décisions des plus hauts tribunaux américains ne doivent pas être servilement suivies au Canada. Néanmoins, nous pouvons souvent tirer profit de l'expérience américaine.

En l'espèce, cette expérience permet de conclure que la responsabilité stricte est acceptable du point de vue constitutionnel. En fait, il est révélateur que plusieurs commentateurs américains qui ont décrié l'imputation d'une responsabilité absolue ont argumenté en faveur d'un moyen terme ressemblant beaucoup à la responsabilité stricte telle que cette expression est définie dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*: voir LaFave et Scott, *Substantive Criminal Law*; Packer, «Mens Rea and the Supreme Court» (1962), *Sup. Ct. Rev.* 107;

States Constitution: Substantive Criminal Law Due Process" (1978), 24 *Wayne L. Rev.* 1571.

E. *Section 1*

In light of my conclusion regarding the appellant's ss. 7 and 11(d) claims, there is no need to proceed to s. 1. However, had it been necessary to consider the matter, the same reasons I have set forth in finding that neither s. 7 nor s. 11(d) are necessarily infringed by strict liability offences would have led me to conclude that strict liability offences can be justified under s. 1 of the *Charter*.

V

Application to s. 36(1)(a) and s. 37.3(2)

Section 36(1)(a) of the Act creates the offence of false or misleading advertising. Section 37.3(2) provides a statutory defence to that charge. The defence will only lie where all four conditions set out in paras. (a) through (d) are met. While paras. (a) and (b) in essence describe the common law defence of due diligence, paras. (c) and (d) create additional conditions which must be met before the defence will lie.

*The Validity of Paras. (c) and (d) of s. 37.3(2)*

Paragraph (c) of s. 37.3(2) requires an accused who has made a misleading representation to take positive steps to bring the error to the attention of those to be likely affected by it. Paragraph (d) requires this to be done promptly. The effect of these provisions is to impose an obligation on the accused to make a prompt retraction as a precondition to relying on the defence of due diligence.

The Court of Appeal unanimously held that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) may in some circumstances require conviction where there is no fault on the part of the accused. I agree with this conclusion. Even where an accused can establish the absence of negligence in the making of misleading representations, paras. (c) and (d) nonetheless require conviction.

Saltzman, «Strict Criminal Liability and the United States Constitution: Substantive Criminal Law Due Process» (1978), 24 *Wayne L. Rev.* 1571.

a E. *L'article premier*

Vu ma conclusion relative aux arguments de l'appelante fondés sur l'art. 7 et l'al. 11d), point n'est besoin de procéder à une analyse portant sur l'article premier. Si toutefois il s'était avéré nécessaire d'aborder la question, j'aurais conclu, pour les motifs qui m'ont amené à décider que les infractions de responsabilité stricte ne violent pas nécessairement l'art. 7 ou l'art. 11d), que ces mêmes infractions peuvent se justifier aux fins de l'article premier de la *Charte*.

V

d L'application à l'al. 36(1)a) et au par. 37.3(2)

L'alinéa 36(1)a) de la Loi crée l'infraction de publicité fausse ou trompeuse. Le paragraphe 37.3(2) prévoit un moyen de défense opposable à cette accusation. Ce moyen de défense n'est opposable que lorsque les quatre conditions énoncées aux al. a) à d) sont remplies. Alors que les al. a) et b) décrivent essentiellement la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law, les al. c) et d) prévoient des conditions supplémentaires qui doivent être remplies pour que le moyen de défense soit opposable.

*La validité des al. c) et d) du par. 37.3(2)*

L'alinéa c) du par. 37.3(2) exige qu'un accusé qui a donné des indications trompeuses prenne des mesures pour porter l'erreur à l'attention des personnes susceptibles d'être concernées par celles-ci. L'alinéa d) exige que ces mesures soient prises promptement. Ces dispositions ont pour effet d'obliger l'accusé à présenter sans délai une rétractation s'il veut invoquer la défense de diligence raisonnable.

La Cour d'appel a jugé à l'unanimité que les exigences des al. c) et d) du par. 37.3(2) peuvent, dans certaines circonstances, entraîner une déclaration de culpabilité lorsque l'accusé n'a commis aucune faute. Je suis d'accord avec cette conclusion. Même lorsque l'accusé peut prouver qu'il n'a pas commis de négligence en donnant des indications trompeuses, les

tion if the accused has failed to make a prompt correction or retraction. In these circumstances, the accused would be deprived of the defence of due diligence and the offence would be tantamount to absolute liability, since liability could be imposed in the absence of fault on the part of the accused.

Such a result clearly violates s. 7 of the *Charter*. As Lamer J. stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 492:

A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a penalty, such a law then violates a person's right to liberty under s. 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

Nor do I think that paras. (c) and (d) can be justified under s. 1 of the *Charter*. The Crown has filed little evidence to support its position that paras. (c) and (d) can be saved by s. 1. Perhaps this is itself a sufficient basis for finding that those paragraphs are not justifiable.

There are, however, additional grounds for reaching this conclusion. Assuming that there is a rational connection between the requirement of corrective advertising and the legislative objective of seeking to prevent the harm resulting from misleading representations, it cannot be said that the impugned provisions constitute a minimal impairment of the rights of the accused. Further, the availability of imprisonment as a sanction far outweighs the importance of the regulatory objective in correcting false advertising after the fact. In short, there is no proportionality between means and ends. Paragraphs (c) and (d) cannot then be justified under s. 1 of the *Charter*.

#### *The Validity of Paras. (a) and (b)*

These paragraphs in essence put forward the common law defence of due diligence. Where imprisonment is available as a penalty for breach of a statute,

al. c) et d) exigent néanmoins qu'il soit déclaré coupable s'il n'a pas fait rapidement une correction ou une rétractation. Dans ces circonstances, l'accusé serait privé de la défense fondée sur la diligence raisonnable et il s'agirait alors d'une infraction de responsabilité absolue étant donné qu'il serait possible d'imputer une responsabilité à l'accusé en l'absence de faute de sa part.

Un tel résultat viole clairement l'art. 7 de la *Charte*. Comme l'a déclaré le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 492:

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d'emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En outre, je ne crois pas que les al. c) et d) puissent être justifiés par l'article premier de la *Charte*. Le ministère public a produit peu d'éléments de preuve pour démontrer, comme il le soutenait, que les al. c) et d) peuvent être sauvegardés par l'article premier. Peut-être cela suffit-il pour conclure que ces alinéas ne sont pas justifiables.

Il existe cependant d'autres motifs d'arriver à une telle conclusion. Si l'on présume qu'il existe un lien rationnel entre l'exigence de faire publier une annonce corrigeant l'erreur et l'objectif de la loi qui consiste à empêcher le préjudice résultant des indications trompeuses, on ne peut pas affirmer que les dispositions contestées représentent une atteinte minimale aux droits de l'accusé. Par ailleurs, l'existence d'une peine d'emprisonnement l'emporte, et de loin, sur l'importance de l'objectif de la réglementation pour corriger la fausse publicité après le fait. En résumé, il n'y a aucune proportionnalité entre les fins et les moyens. Les alinéas c) et d) ne peuvent donc être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*.

#### *La validité des al. a) et b)*

Ces alinéas énoncent essentiellement la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law. Lorsqu'une loi prévoit une peine d'emprisonnement

s. 7 of the *Charter* requires proof of fault before liability can be imposed. I have concluded, however, that the fault requirement is different for regulatory than for criminal offences. In the regulatory context, it is appropriate that fault should be imposed on the basis of negligence. There is therefore no violation of s. 7 resulting from the removal of the *mens rea* requirement in strict liability offences. It follows that paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) do not violate s. 7 of the *Charter*.

It has been noted earlier that the s. 11(d) presumption of innocence has a different scope and meaning in relation to regulatory as opposed to criminal offences. In my view, the imposition in strict liability offences of a reverse persuasive onus on the accused to establish due diligence is proper and permissible and does not constitute a violation of the s. 11(d) presumption of innocence. I therefore conclude that paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) do not violate s. 11(d) of the *Charter*.

## VI

### Conclusion

Strict liability offences, as exemplified in this case by the combination of s. 36(1)(a) and s. 37.3(2)(a) and (b) of the Act, do not violate either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. Neither the absence of a *mens rea* requirement nor the imposition of an onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities offends the *Charter* rights of those accused of regulatory offences.

Regulatory legislation is essential to the functioning of our society and to the protection of the public. It responds to the compelling need to protect the health and safety of the members of our society and to preserve our fragile environment. The imposition of strict liability is both reasonable and essential to the operation of regulatory schemes.

en cas d'infraction, il faut, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, que la preuve soit faite qu'il y a eu faute avant qu'il soit possible d'imputer une responsabilité. J'ai toutefois conclu que l'exigence en matière de faute pour les infractions réglementaires est différente de celle requise pour les infractions criminelles. Dans un contexte réglementaire, il est approprié d'imputer la faute en fonction de la négligence. Le retrait de l'exigence de la *mens rea* dans le cas des infractions de responsabilité stricte n'entraîne donc aucune violation de l'art. 7. Il s'ensuit que les al. a) et b) du par. 37.3(2) ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*.

J'ai déjà signalé que la portée et la signification de la présomption d'innocence prévue par l'al. 11d) varient selon qu'il s'agit d'une infraction réglementaire ou d'une infraction criminelle. À mon avis, il est justifié et permis, en matière d'infractions de responsabilité stricte, d'imposer à l'accusé une charge de persuasion inversée l'obligeant à prouver qu'il a fait preuve de diligence, et cela ne viole pas la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d). Je conclus, par conséquent, que les al. a) et b) du par. 37.3(2) ne violent pas l'al. 11d) de la *Charte*.

## VI

### Conclusion

Les infractions de responsabilité stricte, dont l'effet combiné des al. 36(1)a) et 37.3(2)a) et b) de la Loi constitue un exemple en l'espèce, ne violent ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. Par ailleurs, ni l'absence de l'exigence de la *mens rea* ni l'imposition à l'accusé de la charge de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a été diligent ne contreviennent aux droits garantis par la *Charte* aux personnes accusées d'avoir commis des infractions réglementaires.

Les lois de nature réglementaire sont essentielles pour le fonctionnement de notre société et la protection du public. Elles permettent de donner suite au besoin impérieux de protéger la santé et la sécurité des membres de notre société et de préserver notre fragile environnement. L'imputation d'une responsabilité stricte est à la fois raisonnable et essentielle pour le fonctionnement des régimes de réglementation.

## VII

## VII

Disposition

Since paragraphs (c) and (d) of s. 37.3(2) of the Act violate s. 7 of the *Charter* and cannot be justified under s. 1, they must be struck down and declared to be of no force or effect. What remains in s. 36(1)(a) and s. 37.3(2)(a) and (b) is a strict liability regulatory offence. These provisions are valid and enforceable. In the result I would dismiss the appeal and allow the Crown's appeal to the extent required to reflect this disposition.

The reasons of Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J.—I have had the benefit of the reasons of the Chief Justice Lamer and of Justice Cory. I am in agreement with the conclusions of Lamer C.J. as to the standing of the appellant corporation and with both Lamer C.J. and Cory J. that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that such infringement is not justified under s. 1 thereof. I also share the views of Lamer C.J. that the reverse onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities (via the words "he establishes that" in s. 37.3(2) of the *Competition Act*) infringes s. 11(d) of the *Charter*. However, for many of the reasons given by Cory J. in the context of his s. 11(d) analysis, I arrive at a different conclusion from Lamer C.J. on the question of whether such a restriction is a reasonable and demonstrably justified limit under s. 1 of the *Charter*.

There is no question that the presumption of innocence is a fundamental legal right which plays a very important role in the administration of our criminal law system. The importance of this right is illustrated by its entrenchment in s. 11(d) of the *Charter*. However, as is the case for all rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, it is subject to limitations under

Dispositif

Étant donné que les al. c) et d) du par. 37.3(2) de la Loi violent l'art. 7 de la *Charte* et ne peuvent être justifiés par l'article premier, ils doivent être invalidés et déclarés inopérants. Par ailleurs, les al. 36(1)a) et 37.3(2)a) et b) prévoient une infraction réglementaire de responsabilité stricte et ces dispositions sont valides et exécutoires. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de Wholesale Travel et d'accueillir le pourvoi du ministère public dans la mesure conforme au présent dispositif.

Version française des motifs des juges Gonthier, Stevenson et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge en chef Lamer et du juge Cory. Je suis d'accord avec les conclusions du juge en chef Lamer en ce qui concerne la qualité pour agir de la personne morale appelante et avec le juge en chef Lamer et le juge Cory pour dire que les al. c) et d) du par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette atteinte ne peut pas se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je partage également l'opinion du juge en chef Lamer selon laquelle l'inversion de la charge obligeant l'accusé à prouver sa diligence selon la prépondérance des probabilités (au moyen des mots «elle prouve que» figurant au par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte*. Toutefois, pour bon nombre des motifs exposés par le juge Cory dans le cadre de son analyse fondée sur l'al. 11d), j'arrive à une conclusion différente de celle du juge en chef Lamer sur la question de savoir si une telle restriction constitue une limite qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Il ne fait aucun doute que la présomption d'innocence est un droit fondamental qui joue un rôle très important dans l'administration de notre système de droit pénal. Sa consécration dans l'al. 11d) de la *Charte* en illustre bien l'importance. Cependant, comme pour tous les autres droits et libertés garantis par la *Charte*, il peut être restreint dans certaines

s. 1 of the *Charter*. The procedure to be followed when the state is attempting to justify a limit on a right or freedom under s. 1 of the *Charter* is well established and described in the Chief Justice's reasons. This procedure, which was first set out by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, involves the application of four criteria: (1) the objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom; (2) the means chosen to achieve the objective must be "rationally connected" to the objective and not arbitrary, unfair or based on irrational considerations; (3) the means chosen must impair the right or freedom in question as "little as possible" to accomplish the objective; and (4) the means chosen must be such that their effects on the limitation on rights and freedoms are proportional to the objective.

At the outset, I would like to point out that it is now clear that a rigid or formalistic approach must be avoided when applying the various criteria of the *Oakes* analysis, and that proper consideration must be given to the circumstances and context of a particular case: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 737-38, *per* Dickson C.J. speaking for the majority. In the present case, the special nature of the legislation and offence in question must be kept in mind when applying s. 1 of the *Charter*. In this respect, I agree with Cory J. that what is ultimately involved in this appeal is the ability of federal and provincial governments to pursue social ends through the enactment and enforcement of public welfare legislation. While I abstain from commenting on the dichotomy articulated by Cory J. between "true crimes" and "regulatory offences", I agree with my colleague that the offence of false or misleading advertisement may properly be characterized as a public welfare offence and that the prohibition of such offences is of fundamental importance in Canadian society.

Having said that, I will now apply the *Oakes* analysis to the case at bar. I am in agreement with the conclusions of Lamer C.J. regarding the first two

limites en vertu de l'article premier de la *Charte*. La méthode à suivre lorsque l'État cherche à justifier la restriction imposée à un droit ou à une liberté conformément à l'article premier de la *Charte* est bien établie et décrite dans les motifs du Juge en chef. Cette méthode, que notre Cour a exposée la première fois dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, nécessite l'application de quatre critères: (1) l'objectif que vise la disposition attaquée doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution, (2) les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent avoir un «lien rationnel» avec l'objectif et ne doivent être ni arbitraires, ni inévitables, ni fondés sur des considérations irrationnelles, (3) ces moyens doivent porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question et (4) ils doivent être de telle nature que leurs effets sur la restriction des droits et libertés sont proportionnels à l'objectif.

Je voudrais d'abord signaler qu'il est maintenant évident que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application des divers critères de l'analyse faite dans l'arrêt *Oakes* et qu'il faut tenir compte des circonstances et du contexte d'un cas particulier: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 737 et 738, le juge en chef Dickson au nom de la majorité. En l'espèce, on ne doit pas oublier la nature particulière de la loi et de l'infraction en question au moment d'appliquer l'article premier de la *Charte*. À cet égard, je suis d'accord avec le juge Cory que le présent pourvoi porte en fin de compte sur la capacité des gouvernements fédéral et provinciaux de poursuivre des fins sociales par l'adoption et la mise en application de lois visant à assurer le bien-être public. Bien que je m'abstienne de faire des remarques sur la dichotomie, exprimée clairement par le juge Cory, entre les «crimes proprement dits» et les «infractions réglementaires», je suis d'accord avec mon collègue que l'infraction de publicité fausse ou trompeuse peut être dûment qualifiée d'infraction contre le bien-être public et que l'interdiction des actes prévus dans ce genre d'infractions est d'une importance primordiale dans la société canadienne.

Cela dit, j'appliquerai maintenant à l'espèce l'analyse faite dans l'arrêt *Oakes*. Je souscris aux conclusions que tire le juge en chef Lamer relativement aux

requirements of the *Oakes* analysis. With respect to the first requirement, I concur that the specific objective of placing a persuasive burden on an accused to prove due diligence is to ensure that all those who are guilty of false or misleading advertising are convicted of these public welfare offences and to avoid the loss of convictions because of evidentiary problems which arise because the relevant facts are particularly in the knowledge of the accused. This legislative objective is of sufficient importance to warrant overriding the right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. It relates to concerns which are “pressing and substantial” in Canadian society; especially when one considers the overall objective of the *Competition Act* which is to promote vigorous and fair competition throughout Canada.

With respect to the second requirement of *Oakes*, I agree that there is a rational connection between the desired objective and the means chosen to attain the objective. Removing the burden on the Crown to prove lack of due diligence beyond a reasonable doubt and instead requiring the accused to establish due diligence on a balance of probabilities is without a doubt a rational and logical way of attaining the legislative objective.

However, it is with respect to the third requirement of the *Oakes* analysis, that I respectfully disagree with the conclusions of Lamer C.J. This step requires a consideration of whether the means chosen impair the right or freedom in question no more than is necessary to accomplish the desired objective. Lamer C.J. is of the opinion that the use of a persuasive burden in s. 37.3(2) of the *Competition Act* cannot pass this third step of the *Oakes* analysis because of the presence of an alternative means open to Parliament that would be less intrusive on s. 11(d) of the *Charter* and would “go a long way” in achieving the objective. The alternative in question is the use of a “mandatory presumption of negligence” (following from the proof of the *actus reus*) which could be rebutted by something less than an accused’s establishing due diligence on a balance of probabilities, i.e., by raising a reasonable doubt as to due diligence.

deux premières exigences de cette analyse. En ce qui concerne la première, je suis d’accord que l’objectif précis de l’imposition à l’accusé de l’obligation de s’acquitter de la charge de persuasion pour prouver la diligence est de faire en sorte que toutes les personnes qui font de la publicité fausse ou trompeuse soient reconnues coupables de ces infractions contre le bien-être public et d’éviter qu’ils échappent à une condamnation en raison de problèmes relatifs à la présentation de la preuve qui découlent de ce que l’accusé est seul à connaître les faits pertinents. Cet objectif du législateur est suffisamment important pour justifier la suppression d’un droit garanti par l’al. 11d) de la *Charte*. Il se rapporte à des préoccupations qui sont «urgentes et réelles» dans la société canadienne, tout particulièrement lorsqu’on examine l’objectif global de la *Loi sur la concurrence*, qui est de favoriser la concurrence vigoureuse et loyale partout au Canada.

Quant à la deuxième exigence de l’arrêt *Oakes*, je reconnais qu’il y a un lien rationnel entre l’objectif recherché et le moyen choisi pour l’atteindre. Dégager le ministère public de la charge de prouver l’absence de diligence hors de tout doute raisonnable et exiger à la place que l’accusé prouve la diligence selon la prépondérance des probabilités est sans aucun doute une façon rationnelle et logique d’atteindre l’objectif du législateur.

Toutefois, c’est au sujet de la troisième exigence de l’analyse faite dans l’arrêt *Oakes* que, en toute déférence, je ne suis pas d’accord avec les conclusions du juge en chef Lamer. Cette étape exige que l’on vérifie si les moyens choisis ne portent atteinte au droit ou à la liberté en question que dans la mesure nécessaire pour réaliser l’objectif recherché. Le juge en chef Lamer est d’avis que le recours à la charge de persuasion au par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* ne peut pas satisfaire à cette troisième étape de l’analyse faite dans l’arrêt *Oakes* en raison de la présence d’un autre moyen qu’aurait pu choisir le législateur et qui serait moins attentatoire à l’al. 11d) de la *Charte* et réaliserait «en grande partie» l’objectif. L’autre moyen en question est le recours à une «présomption impérative de négligence» (découlant de la preuve de l’*actus reus*) qui pourrait être réfutée par quelque moyen moins rigoureux que la preuve par



With respect, I cannot agree that such a means would achieve the stated objective as effectively nor would it go a long way in achieving it. Such a means would shift to the accused the burden of simply raising a reasonable doubt as to due diligence and would not thereby allow the effective pursuit of the regulatory objective. It would leave the Crown the legal burden of proving facts largely within the peculiar knowledge of the accused.

For the reasons given by Cory J. in the context of his s. 11(d) analysis, such an alternative would in practice make it virtually impossible for the Crown to prove public welfare offences such as the one in question and would effectively prevent governments from seeking to implement public policy through prosecution. It would also not provide effective inducement for those engaged in regulated activity to comply strictly with the regulatory scheme including adopting proper procedures and record keeping and might even have a contrary effect. Though such a result would be clearly advantageous to an accused, it would not be effective in avoiding the loss of convictions because the Crown could not prove facts within the particular knowledge of the accused. In sum, taking into account the particular circumstances described by Cory J. in his reasons, Parliament could not "reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively": *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1341, *per* Lamer C.J. for the majority.

As for the final requirement of the *Oakes* analysis, I would also respectfully disagree with the conclusions of Lamer C.J. As noted by Cory J. in his reasons, regulated activity and public welfare offences are a fundamental part of Canadian society. Those who choose to participate in regulated activities must be taken to have accepted the consequential responsibilities and their penal enforcement. One of these consequences is that they should be held responsible for the harm that may result from their lack of due

l'accusé de la diligence selon la prépondérance des probabilités, c.-à-d. en suscitant un doute raisonnable quant à la diligence. En toute déférence, je ne peux pas être d'accord qu'un tel moyen atteindrait l'objectif mentionné aussi efficacement, ni qu'il le réaliserait en grande partie. Ce moyen rejeterait sur l'accusé la charge de susciter simplement un doute raisonnable quant à la diligence et ne permettrait pas la poursuite efficace de l'objectif fixé par règlement. Cela laisserait au ministère public la charge ultime de prouver des faits que l'accusé est en grande partie seul à connaître.

Pour les motifs exprimés par le juge Cory dans le cadre de son analyse fondée sur l'al. 11d), une telle solution de rechange rendrait pratiquement impossible pour le ministère public de prouver les infractions contre le bien-être public comme l'infraction en question et empêcherait effectivement les gouvernements de chercher à mettre en œuvre des politiques d'intérêt public en ayant recours à des poursuites. Cela n'encouragerait pas non plus ceux qui s'adonnent à une activité réglementée à se conformer strictement au régime réglementaire, notamment en adoptant des méthodes adéquates et en tenant des registres, et pourrait même avoir un effet contraire. Bien qu'une telle issue serait nettement avantageuse pour l'accusé, elle empêcherait le ministère public d'obtenir des condamnations dans certains cas parce qu'il ne peut pas prouver des faits que l'accusé est seul à connaître. En résumé, compte tenu des circonstances particulières décrites par le juge Cory dans ses motifs, le Parlement n'aurait pas «pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d'atteindre de façon aussi efficace l'objectif identifié»: *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1341, le juge en chef Lamer pour la majorité.

Quant à la dernière exigence de l'analyse faite dans l'arrêt *Oakes*, en toute déférence, je ne puis souscrire aux conclusions du juge en chef Lamer. Ainsi que le fait remarquer le juge Cory dans ses motifs, l'activité réglementée et les infractions contre le bien-être public sont des éléments fondamentaux dans la société canadienne. Ceux qui choisissent de participer à des activités réglementées doivent être considérés comme ayant accepté les responsabilités qui en découlent et leur application en droit pénal.

diligence. Unless they can prove on a balance of probabilities that they exercised due diligence, they shall be convicted and in some cases face a possible prison term. These participants are in the best position to prove due diligence since they possess in most cases the required information. Viewed in this context, and taking into account the fundamental importance of the legislative objective as stated and the fact that the means chosen impair the right guaranteed by s. 11(d) as little as is reasonably possible, the effects of the reverse onus on the presumption of innocence are proportional to the objective.

Having found that the reverse onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities (via the words "he establishes that" in s. 37.3(2) of the *Competition Act*) satisfies all four requirements of the *Oakes* analysis, I conclude that such an onus is saved under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit in a free and democratic society. Accordingly, I would dispose of the appeals in the manner suggested by Cory J.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with the conclusions of Chief Justice Lamer. The modified due diligence defence embodied in s. 37.3(2)(c) and (d) of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, permits conviction in the absence of even the minimum fault of negligence and thus infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The requirement in s. 37.3(2) that the accused establish due diligence on a balance of probabilities, through the inclusion of the phrase "he establishes that", permits conviction despite a reasonable doubt as to an essential element of the offence; combined with the sanction of imprisonment, the application of this onus upon an alleged offender violates s. 11(d) of the *Charter*. Neither of these infringements can be upheld under s. 1 of the *Charter*.

L'une de ces conséquences est qu'ils devraient être tenus responsables du tort qui peut résulter de leur manque de diligence. À moins qu'ils ne puissent prouver la diligence selon la prépondérance des probabilités, ils seront reconnus coupables et, dans certains cas, ils risquent l'emprisonnement. Ce sont eux qui sont le plus en mesure de prouver la diligence étant donné que, dans la plupart des cas, ils sont en possession des renseignements requis. Vus dans ce contexte, et compte tenu de l'importance fondamentale de l'objectif du législateur et du fait que le moyen choisi porte le moins possible atteinte au droit garanti par l'al. 11d), les effets de l'inversion de la charge sur la présomption d'innocence sont proportionnels à l'objectif.

Ayant déterminé que l'inversion de la charge obligeant l'accusé à prouver sa diligence selon la prépondérance des probabilités (au moyen des mots «elle prouve que» figurant au par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*) satisfait aux quatre exigences de l'analyse faite dans l'arrêt *Oakes*, je conclus que cette inversion est sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte* parce qu'elle constitue une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis donc d'avis de trancher les pourvois de la façon proposée par le juge Cory.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je souscris aux conclusions du juge en chef Lamer. La défense modifiée de diligence inscrite aux al. 37.3(2)(c) et (d) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, permet de déclarer une personne coupable même sans le degré minimal de faute de la négligence et contrevient donc à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'exigence prévue au par. 37.3(2), par les mots «elle prouve que», imposant à l'accusé de prouver la diligence selon la prépondérance des probabilités permet de déclarer une personne coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément important de l'infraction; combinée à une peine d'emprisonnement, l'attribution de cette charge de preuve à l'accusé viole l'al. 11d) de la *Charte*. Aucune de ces violations ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

I agree with Lamer C.J. that when the offending provisions in s. 37.3(2)(c) and (d) of the Act and the offending phrase in s. 37.3(2) are removed, the remaining provision at issue, s. 36(1)(a), does not infringe the *Charter*.

Leaving aside the significance of "stigma", upon which I make no comment, it is my view that the penalty of imprisonment cannot, without violating the guarantees in the *Charter*, be combined with an offence which permits conviction without fault or because the accused has failed to prove that he or she is innocent on a balance of probabilities. Nor can such a combination be "demonstrably justified in a free and democratic society", in my opinion.

I find it unnecessary to consider either the application of the *Charter* to a provision dealing with corporations only, or the "range of means" approach to over-intrusiveness under s. 1 of the *Charter*, and would prefer to leave these questions for another case.

I would dispose of the appeals and answer the constitutional questions as proposed by Lamer C.J.

*The appeal by The Wholesale Travel Group Inc. is dismissed. The Crown's appeal is allowed, LAMER C.J., LA FOREST, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting in the result.*

*Solicitors for The Wholesale Travel Group Inc.: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitor for Her Majesty The Queen: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Jack Johnson, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

Je suis d'accord avec le juge en chef Lamer pour conclure que lorsque les dispositions en cause aux al. 37.3(2)(c) et (d) de la Loi et les mots contestés au par. 37.3(2) sont supprimés, la disposition restant en litige, l'al. 36(1)(a), ne viole pas la *Charte*.

Abstraction faite de l'importance des «stigmates», dont je ne discuterai pas, je suis d'avis que la peine d'emprisonnement ne peut pas, sans porter atteinte aux droits garantis par la *Charte*, être combinée à une infraction qui permet qu'une personne soit déclarée coupable sans qu'il y ait faute de sa part ou parce que l'accusé n'a pas prouvé son innocence selon la prépondérance des probabilités. À mon avis, une telle combinaison ne constitue pas non plus une limite «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Je n'estime pas nécessaire d'examiner ni l'application de la *Charte* à une disposition portant sur les personnes morales seulement, ni la démarche relative à la «gamme des moyens» en ce qui concerne l'atteinte excessive en fonction de l'article premier de la *Charte*, et je préfère laisser ces questions à une autre instance.

Je trancherais les pourvois et répondrais aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le juge en chef Lamer.

*Le pourvoi de The Wholesale Travel Group Inc. est rejeté. Le pourvoi du ministère public est accueilli et le juge en chef LAMER et les juges LA FOREST, SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents quant au résultat.*

*Procureurs de The Wholesale Travel Group Inc.: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureur de Sa Majesté la Reine: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Jack Johnson, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners Ellis-Don Limited and Rocco Morra: Lerner & Associates, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs des intervenants Ellis-Don Limited et Rocco Morra: Lerner & Associates, Toronto.*