

**Greater Vancouver Transportation  
Authority** *Appellant*

v.

**Canadian Federation of Students —  
British Columbia Component and  
British Columbia Teachers’  
Federation** *Respondents*

and

**Attorney General of New Brunswick,  
Attorney General of British Columbia,  
Adbusters Media Foundation and  
British Columbia Civil Liberties  
Association** *Interveners*

- and -

**British Columbia Transit** *Appellant*

v.

**Canadian Federation of Students —  
British Columbia Component and  
British Columbia Teachers’  
Federation** *Respondents*

and

**Attorney General of New Brunswick,  
Attorney General of British Columbia,  
Adbusters Media Foundation and  
British Columbia Civil Liberties  
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: GREATER VANCOUVER  
TRANSPORTATION AUTHORITY v. CANADIAN  
FEDERATION OF STUDENTS — BRITISH COLUMBIA  
COMPONENT**

**Neutral citation: 2009 SCC 31.**

File No.: 31845.

2008: March 25; 2009: July 10.

**Greater Vancouver Transportation  
Authority** *Appelante*

c.

**Fédération canadienne des étudiantes  
et étudiants — Section Colombie-  
Britannique et British Columbia Teachers’  
Federation** *Intimées*

et

**Procureur général du Nouveau-Brunswick,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique, Adbusters Media Foundation  
et Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique** *Intervenants*

- et -

**British Columbia Transit** *Appelante*

c.

**Fédération canadienne des étudiantes  
et étudiants — Section Colombie-  
Britannique et British Columbia Teachers’  
Federation** *Intimées*

et

**Procureur général du Nouveau-Brunswick,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique, Adbusters Media Foundation  
et Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : GREATER VANCOUVER  
TRANSPORTATION AUTHORITY c. FÉDÉRATION  
CANADIENNE DES ÉTUDIANTES ET ÉTUDIANTS —  
SECTION COLOMBIE-BRITANNIQUE**

**Référence neutre : 2009 CSC 31.**

N° du greffe : 31845.

2008 : 25 mars; 2009 : 10 juillet.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Application of Charter — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Actions brought alleging that transit authorities' policies violated freedom of expression — Whether entities which operate public transit systems "government" within meaning of s. 32 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la Charte — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Actions alléguant que les politiques portent atteinte à la liberté d'expression — Les entités qui exploitent des réseaux de transport en commun font-elles partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la Charte canadienne des droits et libertés?*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Advertisements on buses — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Whether advertising policies infringing freedom of expression — If so, whether infringement can be justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité sur les autobus — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Les politiques violent-elles le droit à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle être justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Policies infringing freedom of expression — Whether policies are "law" within meaning of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables prévues par une règle de droit — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Politiques portant atteinte à la liberté d'expression — Les politiques constituent-elles des « règles de droit » au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?*

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Policies unjustifiably infringing freedom of expression — Declaration that policies are of "no force or effect" sought — Whether declaration ought to be based on s. 52 of Constitution Act, 1982 or s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether policies are "law" within meaning of s. 52 of Constitution Act, 1982.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Politiques portant indûment atteinte à la liberté d'expression — Demande d'un jugement déclarant les politiques inopérantes — Le jugement déclaratoire doit-il se fonder sur l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 ou sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les politiques constituent-elles des « règles de droit » au sens de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982?*

The appellant transit authorities, the Greater Vancouver Transportation Authority ("TransLink") and British Columbia Transit ("BC Transit"), operate

Les commissions de transport appelantes, Greater Vancouver Transportation Authority (« TransLink ») et British Columbia Transit (« BC Transit »), exploitent

\* Bastarache J. took no part in the judgment.

\* Le juge Bastarache n'a pas participé au jugement.

public transportation systems in British Columbia. They refused to post the respondents' political advertisements on the sides of their buses on the basis that their advertising policies permit commercial but not political advertising on public transit vehicles. The respondents commenced an action alleging that articles 2, 7 and 9 of the transit authorities' policies had violated their right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge dismissed the action, finding that the respondents' right to freedom of expression had not been infringed. The majority of the Court of Appeal reversed the trial judgment and declared articles 7 and 9 of the advertising policies to be of no force or effect either on the basis of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* or on the basis of s. 24(1) of the *Charter*.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein J.J.: Both BC Transit and TransLink are "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. On the face of the provision, the *Charter* applies not only to Parliament, the legislatures and the government themselves, but also to all matters within the authority of those entities. BC Transit is a statutory body designated by legislation as an "agent of the government" and it cannot operate autonomously from the provincial government, since the latter has the power, by means of regulations, to exercise substantial control over its day-to-day activities. Although TransLink is not an agent of the government, it is substantially controlled by a local government entity — the Greater Vancouver Regional District — and is therefore itself a government entity. Since the transit authorities are government entities, the *Charter* applies to all their activities, including the operation of the buses they own. [14] [17] [21] [24-25]

The s. 2(b) claim should not be resolved using the *Baier* framework. The transit authorities' policies do not prevent the respondents from using the advertising service as a means of expression. Only the content of their advertisements is restricted. Thus, their claim cannot be characterized as one against underinclusion. Nor can it be characterized as a positive right claim. The respondents are not requesting that the government support or enable their expressive activity by providing them with a particular means of expression from which they are excluded. They seek the freedom to express themselves — by means of an existing platform they are entitled to use — without undue state

des réseaux de transport en commun en Colombie-Britannique. Elles ont refusé de diffuser les publicités à caractère politique des intimées sur les côtés de leurs autobus au motif que leurs politiques en la matière autorisaient la publicité commerciale, mais non la publicité politique, sur les véhicules de transport en commun. Dans l'action qu'elles ont intentée, les intimées ont allégué que les articles 2, 7 et 9 des politiques des commissions de transport portaient atteinte à leur liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de première instance a conclu que le droit des intimées à la liberté d'expression n'avait pas été violé et il a rejeté l'action. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé le jugement et déclaré inopérants les articles 7 et 9 des politiques publicitaires sur le fondement soit du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit du par. 24(1) de la *Charte*.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : BC Transit et TransLink font toutes deux partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Il appert de cette disposition que la *Charte* s'applique non seulement au Parlement, aux législatures et au gouvernement lui-même, mais aussi à tous les domaines relevant d'eux. Créature législative, BC Transit est désignée « mandataire du gouvernement » et ne peut fonctionner indépendamment du gouvernement provincial car ce dernier peut, par l'adoption de règlements, exercer un grand pouvoir sur ses activités quotidiennes. TransLink n'est pas un mandataire du gouvernement, mais elle est en grande partie assujettie au gouvernement local — le district régional de Vancouver —, de sorte qu'il s'agit d'une entité gouvernementale. Puisque les commissions de transport constituent des entités gouvernementales, toutes leurs activités, y compris l'exploitation des autobus qu'elles possèdent, sont assujetties à la *Charte*. [14] [17] [21] [24-25]

Il n'y a pas lieu de statuer sur l'allégation fondée sur l'al. 2b) en appliquant le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Baier*. Les politiques des commissions de transport n'empêchent pas les intimées de recourir au service publicitaire en tant que mode d'expression. Seul le contenu de leurs publicités est visé par une restriction. On ne peut donc affirmer qu'elles allèguent le caractère trop restreint de la tribune, non plus qu'elles revendiquent un droit positif. Les intimées ne demandent pas à l'État d'appuyer ou de permettre leur activité expressive par la mise à leur disposition d'un mode d'expression en particulier auquel l'accès leur serait refusé. Elles réclament la liberté de s'exprimer — à une tribune existante

interference with the content of their expression. [26] [32] [35]

In order to determine whether the expression should be denied s. 2(b) protection on the basis of location, the *City of Montréal* framework should be applied. This inquiry leads to the conclusion that the transit authorities' policies infringe the respondents' freedom of expression. The proposed advertisements have expressive content that brings them within the *prima facie* protection of s. 2(b), and the location of this expression — the sides of buses — does not remove that protection. Not only is there some history of use of this property as a space for public expression, but there is actual use — both of which indicate that the expressive activity in question neither impedes the primary function of the bus as a vehicle for public transportation nor, more importantly, undermines the values underlying freedom of expression. The space allows for expression by a broad range of speakers to a large public audience and expression there could actually further the values underlying s. 2(b). The side of a bus is therefore a location where expressive activity is protected by s. 2(b) of the *Charter*. Finally, the very purpose of the impugned policies is to restrict the content of expression in the advertising space on the sides of buses. The wording of articles 2 and 7 clearly limits the content of advertisements. Article 9 is even more precise in excluding political speech. [36-38] [42] [46]

The limits resulting from the policies are “limits prescribed by law” within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Where a government policy is authorized by statute and sets out a general norm or standard that is meant to be binding and is sufficiently accessible and precise, the policy is legislative in nature and constitutes a limit that is “prescribed by law”. Here, a review of the enabling legislation suggests that the transit authorities' policies were adopted pursuant to statutory powers conferred on BC Transit and TransLink. Where a legislature has empowered a government entity to make rules, it seems only logical, absent evidence to the contrary, that it also intended those rules to be binding. The policies are not administrative in nature, as they are not meant for internal use as an interpretive aid for “rules” laid down in the legislative scheme. Rather, the policies are themselves rules that establish the rights of the individuals to whom they apply. Moreover, the policies can be said to be general in scope, since they establish standards which are applicable to all who want to take advantage of the advertising service rather than to a specific case. They therefore fall within the meaning of the word “law” for the purposes of s. 1 and satisfy the “prescribed by law” requirement as the transit

qu'elles ont le droit d'utiliser — sans que l'État ne limite indûment la teneur de leur expression. [26] [32] [35]

Pour déterminer si la protection de l'al. 2b) doit être refusée à l'expression en raison du lieu, il convient d'appliquer le cadre d'analyse de l'arrêt *Ville de Montréal*. La démarche mène à la conclusion que les politiques des commissions de transport portent atteinte à la liberté d'expression des intimées. Le contenu expressif des publicités projetées justifie leur protection *prima facie* par l'al. 2b), et le lieu d'expression — les côtés des autobus — n'a pas pour effet d'écarter cette protection. Il y a non seulement une certaine utilisation historique du bien en cause comme lieu d'expression publique, mais aussi une utilisation réelle à cette fin, deux facteurs permettant de conclure que l'activité expressive considérée ne nuit pas à la fonction première de l'autobus — le transport en commun — et, ce qui importe encore plus, qu'elle ne mine pas les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. Le lieu permet à un grand nombre d'annonceurs de s'adresser à un large auditoire et pourrait en fait promouvoir les valeurs qui sous-tendent l'al. 2b) de la *Charte*. L'activité expressive sur le côté d'un autobus bénéficie donc de la protection prévue à cet alinéa. Enfin, l'objet même des politiques contestées est de limiter le contenu de l'expression dans l'espace publicitaire sur les côtés des autobus. Les articles 2 et 7 restreignent expressément le contenu de la publicité. L'article 9 le fait encore plus précisément en écartant le discours politique. [36-38] [42] [46]

Les restrictions découlant des politiques sont apportées « par une règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte*. Lorsqu'une politique gouvernementale est autorisée par la loi, qu'elle établit une norme générale se voulant obligatoire et qu'elle est suffisamment accessible et précise, il s'agit d'une règle de nature législative constituant une « règle de droit ». En l'espèce, il appert des lois habilitantes que les politiques des commissions de transport ont été adoptées en vertu des pouvoirs légaux conférés à BC Transit et à TransLink. Il paraît simplement logique que le législateur qui autorise l'adoption de règles par une entité gouvernementale veuille également, sauf indications contraires, que ces règles soient obligatoires. Les politiques ne sont pas de nature administrative puisqu'elles ne sont pas destinées à une application interne comme guide d'interprétation de « règles » établies par le régime législatif. Elles constituent elles-mêmes des règles établissant les droits des personnes qui y sont assujetties. De plus, on peut leur attribuer une portée générale en ce qu'elles fixent des normes qui s'appliquent à toute personne désireuse de se prévaloir du service publicitaire, et non dans certains cas particuliers. Elles sont donc assimilables à des « règles de droit »

authorities' advertising policies are both accessible and worded precisely enough to enable potential advertisers to understand what is prohibited. [65] [67] [71-73]

The limits resulting from the policies are not justified under s. 1 of the *Charter*. The policies were adopted for the purpose of providing "a safe, welcoming public transit system" and this is a sufficiently important objective to warrant placing a limit on freedom of expression. However, the limits on political content imposed by articles 2, 7 and 9 are not rationally connected to the objective. It is difficult to see how an advertisement on the side of a bus that constitutes political speech might create a safety risk or an unwelcoming environment for transit users. Moreover, the means chosen to implement the objective was neither reasonable nor proportionate to the respondents' interest in disseminating their messages pursuant to their right under s. 2(b) of the *Charter*. The policies amount to a blanket exclusion of a highly valued form of expression in a public location that serves as an important place for public discourse. They therefore do not constitute a minimal impairment of freedom of expression. Advertising on buses has become a widespread and effective means for conveying messages to the general public. In exercising their control over such advertising, the transit authorities have failed to minimize the impairment of political speech, which is at the core of s. 2(b) protection. To the extent that articles 2, 7 and 9 prohibit political advertising on the sides of buses, they place an unjustifiable limit on the respondents' right under s. 2(b) of the *Charter*. [76-77] [80]

With respect to remedy, the transit authorities' policies clearly come within the meaning of "law" for the purposes of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The transit authorities used their delegated rule-making power to adopt policies which unjustifiably limited the respondents' freedom of expression. Those policies are binding rules of general application that establish the rights of members of the public who seek to advertise on the transit authorities' buses. Since ensuring the largest numbers of potential claimants and beneficiaries of a constitutional challenge is in keeping with the spirit of the supremacy of the *Charter*, the appropriate remedy for an invalid rule of general application is one under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and not s. 24(1) of the *Charter*. As the transit authorities' advertising policies are "law" within the meaning of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, they are therefore declared

au sens de l'article premier et elles satisfont à l'exigence de la restriction « par une règle de droit » en ce qu'elles sont à la fois accessibles et formulées avec suffisamment de précision pour permettre aux annonceurs éventuels de comprendre ce qui est écarté. [65] [67] [71-73]

Les restrictions découlant des politiques ne sont pas justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*. Les politiques ont été adoptées dans le but d'offrir « un réseau de transport en commun sûr et accueillant » et il s'agit d'un objectif suffisamment important pour justifier la restriction de la liberté d'expression. Toutefois, l'exclusion de tout contenu politique aux articles 2, 7 et 9 n'a pas de lien rationnel avec cet objectif. On conçoit mal que la présence d'un message politique sur le côté d'un autobus puisse rendre le transport en commun moins sûr ou moins accueillant pour les usagers. En outre, le moyen choisi pour réaliser l'objectif n'est ni raisonnable ni proportionné au droit des intimées d'exercer leur liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* en diffusant leurs messages. Une forme d'expression à laquelle est attaché un grand prix est totalement exclue d'un espace public qui constitue un important lieu d'expression publique. Les politiques ne portent donc pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression. On recourt désormais couramment à l'espace publicitaire des autobus pour communiquer efficacement de l'information au grand public. Dans l'exercice de leur pouvoir sur l'utilisation de cet espace, les commissions de transport n'ont pas respecté le critère de l'atteinte minimale à la liberté d'expression politique, laquelle est au cœur de la protection prévue à l'al. 2b). Dans la mesure où ils interdisent la publicité politique sur les côtés des autobus, les articles 2, 7 et 9 des politiques restreignent de manière injustifiée la liberté d'expression des intimées garantie à l'al. 2b) de la *Charte*. [76-77] [80]

Au chapitre de la réparation, les politiques des commissions de transport constituent clairement des « règles de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les commissions de transport ont exercé leur pouvoir de réglementation délégué pour adopter des politiques qui restreignent de façon injustifiée la liberté d'expression des intimées. Leurs politiques sont des règles obligatoires d'application générale qui établissent les droits des citoyens d'utiliser l'espace publicitaire des autobus. Étant donné que l'élargissement du bassin des personnes susceptibles d'intenter un recours sur le fondement de la Constitution et des personnes susceptibles d'en bénéficier est conforme à l'esprit qui sous-tend la suprématie de la *Charte*, la réparation appropriée dans le cas d'une règle d'application générale invalide est celle qui prend appui sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non sur le par.

of no force or effect to the extent of their inconsistency. [89-90]

*Per Fish J.:* There is agreement that the transit authorities are subject to the *Charter*, that their advertising policies infringe s. 2(b) of the *Charter*, that this infringement cannot be justified under s. 1, and that the respondents are entitled to a declaration that the policies are of no force or effect. But there is disagreement with the analytical framework adopted in circumscribing freedom of expression under s. 2(b). [93] [100] [137]

Freedom of expression enjoys broad but not unbounded constitutional protection in Canada. It is subject to internal limits which allow government to curtail expressive activity that is inherently inconsistent with the object and purpose of s. 2(b), and it is subject as well to “external” limitation in virtue of s. 1 of the *Charter*. Two recognized internal limits are relied on by the transit authorities: the significant burden exception and the manifest incompatibility exception. Under the first, expressive activity will not normally be protected where it imposes on the government a significant burden of assistance, in the form of expenditure of public funds, or the initiation of a complex legislative, regulatory, or administrative scheme or undertaking. Government expenditures and initiatives may be undertaken to advance *Charter* rights and freedoms in innumerable ways, but given finite resources, it is generally considered to be a matter for the legislature and not the judiciary to determine which social priorities are to receive government assistance. Second, expressive activity will also fall outside the protected zone of s. 2(b) where it is manifestly incompatible with the purpose or function of the space in question. Governments should not bear the burden of strictly prescribing by law and justifying limits on those kinds of expression that are so obviously incompatible with the purpose or function of the space provided. Freedom of expression is also subject to an external limitation: even if an expressive activity falls within the protected zone of s. 2(b), it may be validly curtailed in virtue of s. 1 of the *Charter* pursuant “to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. [95-98] [103] [105] [130-131]

24(1) de la *Charte*. Comme les politiques publicitaires des commissions de transport s’entendent de « règles de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elles peuvent par conséquent être déclarées inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité. [89-90]

*Le juge Fish :* Certes les commissions de transport sont assujetties à la *Charte*, leurs politiques publicitaires portent atteinte au droit garanti à l’al. 2b) de la *Charte*, l’atteinte ne peut être justifiée au regard de l’article premier et les intimées ont droit à un jugement déclarant les politiques inopérantes, mais il convient d’appliquer un cadre d’analyse différent pour circonscrire la liberté d’expression que garantit l’al. 2b). [93] [100] [137]

Au Canada, la liberté d’expression jouit d’une protection constitutionnelle étendue, mais non illimitée. Elle fait l’objet de limitations internes qui permettent à l’État de restreindre l’activité expressive qui est intrinsèquement incompatible avec l’objet et la raison d’être de l’al. 2b), ainsi que d’une limitation « externe » découlant de l’article premier de la *Charte*. Les commissions de transport invoquent deux limitations internes reconnues : l’exception de l’obligation substantielle et celle de l’incompatibilité manifeste. Suivant la première exception, l’activité expressive n’est habituellement pas protégée lorsqu’elle impose à l’État une obligation d’aide substantielle, qu’il s’agisse de dépenser des fonds publics ou de mettre en branle un régime ou un projet complexe d’ordre législatif, réglementaire ou administratif. Des dépenses et des mesures gouvernementales peuvent être entreprises d’innombrables façons pour promouvoir les droits et libertés constitutionnels, mais vu la limitation des ressources disponibles, on considère généralement qu’il appartient au législateur, et non aux tribunaux, de déterminer les priorités sociales justifiant l’appui de l’État. Suivant la deuxième exception, la protection de l’al. 2b) ne sera refusée à l’activité expressive que lorsque celle-ci sera manifestement incompatible avec la raison d’être ou la fonction de l’espace en cause. L’État ne devrait pas être strictement tenu d’apporter une restriction dans une règle de droit et de la justifier lorsqu’elle vise un type d’expression qui est si clairement incompatible avec la raison d’être ou la fonction de l’espace offert. La liberté d’expression fait aussi l’objet d’une limitation externe : même lorsqu’elle bénéficie de la protection prévue à l’al. 2b), l’activité expressive peut, suivant l’article premier, être légitimement restreinte « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». [95-98] [103] [105] [130-131]

Neither the significant burden nor the manifest incompatibility exception to the general rule of broad protection enshrined in s. 2(b) applies in this case. The respondents' request would not impose a significant burden on the transit authorities. Little change is needed to remove the infringing restrictions and the steps that would have to be taken require no meaningful expenditure of funds and no new operating initiatives of significance. They involve no administrative reorganization, restructuring or expansion that can reasonably be characterized as "burdensome". Also, advertisements conveying a political message are not incompatible — let alone manifestly incompatible — with a commercial and public service advertising facility. Having chosen to make the sides of buses available for expression on such a wide variety of matters, the transit authorities cannot, without infringing s. 2(b) of the *Charter*, arbitrarily exclude a particular kind or category of expression that is otherwise permitted by law. There is no inherent conflict between political advertisements on the sides of buses and orderly transportation. [97] [116-117] [121] [123]

### Cases Cited

By Deschamps J.

**Applied:** *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; **distinguished:** *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; **referred to:** *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*,

Ni l'exception de l'obligation substantielle ni celle de l'incompatibilité manifeste à la règle générale de la protection étendue que consacre l'al. 2b) ne s'appliquent en l'espèce. Faire droit à la demande des intimées n'imposerait pas une obligation substantielle aux commissions de transport. Peu de changements sont nécessaires pour supprimer les restrictions attentatoires, et les mesures requises n'exigent pas de dépenses importantes ni de grands changements sur le plan de l'exploitation. Ces mesures n'impliquent pas de réorganisation administrative, de restructuration ou d'expansion pouvant raisonnablement être qualifiée de « contraignante ». Aussi, la publicité renfermant un message politique n'est pas incompatible — et encore moins manifestement incompatible — avec un service publicitaire à vocation commerciale et publique. Après avoir permis que leurs véhicules servent de supports à l'expression sur une grande variété de sujets, les commissions de transport ne peuvent, sans violer la garantie prévue à l'al. 2b) de la *Charte*, écarter arbitrairement une sorte ou une catégorie particulière d'expression par ailleurs légale. Il n'y a pas de conflit intrinsèque entre la publicité politique sur les côtés des autobus et le transport sans heurts. [97] [116-117] [121] [123]

### Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêt appliqué :** *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; **distinction d'avec l'arrêt :** *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; **arrêts mentionnés :** *Lehman c. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613;

[1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *R. v. Labaye*, 2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96.

By Fish J.

**Referred to:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

### Statutes and Regulations Cited

*British Columbia Transit Act*, R.S.B.C. 1996, c. 38, ss. 2(5), 3(1)(c), 4(1), (4)(e), 32(2).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 15, 24(1), 32.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.02.  
*Greater Vancouver Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, c. 30, ss. 2(4), 8(1), (2), 14(3), (4), 25(3), 29(5), 29.1(5), 133(5).  
*Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323, ss. 2, 5 « local government », 173, 174, 266(1), 783(1), 796(1), 803(1).  
*South Coast British Columbia Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, c. 30.

### Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.

*B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *R. c. Labaye*, 2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96.

Citée par le juge Fish

**Arrêts mentionnés :** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. A. V. c. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

### Lois et règlements cités

*British Columbia Transit Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 38, art. 2(5), 3(1)(c), 4(1), (4)(e), 32(2).  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 15, 24(1), 32.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.02.  
*Greater Vancouver Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, ch. 30, art. 2(4), 8(1), (2), 14(3), (4), 25(3), 29(5), 29.1(5), 133(5).  
*Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 2, 5 « local government », 173, 174, 266(1), 783(1), 796(1), 803(1).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*South Coast British Columbia Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, ch. 30.

### Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.



Holland, Denys C., and John P. McGowan. *Delegated Legislation in Canada*. Toronto: Carswell, 1989.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Prowse and Lowry J.J.A.), 2006 BCCA 529, 275 D.L.R. (4th) 221, [2007] 4 W.W.R. 575, 233 B.C.A.C. 81, 386 W.A.C. 81, 64 B.C.L.R. (4th) 29, 148 C.R.R. (2d) 203, [2006] B.C.J. No. 3042 (QL), 2006 CarswellBC 2887, reversing a decision of Halfyard J., 2006 BCSC 455, 266 D.L.R. (4th) 403, 139 C.R.R. (2d) 148, [2006] B.C.J. No. 729 (QL), 2006 CarswellBC 865. Appeal dismissed.

*David F. Sutherland and Clark Roberts*, for the appellant the Greater Vancouver Transportation Authority.

*George K. Macintosh, Q.C.*, and *Timothy Dickson*, for the appellant the British Columbia Transit.

*Mark G. Underhill and Catherine J. Boies Parker*, for the respondents.

*Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Neena Sharma and Jennifer J. Stewart*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Ryan D. W. Dalziel and Audrey Boctor*, for the intervener the Adbusters Media Foundation.

*Chris W. Sanderson, Q.C.*, and *Chelsea D. Wilson*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

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

[1] DESCHAMPS J. — Can government entities, in managing their property, disregard the right of individuals to political expression in public places? The appellant transit authorities answered this question in the affirmative and refused to post the respondents' political advertisements on the sides of buses on the basis that their advertising policies

Holland, Denys C., and John P. McGowan. *Delegated Legislation in Canada*. Toronto : Carswell, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Prowse et Lowry), 2006 BCCA 529, 275 D.L.R. (4th) 221, [2007] 4 W.W.R. 575, 233 B.C.A.C. 81, 386 W.A.C. 81, 64 B.C.L.R. (4th) 29, 148 C.R.R. (2d) 203, [2006] B.C.J. No. 3042 (QL), 2006 CarswellBC 2887, qui a infirmé une décision du juge Halfyard, 2006 BCSC 455, 266 D.L.R. (4th) 403, 139 C.R.R. (2d) 148, [2006] B.C.J. No. 729 (QL), 2006 CarswellBC 865. Pourvoi rejeté.

*David F. Sutherland et Clark Roberts*, pour l'appelante Greater Vancouver Transportation Authority.

*George K. Macintosh, c.r.*, et *Timothy Dickson*, pour l'appelante British Columbia Transit.

*Mark G. Underhill et Catherine J. Boies Parker*, pour les intimées.

*Gaétan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Neena Sharma et Jennifer J. Stewart*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Ryan D. W. Dalziel et Audrey Boctor*, pour l'intervenante Adbusters Media Foundation.

*Chris W. Sanderson, c.r.*, et *Chelsea D. Wilson*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

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

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Un organisme public peut-il gérer ses biens sans égard au droit des particuliers à l'expression politique dans un espace ou un endroit public? Les commissions de transport appelantes ont estimé qu'elles le pouvaient. Elles ont donc refusé de diffuser les publicités à caractère politique des intimées sur les côtés de leurs

permit commercial but not political advertising on public transit vehicles. This appeal raises the issues of whether those policies must comply with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether they violate the respondents' right under s. 2(b) of the *Charter* to freedom of expression and whether such a breach can give rise to a declaration that the policies are invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

### 1. Facts and Judicial History

[2] The appellants, the Greater Vancouver Transportation Authority (“TransLink”) and British Columbia Transit (“BC Transit”), are corporations that operate public transportation systems in British Columbia. TransLink is responsible for running the transit system in the area under the jurisdiction of the Greater Vancouver Regional District (“GVRD”), whereas BC Transit operates in British Columbia communities outside the GVRD. For years, the appellants (the “transit authorities”) have earned revenue by posting advertisements on their buses.

[3] In the summer and fall of 2004, the respondents, the Canadian Federation of Students — British Columbia Component (“CFS”) and the British Columbia Teachers’ Federation (“BCTF”), attempted to purchase advertising space on the sides of buses operated by the transit authorities. The CFS, a society which represents thousands of college and university students in B.C., sought to encourage more young people to vote in a provincial election scheduled for May 17, 2005 by posting, on buses, advertisements about the election. The first advertisement, which was to run the length of the bus, would have depicted a silhouette of a crowd at a concert with the following text:

Register now. Learn the issues. Vote May 17, 2005.  
ROCKTHEVOTEBC.com

The second advertisement was a “banner ad” placed along the top of the bus which would have read in one long line as follows:

autobus au motif que leurs politiques en la matière autorisaient la publicité commerciale, mais non la publicité politique, sur les véhicules de transport en commun. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si ces politiques doivent respecter la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l’affirmative, la Cour doit déterminer si les politiques portent atteinte à la liberté d’expression des intimées garantie à l’al. 2b) de la *Charte* et, le cas échéant, s’il y a lieu de les invalider en application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

### 1. Faits et historique des procédures judiciaires

[2] Les sociétés appelantes, Greater Vancouver Transportation Authority (« TransLink ») et British Columbia Transit (« BC Transit »), exploitent des réseaux de transport en commun en Colombie-Britannique. TransLink gère le réseau de transport dans le territoire qui relève du district régional de Vancouver (« DRV »), et BC Transit exerce ses activités ailleurs en Colombie-Britannique. Depuis des années, les appelantes (les « commissions de transport ») tirent des revenus de l’affichage d’annonces dans l’espace publicitaire de leurs autobus.

[3] À l’été et à l’automne 2004, les intimées, la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique (« FCEE ») et la British Columbia Teachers’ Federation (« BCTF »), ont tenté de louer l’espace publicitaire sur les côtés des autobus des commissions de transport. Représentant des milliers d’étudiants des niveaux collégial et universitaire en Colombie-Britannique, la FCEE voulait, au moyen de messages publicitaires affichés sur les autobus, inciter les jeunes à voter aux élections provinciales du 17 mai 2005. Dans la première publicité devant occuper toute la longueur de l’autobus, la silhouette d’une foule assistant à un concert était accompagnée du texte suivant :

[TRADUCTION] Inscrivez-vous maintenant. Renseignez-vous sur les enjeux. Votez le 17 mai 2005.  
ROCKTHEVOTEBC.com

La deuxième publicité — une bande censée occuper la partie supérieure de l’autobus — comportait le texte suivant sur une seule et même ligne :

Tuition fees ROCKTHEVOTEBC.com Minimum wage ROCKTHEVOTEBC.com Environment ROCKTHEVOTE BC.com

[TRADUCTION] Frais de scolarité ROCKTHEVOTE BC.com Salaire minimum ROCKTHEVOTEBC.com Environnement ROCKTHEVOTEBC.com

The BCTF, a society and trade union which is the exclusive bargaining agent for more than 40,000 public school teachers in B.C., sought to voice its concern about changes in the public education system by posting the following message:

Pour sa part, la BCTF, organisation syndicale et unique agent de négociation de plus de 40 000 enseignants de la Colombie-Britannique, voulait faire connaître son inquiétude au sujet de changements survenus dans le système d'éducation public. Son message était le suivant :

2,500 fewer teachers, 114 schools closed. Your kids. Our students. Worth speaking out for.

[TRADUCTION] 2 500 enseignants en moins. 114 écoles fermées. Vos enfants. Nos élèves. Ça vaut la peine de se faire entendre.

[4] The transit authorities refused to post the respondents' advertisements on the basis that such advertisements were not permitted by their advertising policies. The transit authorities had adopted essentially identical advertising policies, which included the following provisions:

[4] Les commissions de transport ont refusé les messages des intimées au motif que leur diffusion était contraire à leurs politiques publicitaires. Chacune de ces politiques essentiellement identiques comportait les dispositions suivantes :

POLICY:

[TRADUCTION]

POLITIQUE :

- . . .
- 2. Advertisements, to be accepted, shall be limited to those which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events.

- . . .
- 2. Seule est acceptée la publicité qui communique de l'information sur des biens, des services, des messages d'intérêt public et des événements publics.

Standards and Limitations

Conditions et restrictions

- . . .
- 7. No advertisement will be accepted which is likely, in the light of prevailing community standards, to cause offence to any person or group of persons or create controversy;

- . . .
- 7. Est exclue toute publicité susceptible, au regard des normes sociales reconnues, d'offenser une personne ou un groupe de personnes ou de susciter la controverse.

- . . .
- 9. No advertisement will be accepted which advocates or opposes any ideology or political philosophy, point of view, policy or action, or which conveys information about a political meeting, gathering or event, a political party or the candidacy of any person for a political position or public office;

- . . .
- 9. Est exclue toute publicité qui promeut ou conteste une idéologie ou une philosophie politique, un point de vue, une politique ou une mesure, ou qui renseigne sur une assemblée, un rassemblement ou un événement politique, un parti politique ou la candidature d'une personne à une fonction politique ou à une charge publique.

[5] The respondents commenced the present action, alleging that articles 2, 7 and 9 of the transit authorities' policies had violated their right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. The respondents restricted their claim for relief to a declaration, "pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, that [articles] 2, 7 and 9 of the advertising policies are unconstitutional and of no force and effect".

[6] Halfyard J. of the British Columbia Supreme Court dismissed the action (2006 BCSC 455, 266 D.L.R. (4th) 403). He determined that both BC Transit and TransLink were subject to the *Charter* since they were "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. However, he concluded, on the basis of the factors set out in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141 ("*City of Montréal*"), and in *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974), that the respondents' right to freedom of expression had not been infringed. In his view, since there was no history of permitting political or advocacy advertising on the sides of buses, the location was not a "public place".

[7] Halfyard J. went on to state that, had he found that the transit authorities' policies infringed the respondents' freedom of expression, he would have concluded that the total ban on political and other advocacy advertising was not a reasonably minimal impairment of freedom of expression and that the alleged benefits of the advertising restrictions did not outweigh their detrimental effects. Nevertheless, he would have found that the advertising policies failed the s. 1 test on the basis that the limits they imposed were not limits prescribed by law.

[8] The British Columbia Court of Appeal reversed the trial judgment (2006 BCCA 529, 64 B.C.L.R. (4th) 29). On the question of freedom of expression, Prowse J.A., writing for the majority, concluded that the trial judge had erred in finding that the transit authorities' advertising policies did not infringe the respondents' right to freedom of expression. In her view, Halfyard J. had

[5] Dans l'action à l'origine du présent pourvoi, les intimées ont allégué que les articles 2, 7 et 9 des politiques des commissions de transport avaient porté atteinte à leur liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*. Elles n'ont demandé, à titre de réparation, qu'un jugement [TRADUCTION] « fondé sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* déclarant inconstitutionnels et inopérants les articles 2, 7 et 9 des politiques publicitaires ».

[6] Le juge Halfyard de la Cour suprême de la Colombie-Britannique les a déboutées (2006 BCSC 455, 266 D.L.R. (4th) 403). Il a statué que BC Transit et TransLink étaient assujetties à la *Charte* puisqu'elles faisaient partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*, mais que le droit des intimées à la liberté d'expression n'avait pas été violé au regard des facteurs énoncés dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141 (« *Ville de Montréal* »), et dans la décision *Lehman c. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974). À son avis, le côté d'un autobus ne constituait pas un « espace public » parce que la publicité politique ou partisane n'y avait jamais été autorisée.

[7] Le juge Halfyard a ajouté que si les politiques des commissions de transport avaient violé le droit à la liberté d'expression des intimées, l'interdiction totale de la publicité politique ou partisane n'aurait pas constitué une atteinte raisonnablement minimale à la liberté d'expression, et les avantages allégués de la limitation de la publicité ne l'auraient pas emporté sur ses effets préjudiciables. Il aurait en outre conclu que les politiques publicitaires ne résistaient pas à l'analyse fondée sur l'article premier puisque, selon lui, les restrictions qu'elles prévoyaient n'étaient pas apportées par une règle de droit.

[8] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé le jugement de première instance (2006 BCCA 529, 64 B.C.L.R. (4th) 29). Au sujet de la liberté d'expression, la juge Prowse a estimé au nom des juges majoritaires que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que les politiques publicitaires des commissions de transport ne violaient pas le droit à la liberté d'expression

erred, in applying *City of Montréal*, in considering the content of the advertisement and had mistakenly elevated the historical use of the sides of buses from a potential indicator that a place is a “public place” to an actual prerequisite for finding that it is. According to Prowse J.A., BC Transit and TransLink had a history of permitting advertising on their buses, and expression in this location could not therefore be viewed as inimical to the function of the buses as vehicles for public transportation.

[9] Regarding s. 1 of the *Charter*, Prowse J.A. declined to embark on her own analysis of whether the transit authorities’ policies were “law” within the meaning of s. 1, and she neither accepted nor rejected the trial judge’s finding on the issue. She felt that it was inappropriate to engage in this discussion given that the parties’ submissions on s. 1 were insufficient. On a similar basis, she chose not to rule definitively on the issues of remedy, merely stating that if the policies were “law” within the meaning of s. 1, she could make an order under s. 52, and if they were not “law”, she also had jurisdiction under s. 24(1) to make a similar order. Thus, she declared, without identifying the remedial provision upon which her order was actually based, that articles 7 and 9 of the advertising policies were of no force or effect. Although the validity of article 2 was raised before the trial judge, it was not referred to in the conclusion of the Court of Appeal.

[10] Southin J.A., dissenting, would have dismissed the appeal. In her view, what was at issue was the freedom of expression of both the transit authorities and the respondents. According to Southin J.A.’s interpretation, s. 2(b) includes a freedom not to publish a message or, in other words, it does not confer a right of access to “media of communication”. Furthermore, in her view, there were no signs of state oppression in the transit authorities’ refusal to post the respondents’ advertisements.

des intimées. Selon elle, le juge Halfyard avait eu tort d’appliquer l’arrêt *Ville de Montréal* en tenant compte de la teneur de la publicité et en considérant l’utilisation antérieure des côtés des autobus non plus comme un simple indice possible du caractère public d’un espace, mais comme une condition essentielle à une conclusion en ce sens. À ses yeux, BC Transit et TransLink ayant déjà autorisé la publicité sur leurs autobus, on ne pouvait alors considérer que l’expression y était incompatible avec la fonction des véhicules, à savoir le transport en commun.

[9] Pour ce qui est de l’article premier de la *Charte*, la juge Prowse a refusé d’entreprendre sa propre analyse quant à savoir si la politique de chacune des commissions de transport constituait une « règle de droit ». Elle n’a ni accepté ni rejeté la conclusion du juge de première instance sur ce point. Cette analyse lui a paru inopportune, car les prétentions des parties portant sur l’article premier étaient insuffisantes. Pour les mêmes raisons, elle a décidé de ne pas se prononcer de façon définitive sur la question de la réparation, se contentant de dire que si chacune des politiques constituait une « règle de droit » au sens de l’article premier, elle pourrait rendre l’ordonnance en application de l’art. 52 et, dans le cas contraire, elle pourrait se prévaloir du par. 24(1) pour rendre une ordonnance au même effet. Sans préciser la disposition réparatrice en vertu de laquelle elle le faisait, elle a donc déclaré inopérants les articles 7 et 9 de chacune des politiques publicitaires. Bien que la validité de l’article 2 ait été soulevée devant le juge de première instance, la conclusion de la Cour d’appel ne mentionne pas cet article.

[10] Dissidente, la juge Southin aurait rejeté l’appel. À son avis, le litige opposait la liberté d’expression des commissions de transport à celle des intimées. Suivant son interprétation, l’al. 2b) comprenait la liberté de ne pas diffuser un message ou, en d’autres termes, il ne conférait aucun droit d’accès aux « moyens de communication ». En outre, elle ne voyait aucune manifestation d’oppression par l’État dans le refus des commissions de transport de diffuser les publicités des intimées.

[11] The transit authorities sought and were granted leave to appeal to this Court with respect to the constitutional validity of articles 2, 7 and 9 of the transit authorities' policies.

## 2. Issues

[12] There are four issues in this appeal: (1) whether the entities which operate the public transit systems in the GVRD and elsewhere in British Columbia are subject to the *Charter*; (2) if so, whether the impugned policies adopted by these entities infringe the respondents' right to freedom of expression; (3) if so, whether the limits imposed by those policies are "reasonable limits prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the *Charter*; and (4) whether a declaration can be made under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* with respect to the policies.

## 3. Analysis

### 3.1 *Section 32 of the Charter: The Principles*

[13] Section 32 identifies the entities to which the *Charter* applies. It reads:

**32.** (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

[14] On the face of the provision, the *Charter* applies not only to Parliament, the legislatures and the government themselves, but also to all matters within the authority of those entities. In *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, La Forest J. explained the rationale for the broad reach of s. 32 as follows (at para. 48):

Were the *Charter* to apply only to those bodies that are institutionally part of government but not to those

[11] Les commissions de transport ont obtenu la permission d'en appeler devant notre Cour concernant la validité constitutionnelle des articles 2, 7 et 9 de leurs politiques publicitaires.

## 2. Questions en litige

[12] Quatre questions sont en litige. Premièrement, les sociétés qui exploitent les réseaux de transport en commun dans le DRV et ailleurs en Colombie-Britannique sont-elles assujetties à la *Charte*? Deuxièmement, dans l'affirmative, les politiques contestées adoptées par les sociétés portent-elles atteinte au droit à la liberté d'expression des intimées? Troisièmement, dans l'affirmative, chacune de ces politiques constitue-t-elle une « règle de droit » établissant des limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte*? Et quatrièmement, ces politiques peuvent-elles faire l'objet d'un jugement déclaratoire fondé sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

## 3. Analyse

### 3.1 *Les principes sous-tendant l'art. 32 de la Charte*

[13] L'article 32, qui détermine l'assujettissement à la *Charte*, est libellé comme suit :

**32.** (1) La présente charte s'applique :

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

[14] Il appert de cette disposition que la *Charte* s'applique non seulement au Parlement, aux législatures et au gouvernement lui-même, mais aussi à tous les domaines relevant d'eux. Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, le juge La Forest explique la raison d'être de la grande portée de l'art. 32 (par. 48) :

Si la *Charte* devait en effet ne s'appliquer qu'aux organismes faisant institutionnellement partie du

that are — as a simple matter of fact — governmental in nature (or performing a governmental act), the federal government and the provinces could easily shirk their *Charter* obligations by conferring certain of their powers on other entities and having those entities carry out what are, in reality, governmental activities or policies. In other words, Parliament, the provincial legislatures and the federal and provincial executives could simply create bodies distinct from themselves, vest those bodies with the power to perform governmental functions and, thereby, avoid the constraints imposed upon their activities through the operation of the *Charter*. Clearly, this course of action would indirectly narrow the ambit of protection afforded by the *Charter* in a manner that could hardly have been intended and with consequences that are, to say the least, undesirable. Indeed, in view of their fundamental importance, *Charter* rights must be safeguarded from possible attempts to narrow their scope unduly or to circumvent altogether the obligations they engender. [Emphasis added.]

[15] In *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, La Forest J. reviewed the position the Court had taken in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 (university), *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451 (university), *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483 (hospital), *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570 (college), and *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211 (college), on the issue of the status of various entities as “government”. Writing for a unanimous Court, he summarized the applicable principles as follows (at para. 44):

... the *Charter* may be found to apply to an entity on one of two bases. First, it may be determined that the entity is itself “government” for the purposes of s. 32. This involves an inquiry into whether the entity whose actions have given rise to the alleged *Charter* breach can, either by its very nature or in virtue of the degree of governmental control exercised over it, properly be characterized as “government” within the meaning of s. 32(1). In such cases, all of the activities of the entity will be subject to the *Charter*, regardless of whether the activity in which it is engaged could, if performed by a

gouvernement et non à ceux qui sont de nature gouvernementale (ou qui accomplissent des actes gouvernementaux) dans les faits, le gouvernement fédéral et les provinces pourraient facilement se soustraire aux obligations que la *Charte* leur impose en octroyant certains de leurs pouvoirs à d'autres entités et en leur faisant exécuter des fonctions ou appliquer des politiques qui sont, en réalité, gouvernementales. Autrement dit, le Parlement, les législatures provinciales et la branche exécutive des gouvernements fédéral ou provinciaux n'auraient qu'à créer des organismes distincts d'eux et à leur conférer le pouvoir d'exécuter des fonctions gouvernementales pour échapper aux contraintes que la *Charte* impose à leurs activités. De toute évidence, cette façon de faire réduirait indirectement la portée de la protection prévue par la *Charte* d'une manière que le législateur pourrait difficilement avoir voulue et entraînerait des conséquences pour le moins indésirables. En effet, compte tenu de leur importance fondamentale, les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés contre toute tentative visant à en réduire indûment la portée ou à échapper complètement aux obligations qui en découlent. [Je souligne.]

[15] Dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, le juge La Forest s'est penché sur le point de vue adopté par la Cour dans les arrêts *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 (université), *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451 (université), *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483 (hôpital), *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 (collège), et *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211 (collège), au sujet du caractère « gouvernemental » de diverses entités. Au nom des juges unanimes de la Cour, il résume comme suit les principes applicables (par. 44) :

... il peut être jugé que la *Charte* s'applique à une entité pour l'une ou l'autre des deux raisons suivantes. Premièrement, il peut être décidé que l'entité elle-même fait partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32. Une telle conclusion requiert l'examen de la question de savoir si l'entité dont les actes ont suscité l'allégation d'atteinte à la *Charte* peut — soit de par sa nature même, soit à cause du degré de contrôle exercé par le gouvernement sur elle — être à juste titre considérée comme faisant partie du « gouvernement » au sens du par. 32(1). En pareil cas, toutes les activités de l'entité sont assujetties à la *Charte*,

non-governmental actor, correctly be described as “private”. Second, an entity may be found to attract *Charter* scrutiny with respect to a particular activity that can be ascribed to government. This demands an investigation not into the nature of the entity whose activity is impugned but rather into the nature of the activity itself. In such cases, in other words, one must scrutinize the quality of the act at issue, rather than the quality of the actor. If the act is truly “governmental” in nature — for example, the implementation of a specific statutory scheme or a government program — the entity performing it will be subject to review under the *Charter* only in respect of that act, and not its other, private activities.

[16] Thus, there are two ways to determine whether the *Charter* applies to an entity’s activities: by enquiring into the nature of the entity or by enquiring into the nature of its activities. If the entity is found to be “government”, either because of its very nature or because the government exercises substantial control over it, all its activities will be subject to the *Charter*. If an entity is not itself a government entity but nevertheless performs governmental activities, only those activities which can be said to be governmental in nature will be subject to the *Charter*.

### 3.1.1 Application of the Principles to the Transit Authorities

[17] In this Court, BC Transit does not address the trial judge’s conclusion that it is itself “government” within the meaning of s. 32 of the *Charter*. It is clearly a government entity. It is a statutory body designated by legislation as an “agent of the government”, with a board of directors whose members are all appointed by the Lieutenant Governor in Council (*British Columbia Transit Act*, R.S.B.C. 1996, c. 38, ss. 2(5) and 4(1)). Moreover, the Lieutenant Governor in Council has the power to manage BC Transit’s affairs and operations by means of regulations (s. 32(2)). Thus, BC Transit cannot be said to be operating autonomously from the provincial government, since the latter has the power to exercise substantial control over its day-to-day activities.

indépendamment du fait que l’activité en cause pourrait à juste titre être qualifiée de « privée » si elle était exercée par un acteur non gouvernemental. Deuxièmement, une activité particulière d’une entité peut être sujette à révision en vertu de la *Charte* si cette activité peut être attribuée au gouvernement. Il convient alors d’examiner non pas la nature de l’entité dont l’activité est contestée, mais plutôt la nature de l’activité elle-même. Autrement dit, il faut, en pareil cas, s’interroger sur la qualité de l’acte en cause plutôt que sur la qualité de l’acteur. Si l’acte est vraiment de nature « gouvernementale » — par exemple, la mise en œuvre d’un régime légal ou d’un programme gouvernemental donné — l’entité qui en est chargée est assujettie à l’examen fondé sur la *Charte*, mais seulement en ce qui a trait à cet acte, et non à ses autres activités privées.

[16] Deux avenues s’offrent donc pour déterminer si la *Charte* s’applique aux activités d’une entité : l’examen de la nature de l’entité ou celui de ses activités. Si on conclut que l’entité fait partie du « gouvernement », soit par sa nature même, soit à cause du pouvoir substantiel que l’État exerce sur elle, toutes ses activités sont assujetties à la *Charte*. Si l’entité comme telle ne fait pas partie du gouvernement, mais qu’elle exerce tout de même des activités gouvernementales, seules les activités pouvant être qualifiées de gouvernementales par nature sont assujetties à la *Charte*.

### 3.1.1 Application des principes aux commissions de transport

[17] Devant notre Cour, BC Transit n’a formulé aucune observation concernant la conclusion du juge de première instance selon laquelle elle fait elle-même partie du « gouvernement » au sens de l’art. 32 de la *Charte*. Il s’agit clairement d’une entité gouvernementale par nature. Créature législative, elle est désignée [TRADUCTION] « mandataire du gouvernement » et dotée d’un conseil d’administration dont les membres sont tous nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil (*British Columbia Transit Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 38, par. 2(5) et 4(1)). En outre, ce dernier a le pouvoir de diriger les activités de BC Transit par l’adoption de règlements (par. 32(2)). BC Transit ne peut donc pas être considérée comme une entité indépendante du gouvernement provincial, car ce dernier a un grand pouvoir sur son fonctionnement quotidien.



[18] As for TransLink, it argues that the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in finding that it is “government” within the meaning of s. 32 of the *Charter*. Prowse J.A. found that because TransLink is controlled by the GVRD, which itself is “government” within the meaning of s. 32, it is an apparatus of government. She based her finding that the GVRD was governmental in nature on s. 5 of the *Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323 (“LGA”), which defines “local government” as “the council of a municipality” and “the board of a regional district”. She added that regional districts are corporations (s. 173), that they are governed by boards (s. 174) and that the boards consist of municipal directors and electoral area directors (s. 783(1)). Furthermore, the LGA describes regional districts as “independent, responsible and accountable order[s] of government within their jurisdiction” and states that a regional district is intended to provide “good government for its community” (s. 2(a)). The GVRD therefore clearly falls within the definition of “local government”.

[19] One might add to the criteria upon which Prowse J.A. based her conclusion the facts that, subject to specific limitations established in the LGA, a regional district may operate any service that the board considers necessary or desirable for its geographic area (s. 796(1)), and that it may recover the costs of its services (s. 803(1)). Moreover, the board of a regional district has the power to make bylaws which are enforceable by fine or by imprisonment (s. 266(1)). Consequently, not only is the GVRD designated as “government” in the LGA, but the legislature has granted it powers consistent with that status.

[20] Having established that the GVRD is “government”, Prowse J.A. went on to conclude that the GVRD exercises substantial control over TransLink:

... the GVRD has substantial control over the day-to-day operations of TransLink which, when combined with the GVRD’s powers to appoint the vast majority of

[18] Pour sa part, TransLink prétend que le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu à tort qu’elle fait partie du « gouvernement » au sens de l’art. 32 de la *Charte*. La juge Prowse est arrivée à la conclusion que TransLink appartient à l’appareil gouvernemental parce qu’elle relève du DRV, qui fait lui-même partie du « gouvernement » au sens de l’art. 32. Sa conclusion que le DRV est par nature assimilable au gouvernement repose sur l’art. 5 de la *Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323 (« LGA »), suivant lequel [TRADUCTION] « gouvernement local » s’entend du « conseil d’une municipalité » et du « conseil d’un district régional ». La juge a en outre fait observer qu’un district régional est une société (art. 173), que dirige un conseil (art. 174), lui-même composé d’administrateurs municipaux et d’administrateurs de secteurs électoraux (par. 783(1)). De plus, la LGA dispose que le district régional est un [TRADUCTION] « palier de gouvernement indépendant et responsable sur son territoire » et que sa raison d’être est de veiller au [TRADUCTION] « bon gouvernement dans l’intérêt de la collectivité » (al. 2a)). Le DRV est donc clairement un « gouvernement local ».

[19] On pourrait ajouter aux critères invoqués par la juge Prowse le fait que, sous réserve des restrictions particulières établies en vertu de la LGA, un district régional peut exploiter tout service que le conseil juge nécessaire ou souhaitable sur son territoire (par. 796(1)) et recouvrer le coût de ses services (par. 803(1)). Par ailleurs, son conseil peut prendre des règlements et les faire respecter au moyen d’amendes ou de peines d’emprisonnement (par. 266(1)). Ainsi, le DRV fait non seulement partie du « gouvernement » suivant la LGA, mais le législateur lui accorde des pouvoirs en conséquence.

[20] Après avoir déterminé que le DRV fait partie du « gouvernement », la juge Prowse conclut qu’il exerce un grand pouvoir sur TransLink :

[TRADUCTION] ... le DRV exerce sur le fonctionnement quotidien de TransLink un grand pouvoir qui, jumelé à celui de nommer la grande majorité des membres du

the members of TransLink's board of directors, satisfies the control test posited by the authorities. To the extent that the GVRD does not have complete control over TransLink, control is shared by the provincial government. In either case, I conclude that TransLink cannot be viewed to be operating independently or autonomously in a manner similar to either universities or hospitals. It has no independent agenda other than that provided in its constituent *Act* and no history of being an entity independent of government. [para. 93]

[21] Prowse J.A. came to this conclusion after reviewing the *Greater Vancouver Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, c. 30, and remarking that the GVRD must appoint 12 of the 15 directors on TransLink's board (s. 8(1) and (2)) and must ratify TransLink's strategic transportation plan (s. 14(4)), that TransLink must "prepare all its capital and service plans and policies and carry out all its activities and services in a manner that is consistent with its strategic transportation plan" (s. 14(3)), and that the GVRD must ratify bylaws relating to a variety of taxes and levies (ss. 25(3), 29(5), 29.1(5) and 133(5)). Although TransLink is not an agent of the government, Prowse J.A. concluded that it is substantially controlled by a local government entity — the GVRD — and is therefore itself a government entity. The control mechanisms are substantial, and I agree with Prowse J.A.'s analysis and conclusion on this issue.

[22] The conclusion that TransLink is a government entity is also supported by the principle enunciated by La Forest J. in *Eldridge* (at para. 42) and *Godbout* (at para. 48) that a government should not be able to shirk its *Charter* obligations by simply conferring its powers on another entity. The creation of TransLink by statute in 1998 and the partial vesting by the province of control over the region's public transit system in the GVRD was not a move towards the privatization of transit services, but an administrative restructuring designed to place more power in the hands of local governments (B.C.C.A. reasons, at paras. 75-79). The devolution of provincial responsibilities for public transit to the GVRD cannot therefore be viewed as having created a "*Charter-free*" zone for the public transit system in Greater Vancouver.

conseil d'administration, satisfait au critère établi par la jurisprudence. Dans la mesure où TransLink ne relève pas entièrement du DRV, elle relève aussi en partie du gouvernement provincial. Dans un cas comme dans l'autre, j'arrive à la conclusion que TransLink ne peut être considérée comme une entité exerçant ses activités de façon indépendante à l'instar d'une université ou d'un hôpital. Elle n'a pas d'autres objectifs que ceux prévus dans sa loi constitutive et elle n'a jamais constitué une entité indépendante du gouvernement. [par. 93]

[21] La juge Prowse arrive à cette conclusion après avoir constaté que suivant la *Greater Vancouver Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, ch. 30, le DRV nomme 12 des 15 administrateurs de TransLink (par. 8(1) et (2)) et ratifie son plan stratégique de transport (par. 14(4)), TransLink [TRADUCTION] « établit ses plans et ses politiques en matière d'immobilisations et de services, exerce ses activités et offre ses services conformément à son plan stratégique de transport » (par. 14(3)) et le DRV ratifie les règlements se rapportant à divers taxes et prélèvements (par. 25(3), 29(5), 29.1(5) et 133(5)). TransLink n'est pas un mandataire du gouvernement mais, pour la juge Prowse, elle est en grande partie assujettie au gouvernement local — le DRV —, de sorte qu'il s'agit d'une entité gouvernementale. Les indices de cet assujettissement sont importants, et je suis d'accord avec l'analyse et la conclusion de la juge Prowse sur ce point.

[22] Le principe énoncé par le juge La Forest dans les arrêts *Eldridge* (par. 42) et *Godbout* (par. 48) — le gouvernement ne devrait pas pouvoir se soustraire aux obligations que lui impose la *Charte* en octroyant simplement ses pouvoirs à une autre entité — étaye également la conclusion que TransLink est une entité gouvernementale. La création légale de TransLink en 1998 et le transfert partiel au DRV du pouvoir de la province sur le réseau de transport en commun de la région ne visaient pas la privatization des services de transport, mais plutôt la réorganisation administrative par l'octroi de pouvoirs accrus aux gouvernements locaux (motifs de la Cour d'appel, par. 75-79). On ne saurait donc conclure que ce transfert de pouvoirs provinciaux au DRV a soustrait le réseau de transport en commun du Grand Vancouver à l'application de la *Charte*.

[23] At this point, I should mention that the legislation considered by the courts below has been repealed since the time of the events at issue in this case. Pursuant to the *South Coast British Columbia Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, c. 30, TransLink's activities are now conducted by the South Coast British Columbia Transportation Authority. The provisions of the new statute are not before the Court, and I need not comment on them here.

[24] In summary, both BC Transit and TransLink are "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. Consequently, it is not necessary to enquire into the nature of individual activities, because all their activities are subject to the *Charter*, regardless of whether a given activity can correctly be described as "private" (*Eldridge*, at para. 44).

### 3.2 Section 2(b) of the Charter

[25] Since I have established that, for the purposes of s. 32 of the *Charter*, the transit authorities are government entities, it follows that the *Charter* applies to all their activities, including the operation of the buses they own. As I mentioned above, the transit authorities have earned revenues from advertising posted on their buses for years. BC Transit has permitted advertising inside its buses since the 1980s and on the outsides for over a decade, and TransLink has permitted advertising on the outsides of its buses ever since it came into existence in 1998. The transit authorities' policies, which regulate both the content and the form of advertisements, are at the heart of the debate. The respondents sought to post various advertisements on the sides of buses, and their requests were rejected by the transit authorities on the basis that articles 2, 7 and 9 of the policies prohibited political advertisements or advertisements of a controversial nature.

[26] The respondents submit that articles 2, 7 and 9 unjustifiably infringe their rights under s. 2(b) of the *Charter*. In the respondents' view, their claim centres on the use of government property for public expression without undue state interference with the content of their expression, and should

[23] Signalons au passage que les dispositions législatives considérées par les tribunaux inférieurs ont été abrogées depuis les événements à l'origine du litige. La *South Coast British Columbia Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, ch. 30, confie désormais les activités de TransLink à South Coast British Columbia Transportation Authority. Les dispositions de la nouvelle loi ne sont pas visées par le présent pourvoi, et il n'y a pas lieu de les commenter.

[24] En résumé, BC Transit et TransLink font toutes deux partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la nature de chacune de leurs activités, car elles sont toutes assujetties à la *Charte*, peu importe qu'elles puissent à juste titre être qualifiées de « privées » (arrêt *Eldridge*, par. 44).

### 3.2 L'alinéa 2b) de la Charte

[25] Puisque les commissions de transport constituent des entités gouvernementales aux fins de l'art. 32 de la *Charte*, toutes leurs activités, y compris l'exploitation des autobus qu'elles possèdent, sont assujetties à la *Charte*. Je rappelle que depuis des années, les commissions de transport tirent des revenus de la publicité sur les autobus. BC Transit autorise la publicité à l'intérieur des véhicules depuis les années 1980 et à l'extérieur depuis plus d'une décennie. TransLink autorise la publicité sur la partie extérieure des autobus depuis sa création en 1998. Les commissions de transport réglementent le contenu et la forme de la publicité. Leurs politiques en la matière sont au cœur du litige. Les intimées ont demandé l'affichage de différentes publicités sur les côtés des autobus, et les commissions de transport ont refusé au motif que les articles 2, 7 et 9 de leur politique respective interdisaient la publicité politique ou celle prêtant à controverse.

[26] Les intimées soutiennent que les articles 2, 7 et 9 portent indûment atteinte aux droits que leur garantit l'al. 2b) de la *Charte*. Elles disent revendiquer le droit à l'utilisation de biens gouvernementaux aux fins d'expression publique sans restriction injustifiée de la teneur de leur expression par l'État, de

therefore be resolved using the analysis for public space expression set out by this Court in *City of Montréal*. The transit authorities counter that the respondents are seeking to gain access to a particular platform for expression and that they are invoking the *Charter* to place these government entities under a positive obligation to make buses available for their expression. More specifically, BC Transit describes the respondents' claim as one of under-inclusion on the basis that they are seeking to have the scope of the advertising service extended to include political advertising. In addition, both BC Transit and TransLink characterize the claim as a positive rights claim on the basis that the respondents cannot engage in the expression at issue without their support or enablement. Accordingly, the transit authorities state that the claim should be resolved using the framework set out in *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673, rather than by applying the *City of Montréal* test, as the trial judge and the majority of the Court of Appeal have done in the case at bar.

[27] This Court has long taken a generous and purposive approach to the interpretation of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295). It has not departed from this general principle in the context of s. 2(b): *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 588; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 748-49 and 766-67; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. An activity by which one conveys or attempts to convey meaning will *prima facie* be protected by s. 2(b) (*Irwin Toy*, at pp. 968-69). Furthermore, the Court has recognized that s. 2(b) protects an individual's right to express him or herself in certain public places (*Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139 (airports); *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084 (utility poles); and *City of Montréal*, at para. 61 (city streets)). Therefore, not only is expressive activity *prima facie* protected, but so too is the right to such activity in certain public locations (*City of Montréal*, at para. 61).

sorte que la question devrait être tranchée en fonction du cadre d'analyse établi par notre Cour dans l'arrêt *Ville de Montréal* relativement à l'expression dans un espace ou un endroit public. Les commissions de transport rétorquent que les intimées revendiquent plutôt l'accès à une tribune particulière et qu'elles invoquent la *Charte* pour imposer à l'État l'obligation positive de mettre les autobus à leur disposition aux fins d'expression. Plus précisément, BC Transit estime que les intimées plaident la restriction excessive puisqu'elles demandent que la publicité acceptée englobe celle dont la teneur est politique. De plus, pour BC Transit et TransLink, il s'agit de la revendication d'un droit positif en ce que les intimées ne peuvent s'exprimer comme elles le veulent sans que les appelantes appuient l'activité expressive ou la permettent. De l'avis des commissions de transport, il faudrait donc trancher en fonction du cadre d'analyse que la Cour a établi dans l'arrêt *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673, et non appliquer le test de l'arrêt *Ville de Montréal* comme l'ont fait en l'espèce le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel.

[27] Depuis longtemps, la Cour interprète de manière généreuse et téléologique les droits et libertés garantis par la *Charte* (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295). Son interprétation de l'al. 2b) ne fait pas exception : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 588; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 748-749 et 766-767; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. L'activité par laquelle on transmet ou tente de transmettre un message bénéficie de prime abord de la protection de l'al. 2b) (*Irwin Toy*, p. 968-969). De plus, la Cour a reconnu que l'al. 2b) protège le droit individuel de s'exprimer dans certains endroits ou espaces publics (*Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 (aéroport); *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084 (poteau électrique); *Ville de Montréal*, par. 61 (voie publique)). La *Charte* protège donc de prime abord non seulement l'activité expressive, mais aussi le droit de l'exercer dans certains lieux publics (*Ville de Montréal*, par. 61).

[28] However, s. 2(b) of the *Charter* is not without limits and governments will not be required to justify every restriction on expression under s. 1 (*Baier*, at para. 20). The method or location of expression may exclude it from protection: for example, violent expression or threats of violence fall outside the scope of the s. 2(b) guarantee, and individuals do not have a constitutional right to express themselves on *all* government property.

[29] As well, although s. 2(b) protects everyone from undue government interference with expression, it generally does not go so far as to place the government under an obligation to facilitate expression by providing individuals with a particular *means* of expression (*Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995). Thus, where the government creates such a means, it is generally entitled to determine which speakers are allowed to participate. A speaker who is excluded from such means does not have a s. 2(b) right to participate unless she or he meets the criteria set out in *Baier*. Of course, other constitutional obligations — those under s. 15 of the *Charter*, for example — still apply.

[30] In *Baier*, Rothstein J., writing for the majority, summarized the criteria for identifying the limited circumstances in which s. 2(b) requires the government to extend an underinclusive means of, or “platform” for, expression to a particular group or individual. In that case, schoolteachers were challenging Alberta legislation which prohibited them from running for election as school trustees. Rothstein J. observed that the teachers, by seeking access to a government-created platform for expression, were asking the government to enable their expressive activity and were therefore asserting a positive right. The question that must be answered in the case at bar, therefore, is whether the *Baier* analysis is triggered.

[31] The transit authorities’ advertising policies authorize any “[a]dvertisements . . . which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events”

[28] Cependant, la protection offerte à l’al. 2b) de la *Charte* n’est pas illimitée, et le gouvernement n’a pas à justifier au regard de l’article premier toute restriction de la liberté d’expression (*Baier*, par. 20). Le mode ou le lieu de l’expression peut écarter la protection : par exemple, l’expression violente ou la menace de recourir à la violence ne bénéficient pas de la garantie constitutionnelle, et la *Charte* ne garantit pas à chacun le droit de s’exprimer dans *tout* espace gouvernemental.

[29] Aussi, même si l’al. 2b) protège chacun contre la restriction injustifiée de l’expression par l’État, il n’oblige généralement pas ce dernier à favoriser l’expression individuelle par la mise à la disposition de chacun d’un *mode* d’expression en particulier (*Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995). Ainsi, lorsqu’il crée un mode d’expression, l’État est généralement admis à décider de ceux qui pourront s’en prévaloir. La personne qui n’y a pas accès ne peut invoquer l’al. 2b) à l’encontre de cette exclusion que si elle satisfait aux critères de l’arrêt *Baier*. Évidemment, d’autres obligations constitutionnelles — dont celles découlant de l’art. 15 de la *Charte* — s’appliquent toujours.

[30] Dans l’arrêt *Baier*, au nom des juges majoritaires, le juge Rothstein résume les critères permettant de déterminer les quelques circonstances dans lesquelles l’al. 2b) exige du gouvernement qu’il mette à la disposition d’une personne ou d’un groupe de personnes un mode d’expression ou une « tribune » dont l’accès est trop restreint. Dans cette affaire, des enseignants contestaient une loi albertaine qui leur interdisait de se porter candidats aux postes de conseillers scolaires. Le juge Rothstein a fait observer qu’en demandant l’accès à une tribune d’origine législative, les enseignants demandaient au gouvernement de leur fournir un moyen pour donner cours à leur activité expressive et visaient donc l’obtention d’une mesure positive. Il faut donc déterminer si le cadre de l’arrêt *Baier* s’applique en l’espèce.

[31] Les politiques publicitaires des commissions de transport autorisent [TRADUCTION] « la publicité qui communique de l’information sur des biens, des services, des messages d’intérêt public et des

(article 2). The policies are designed to enable a large number of speakers to reach a large audience. The respondents sought to post political advertisements on buses by means of the transit authorities' advertising service. The *content* of their expressive activity was the political message and the *means* of expression was the advertising service enabling expression on the sides of the buses. The advertisements were rejected on the basis of their political content, not on the basis that the advertising service was not available to the respondents.

[32] At first glance, since the respondents are not themselves excluded from access to the advertising service, it seems difficult to characterize their claim as one against underinclusion. The advertising service is not a platform created for a limited group of individuals or for a very narrow purpose. Rather, it is accessible to anyone who wishes to advertise and is willing to pay a fee. According to BC Transit, however, the respondents are challenging the underinclusive scope of the platform for expression on the basis that it excludes *political* advertising. Care must be taken not to confuse the notion of an underinclusive platform for expression with government limits on the content of expression. I do not need to revisit here the factors set out in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at paras. 24-26 and 31-33, and summarized in *Baier*, at para. 27 — suffice it to say that to succeed in its argument that the respondents' claim is one of underinclusiveness, BC Transit had to at least demonstrate that the respondents themselves were excluded from the particular means of expression. But this is not what the respondents are arguing. The policies do not prevent them from using the advertising service as a means of expression. Only the content of their advertisements is restricted. Thus, their claim cannot be characterized as one against underinclusion. In contrast, in *Baier*, school trusteeship was the very means of the expressive activity, and the claimants were being denied access to that means.

[33] However, both BC Transit and TransLink also characterize the claim as one for a positive right on the basis that the respondents required

événements publics » (article 2). Elles sont conçues pour permettre à un grand nombre d'annonceurs d'avoir accès à un large auditoire. Les intimées se sont adressées au service publicitaire des commissions de transport pour faire afficher leurs publicités politiques sur les autobus. La *teneur* de l'activité expressive était le message politique et le *mode* d'expression était le service publicitaire permettant l'expression sur les côtés des autobus. Les publicités ont été refusées à cause de leur teneur politique, et non parce que les intimées n'avaient pas accès au service publicitaire.

[32] À première vue, comme les intimées ne sont pas elles-mêmes privées de l'accès au service publicitaire, il paraît difficile de considérer qu'elles contestent le caractère trop restreint d'une tribune. Le service publicitaire ne constitue pas une tribune créée à l'intention d'un groupe limité de personnes ou à une fin très précise. Il est en fait à la disposition de tout annonceur disposé à payer les frais exigibles. Or, selon BC Transit, les intimées prétendent que la tribune a un caractère trop restreint parce qu'elle exclut la publicité *politique*. Il ne faut pas confondre caractère trop restreint de la tribune et restriction par l'État du contenu de l'expression. Nul besoin de revenir en l'espèce sur les facteurs énoncés dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016 (par. 24-26 et 31-33), et résumés dans *Baier* (par. 27). Il suffit de signaler que pour faire valoir sa thèse avec succès, BC Transit devait au moins prouver que les intimées n'avaient pas elles-mêmes accès au mode d'expression en cause. Or, ce n'est pas ce que les intimées avancent. Les politiques ne les empêchent pas de recourir au service publicitaire en tant que mode d'expression. Seul le contenu de leurs publicités est visé par une restriction. On ne peut donc affirmer que les intimées contestent le caractère trop restreint de la tribune. Enfin, dans l'affaire *Baier*, le conseil scolaire constituait le mode même de l'activité expressive, et l'accès à ce mode d'expression était refusé aux demandeurs.

[33] Or, BC Transit et TransLink attribuent toutes deux aux intimées la revendication d'un droit positif parce que celles-ci leur auraient demandé

their support and enablement to convey the messages in question. A few comments are in order.

[34] In *Baier*, Rothstein J. stated (at para. 35):

To determine whether a right claimed is a positive right, the question is whether the appellants claim the government must legislate or otherwise act to support or enable an expressive activity. Making the case for a negative right would require the appellants to seek freedom from government legislation or action suppressing an expressive activity in which people would otherwise be free to engage, without any need for any government support or enablement.

The words “act to support or enable”, taken out of context, could be construed as transforming many freedom of expression cases into “positive rights claims”. Expression in public places invariably involves some form of government support or enablement. Streets, parks and other public places are often created or maintained by government legislation or action. If government support or enablement were all that was required to trigger a “positive rights analysis”, it could be argued that a claim brought by demonstrators seeking access to a public park should be dealt with under the *Baier* analysis because to give effect to such a claim would require the government to enable the expression by providing the necessary resource (i.e., the place). But to argue this would be to misconstrue *Baier*.

[35] When the reasons in *Baier* are read as a whole, it is clear that “support or enablement” must be tied to a claim requiring the government to provide a particular means of expression. In *Baier*, a distinction was drawn between placing an obligation on government to provide individuals with a particular platform for expression and protecting the underlying freedom of expression of those who are free to participate in expression on a platform (para. 42). Consequently, the transit authorities’ interpretation of the notion of a positive rights claim is overly broad and was in fact rejected in *Baier*. The respondents seek the freedom to express

d’appuyer et de permettre leur activité expressive par la diffusion des messages. Quelques remarques s’imposent.

[34] Dans l’arrêt *Baier*, le juge Rothstein dit ce qui suit (par. 35) :

Pour déterminer si le droit invoqué est positif, il faut se demander si les appelants prétendent que le gouvernement devrait légiférer ou prendre d’autres mesures pour appuyer ou permettre une activité expressive. Pour que nous soyons en présence d’un droit négatif, il faudrait que les appelants cherchent à ne pas être assujettis à des dispositions législatives ou à des mesures gouvernementales supprimant une activité expressive qu’ils seraient autrement libres d’exercer sans appui ou habilitation de la part du gouvernement.

Interprétés hors contexte, les mots « mesures pour appuyer ou permettre » pourraient dans bien des cas transformer une affaire de liberté d’expression en une revendication de droit positif. L’expression dans un endroit ou un espace public suppose nécessairement quelque appui ou habilitation de la part du gouvernement. L’existence de rues, de parcs et d’autres lieux publics tient souvent à une loi ou à une mesure gouvernementale. S’il suffisait que l’État appuie ou permette l’activité expressive pour que soit justifié l’examen sous l’angle de la revendication d’un droit positif, on pourrait soutenir que la demande d’accès à un parc public par des manifestants devrait être considérée en fonction du cadre d’analyse de l’arrêt *Baier*, car pour accéder à la demande, l’État devrait permettre l’expression par la mise à disposition du moyen requis (le lieu). Ce serait mal interpréter l’arrêt *Baier*.

[35] Interprété globalement, l’arrêt *Baier* indique clairement que le fait d’appuyer ou de permettre l’activité expressive doit être relié à une demande faite à l’État de donner accès à un mode d’expression en particulier. En effet, dans cet arrêt, la Cour distingue entre imposer à l’État l’obligation de mettre une tribune donnée à la disposition de citoyens et protéger la liberté d’expression sous-jacente de ceux qui ont la faculté de se prévaloir d’une tribune (par. 42). L’interprétation de la notion de revendication d’un droit positif que préconisent les commissions de transport est donc trop large et la Cour l’a en fait rejetée dans *Baier*. Les intimées

themselves — by means of an existing platform they are entitled to use — without undue state interference with the content of their expression. They are not requesting that the government support or enable their expressive activity by providing them with a particular means of expression from which they are excluded.

[36] I find that the transit authorities have not shown that the respondents' claim falls under the *Baier* analysis. I must now determine whether the expression should be denied s. 2(b) protection on the basis of location. This inquiry is conducted pursuant to the analytical framework developed in *City of Montréal*.

### 3.2.1 Application of *City of Montréal*

[37] In order to determine whether the transit authorities' advertising policies infringe s. 2(b) of the *Charter*, three questions must be asked: First, do the respondents' proposed advertisements have expressive content that brings them within the *prima facie* protection of s. 2(b)? Second, if so, does the method or location of this expression remove that protection? Third, if the expression is protected by s. 2(b), do the transit authorities' policies deny that protection? (*City of Montréal*, at para. 56) If the policies are found to have infringed s. 2(b) of the *Charter*, the analysis then shifts to determining whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

[38] The answer to the first question is not in issue. The proposed advertisements unquestionably have expressive content. The answer to the third question is also uncontroversial, although the question is not, as the trial judge suggested, whether all *political* speech is prohibited, but whether either the purpose or the effect of the government measures is to place a limit on expression. In the instant case, the very purpose of the impugned policies is to restrict the content of expression in the advertising space on the sides of buses. The wording of articles 2 and 7 clearly limits the content of advertisements. Article 9 is even more precise in excluding political speech. As the majority of the Court

réclament la liberté de s'exprimer — à une tribune existante qu'elles ont le droit d'utiliser — sans que l'État ne limite indûment la teneur de leur expression. Elles ne demandent pas à l'État d'appuyer ou de permettre leur activité expressive par la mise à leur disposition d'un mode d'expression en particulier auquel l'accès leur serait refusé.

[36] J'arrive à la conclusion que les commissions de transport n'ont pas établi que la réclamation des intimées tombe sous le coup de l'arrêt *Baier* et du cadre d'analyse qui y est établi. Il me faut maintenant déterminer si la protection de l'al. 2b) doit être refusée en raison du lieu. J'applique à cette fin le test de l'arrêt *Ville de Montréal*.

### 3.2.1 Application de l'arrêt *Ville de Montréal*

[37] Pour déterminer si les politiques publicitaires des commissions de transport portent atteinte au droit garanti à l'al. 2b) de la *Charte*, il faut se poser trois questions. Premièrement, le contenu expressif des publicités projetées par les intimées justifie-t-il leur protection *prima facie* par l'al. 2b)? Deuxièmement, dans l'affirmative, le mode ou le lieu d'expression ont-ils pour effet d'écarter cette protection? Troisièmement, si l'activité expressive est protégée par l'al. 2b), les politiques publicitaires en cause sont-elles attentatoires? (*Ville de Montréal*, par. 56) Si on conclut qu'il y a atteinte au droit garanti à l'al. 2b), il faut passer à la question de savoir si elle est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

[38] La réponse à la première question n'est pas contestée. Les publicités projetées ont assurément un contenu expressif. La réponse à la troisième question rallie également les parties. Or, contrairement à ce que laisse entendre le juge de première instance, la question n'est pas de savoir si tout discours *politique* est interdit mais bien si, par leur objet ou leur effet, les mesures gouvernementales limitent l'expression. En l'espèce, l'objet même des politiques publicitaires contestées est de limiter le contenu de l'expression dans l'espace publicitaire sur les côtés des autobus. Les articles 2 et 7 restreignent expressément le contenu de la publicité. L'article 9 le fait encore plus précisément en



of Appeal stated, the transit authorities “sought to prohibit political advertising precisely because it was political” (para. 133).

[39] Regarding the second question, the analysis is somewhat more elaborate. In *City of Montréal*, the majority of the Court set out the following test for determining whether expression in a government location is protected by s. 2(b) of the *Charter* (at para. 74):

The basic question with respect to expression on government-owned property is whether the place is a public place where one would expect constitutional protection for free expression on the basis that expression in that place does not conflict with the purposes which s. 2(b) is intended to serve, namely (1) democratic discourse, (2) truth finding and (3) self-fulfillment. To answer this question, the following factors should be considered:

- (a) the historical or actual function of the place; and
- (b) whether other aspects of the place suggest that expression within it would undermine the values underlying free expression.

[40] In the case at bar, the trial judge and the Court of Appeal came to opposite conclusions with respect to the first factor. The trial judge found that there was no history of *political* advertising on the sides of buses (trial judgment, at para. 87). For him, this finding was pivotal. However, content is not relevant to the determination of the function of a place.

[41] The fact that the historical function of a place included public expression or that its current function includes such expression is a good indication that expression in that place is constitutionally protected. Thus, a podium erected in a park for public use would necessarily be regarded as having a function that does not conflict with the purposes s. 2(b) is intended to serve; in fact, the very purpose of this public place would be to enhance the values underlying s. 2(b). However, the use of

écartant le discours politique. Comme le disent les juges majoritaires de la Cour d’appel, les commissions de transport [TRADUCTION] « voulaient interdire la publicité politique précisément parce qu’elle était de nature politique » (par. 133).

[39] Pour ce qui est de la deuxième question, l’analyse est quelque peu plus élaborée. Dans l’arrêt *Ville de Montréal*, les juges majoritaires de la Cour appliquent le test suivant pour déterminer si l’expression dans un lieu ou un espace à caractère gouvernemental est protégée à l’al. 2b) de la *Charte* (par. 74) :

La question fondamentale quant à l’expression sur une propriété appartenant à l’État consiste à déterminer s’il s’agit d’un endroit public où l’on s’attendrait à ce que la liberté d’expression bénéficie d’une protection constitutionnelle parce que l’expression, dans ce lieu, ne va pas à l’encontre des objectifs que l’al. 2b) est censé favoriser, soit : (1) le débat démocratique; (2) la recherche de la vérité; et (3) l’épanouissement personnel. Pour trancher cette question, il faut examiner les facteurs suivants :

- a) la fonction historique ou réelle de l’endroit;
- b) les autres caractéristiques du lieu qui laissent croire que le fait de s’y exprimer minerait les valeurs sous-jacentes à la liberté d’expression.

[40] Pour ce qui est du premier facteur, le juge de première instance et la Cour d’appel arrivent à des conclusions opposées. Le juge de première instance conclut qu’il n’y a jamais eu de publicité *politique* sur les côtés des autobus (jugement de première instance, par. 87) et il accorde une importance déterminante à ce fait. Or, le contenu n’est pas pertinent pour la détermination de la fonction d’un lieu.

[41] Le fait que l’expression publique y a été permise ou qu’elle l’est actuellement est un bon indice de sa protection constitutionnelle. Ainsi, dans un parc, l’estrade destinée à l’usage des citoyens aura nécessairement une fonction qui ne va pas à l’encontre des objectifs que l’al. 2b) est censé promouvoir. Dans ce cas, la raison d’être même du lieu public serait en fait de promouvoir les valeurs sous-jacentes à cet alinéa. Toutefois, il est très rare que l’on conteste l’utilisation d’un bien public à des

public property for expression will very rarely be questioned on the basis of such facts. The circumstances will usually be more complex. The airport, utility poles and streets at issue in *Committee for the Commonwealth of Canada, Ramsden and City of Montréal* are examples of places whose primary function is not expression.

[42] The question is whether the historical or actual function or other aspects of the space are incompatible with expression or suggest that expression within it would undermine the values underlying free expression. One way to answer this question is to look at past or present practice. This can help identify any incidental function that may have developed in relation to certain government property. Such was the case in the locations at issue in *Committee for the Commonwealth of Canada, Ramsden and City of Montréal*, where the Court found the expressive activities in question to be protected by s. 2(b). While it is true that buses have not been used as spaces for this type of expressive activity for as long as city streets, utility poles and town squares, there is some history of their being so used, and they are in fact being used for it at present. As a result, not only is there some history of use of this property as a space for public expression, but there is actual use — both of which indicate that the expressive activity in question neither impedes the primary function of the bus as a vehicle for public transportation nor, more importantly, undermines the values underlying freedom of expression.

[43] The second factor from *City of Montréal* is whether other aspects of the place suggest that expression within it would undermine the values underlying the constitutional protection. TransLink submits that its buses should be characterized as *private* publicly owned property, to which one cannot reasonably expect access. This position is untenable. The very fact that the general public has access to the advertising space on buses is an indication that members of the public would expect constitutional protection of their expression in that government-owned space. Moreover, an important aspect of a bus is that it is by nature a public, not

fins d'expression dans un tel contexte factuel. Les situations en litige sont généralement plus complexes. Par exemple, dans les arrêts *Comité pour la République du Canada, Ramsden et Ville de Montréal*, l'aéroport, le poteau électrique et la voie publique étaient un lieu ou un espace dont la fonction première n'était pas l'expression.

[42] La question est de savoir si la fonction historique ou réelle ou quelque autre caractéristique de l'espace ou du lieu est incompatible avec l'expression ou permet de conclure que l'expression dans cet espace ou dans ce lieu minerait les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. L'une des avenues possibles pour trancher est celle de considérer la pratique antérieure ou actuelle. On peut ainsi découvrir toute fonction accessoire ayant pu voir le jour relativement à un bien public donné, comme cela a été le cas dans les affaires *Comité pour la République du Canada, Ramsden et Ville de Montréal*, où la Cour a reconnu l'application de la protection prévue à l'al. 2b). Il est vrai que l'autobus ne sert pas d'espace pour ce type d'activité expressive depuis aussi longtemps que la voie publique, le poteau électrique et la place publique, mais cette fonction existait et existe toujours. Par conséquent, il y a non seulement une certaine utilisation historique du bien en cause comme lieu d'expression publique, mais aussi une utilisation réelle à cette fin, deux facteurs permettant de conclure que l'activité expressive considérée ne nuit pas à la fonction première de l'autobus — le transport en commun — et, ce qui importe encore plus, qu'elle ne mine pas les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression.

[43] Le second facteur énoncé dans l'arrêt *Ville de Montréal* est celui de savoir si d'autres caractéristiques du lieu donnent à penser que le fait de s'y exprimer minerait les valeurs sous-jacentes à la protection constitutionnelle. TransLink fait valoir que ses autobus devraient être considérés comme des biens *privés* appartenant aux pouvoirs publics et auxquels nul ne peut raisonnablement s'attendre à avoir accès. L'argument ne tient pas. Le fait même que le grand public a accès à l'espace publicitaire des autobus permet de conclure que les citoyens s'attendent à la protection constitutionnelle de leur expression dans cet espace appartenant à l'État. De

a private, space. Unlike the activities which occur in certain government buildings or offices, those which occur on a public bus do not require privacy and limited access. The bus is operated on city streets and forms an integral part of the public transportation system. The general public using the streets, including people who could become bus passengers, are therefore exposed to a message placed on the side of a bus in the same way as to a message on a utility pole or in any public space in the city. Like a city street, a city bus is a public place where individuals can openly interact with each other and their surroundings. Thus, rather than undermining the purposes of s. 2(b), expression on the sides of buses could enhance them by furthering democratic discourse, and perhaps even truth finding and self-fulfillment.

[44] The test crafted in *City of Montréal* was intended to be flexible enough to allow courts to take into consideration factors that might become relevant to the use of old or new places for public expression (at para. 77):

Changes in society and technology may affect the spaces where expression should be protected having regard to the values that underlie the guarantee. The proposed test reflects this, by permitting factors other than historical or actual function to be considered where relevant.

Changes in society or technology, or even changes in policy, may affect both the primary and incidental functions of government property. Where the government allows its property to be used for certain expressive activities, it does not commit itself to that use indefinitely. However, if a change in the function of a public place affects fundamental *Charter* rights, any constitutional requirements which attach to the new function must be met.

[45] In sum, this is not a case in which the Court must decide whether to protect access to a space

plus, une caractéristique importante de l'autobus est qu'il constitue par nature un espace public, et non privé. Les activités qui s'y déroulent n'exigent pas confidentialité et limitation d'accès comme celles menées dans certains édifices ou bureaux gouvernementaux. L'autobus circule sur la voie publique et fait partie intégrante du réseau de transport en commun. Les usagers de la voie publique en général, y compris les passagers éventuels, sont donc exposés au message affiché sur le côté d'un autobus tout comme ils le sont au message affiché sur un poteau électrique ou dans un espace public urbain. De plus, dans une ville, l'autobus comme la voie publique constituent des lieux publics où les gens peuvent interagir ouvertement entre eux et avec l'environnement. Loin de miner les objectifs de l'al. 2b), l'expression sur les côtés des autobus favorise le débat démocratique, la recherche de la vérité et l'épanouissement personnel.

[44] Le test appliqué dans l'arrêt *Ville de Montréal* se voulait suffisamment souple pour permettre la prise en considération de facteurs susceptibles de devenir pertinents pour l'utilisation d'espaces existants ou nouveaux aux fins d'expression publique (par. 77) :

Les changements sociaux et technologiques peuvent avoir une incidence sur les endroits où l'expression mérite d'être protégée eu égard aux valeurs qui sous-tendent cette garantie. Le critère proposé tient compte de cette éventualité en permettant que d'autres facteurs que celui de la fonction historique ou réelle soient pris en considération au besoin.

L'évolution sociale ou technique, voire les changements d'ordre politique, peuvent modifier les fonctions première et accessoire d'un bien public. Le gouvernement qui permet l'utilisation de ses biens pour l'exercice de certaines activités expressives n'est pas tenu de le faire indéfiniment. Cependant, lorsque la modification apportée à la fonction d'un espace ou d'un endroit public a une incidence sur un droit fondamental garanti par la *Charte*, toute exigence constitutionnelle se rattachant à la fonction nouvelle doit être respectée.

[45] En résumé, la Cour n'est pas appelée en l'espèce à déterminer si l'accès à un espace public

where the government entity has never before recognized a right to such access. Rather, the question is whether the side of a bus, as a public place where expressive activity is already occurring, is a location where constitutional protection for free expression would be expected.

[46] I do not see any aspect of the location that suggests that expression within it would undermine the values underlying free expression. On the contrary, the space allows for expression by a broad range of speakers to a large public audience and expression there could actually further the values underlying s. 2(b) of the *Charter*. I therefore conclude that the side of a bus is a location where expressive activity is protected by s. 2(b) of the *Charter*.

[47] Consequently, I conclude that since the transit authorities' policies limit the respondents' right to freedom of expression under s. 2(b), the government must justify that limit under s. 1 of the *Charter*.

### 3.3 *Is the Limit Justified Under Section 1 of the Charter?*

[48] In order to justify the infringement of the respondents' freedom of expression under s. 1 of the *Charter*, the transit authorities must show that their policies are "reasonable limits prescribed by law" that can be "demonstrably justified in a free and democratic society". I will first address the question whether the limits imposed by the impugned policies are "prescribed by law".

[49] Although the trial judge had found that the transit authorities' advertising policies did not infringe the respondents' freedom of expression, he nevertheless went on to consider s. 1 of the *Charter*. He concluded, *inter alia*, that the impugned policies were not "law" for the purposes of s. 1 and that the infringement of s. 2(b) was therefore not a limit "prescribed by law". He reached this conclusion on the basis that the policies "were not made or administered in the exercise of a 'governmental

doit être protégé là où l'entité gouvernementale n'a jamais reconnu un tel droit. Elle doit plutôt déterminer si, en tant qu'espace public, le côté d'un autobus, où s'exerce déjà l'activité expressive, constitue un lieu où l'on s'attend à ce que la liberté d'expression bénéficie de la protection constitutionnelle.

[46] Je ne vois dans ce lieu aucune caractéristique laissant croire que l'expression y minerait les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Au contraire, il permet à un grand nombre d'annonceurs de s'adresser à un large auditoire et promeut ainsi en fait les valeurs qui sous-tendent l'al. 2b) de la *Charte*. J'arrive donc à la conclusion que l'activité expressive sur le côté d'un autobus bénéficie de la protection prévue à cet alinéa.

[47] En conséquence, comme les politiques des commissions de transport limitent la liberté d'expression des intimées garantie à l'al. 2b), je conclus que le gouvernement doit justifier cette limitation au regard de l'article premier de la *Charte*.

### 3.3 *La limitation est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?*

[48] Pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression des intimées au regard de l'article premier de la *Charte*, les commissions de transport doivent prouver que les restrictions que prévoient leurs politiques sont apportées « par une règle de droit, dans des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». J'examine d'abord la question de savoir si les politiques en cause constituent des « règles de droit ».

[49] Le juge de première instance estime que les politiques publicitaires des commissions de transport ne portent pas atteinte à la liberté d'expression des intimées, mais il examine tout de même l'article premier de la *Charte*. Il conclut notamment que les politiques ne constituent pas des « règles de droit » au sens de l'article premier, de sorte que le droit garanti à l'al. 2b) n'est pas restreint « par une règle de droit ». Il arrive à cette conclusion parce que, selon lui, les politiques [TRADUCTION]

power or in the performance of a ‘governmental’ duty, and [that] the government had no involvement in the making or implementation of those policies” (trial judgment, at para. 140). Prowse J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, declined to embark on her own analysis of the “prescribed by law” issue because the transit authorities had made no submissions on the matter. She neither accepted nor rejected the trial judge’s conclusion on this issue. In this Court, the transit authorities made no submissions on the “prescribed by law” issue, while the respondents agreed with the trial judge’s findings.

### 3.3.1 Case Law on the “Prescribed by Law” Requirement

[50] In its decisions on the “prescribed by law” requirement in s. 1, the Court has distinguished between challenges to government acts and challenges to “laws” (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Eldridge*, at para. 20). This case raises the latter type of claim: the policies are being challenged, not the decision made by the transit authorities pursuant to the policies. In assessing whether the impugned policies satisfy the “prescribed by law” requirement, it must first be determined whether the policies come within the meaning of the word “law” in s. 1 of the *Charter*. To do this, it must be asked whether the government entity was authorized to enact the impugned policies and whether the policies are binding rules of general application. If so, the policies can be “law” for the purposes of s. 1. At the second stage of the enquiry, to find that the limit is “prescribed” by law, it must be determined whether the policies are sufficiently precise and accessible. Professor Peter W. Hogg describes the rationale behind the “prescribed by law” requirement in *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 2, at p. 122:

The requirement that any limit on rights be prescribed by law reflects two values that are basic to

« n’ont été ni adoptées ni appliquées dans l’exercice d’un pouvoir “gouvernemental” ou dans l’exécution d’une obligation “gouvernementale” et que le gouvernement n’a participé d’aucune façon à leur formulation ou à leur mise en œuvre » (jugement de première instance, par. 140). Au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel, la juge Prowse refuse de se livrer à sa propre analyse concernant la restriction « par une règle de droit » au motif que les commissions de transport n’ont pas présenté d’arguments à ce sujet. Elle ne se range pas à l’avis du juge de première instance sur ce point ni ne s’en dissocie. Devant notre Cour, les commissions de transport n’ont pas abordé la question de la restriction « par une règle de droit », alors que les intimées ont repris les conclusions du juge de première instance.

### 3.3.1 Jurisprudence relative à la restriction « par une règle de droit »

[50] La jurisprudence de notre Cour relative à la restriction « par une règle de droit » au sens de l’article premier établit une distinction entre la contestation de l’acte d’une entité gouvernementale et celle d’une règle de droit (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Eldridge*, par. 20). Dans la présente affaire, le second type de contestation est en cause : ce sont les politiques qui sont attaquées, non la décision prise sur leur fondement. Déterminer si la restriction découle d’une règle de droit exige d’abord que l’on établisse si la politique qui l’apporte constitue une « règle de droit » au sens de l’article premier de la *Charte*. Il faut alors examiner si l’entité gouvernementale était autorisée à adopter la politique contestée et si cette dernière constitue une règle obligatoire d’application générale. Dans l’affirmative, la politique peut constituer une « règle de droit » aux fins de l’article premier. En second lieu, il faut déterminer si la politique est suffisamment précise et accessible pour que l’on puisse conclure qu’il s’agit d’une « règle de droit ». Dans *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. 2007), vol. 2, le professeur Peter W. Hogg précise la raison d’être d’un tel examen (p. 122) :

[TRADUCTION] L’exigence qu’un droit soit restreint par une règle de droit reflète deux valeurs

constitutionalism or the rule of law. First, in order to preclude arbitrary and discriminatory action by government officials, all official action in derogation of rights must be authorized by law. Secondly, citizens must have a reasonable opportunity to know what is prohibited so that they can act accordingly. Both these values are satisfied by a law that fulfils two requirements: (1) the law must be adequately accessible to the public, and (2) the law must be formulated with sufficient precision to enable people to regulate their conduct by it, and to provide guidance to those who apply the law.

[51] In *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, the Court emphasized that the “prescribed by law” requirement safeguards the public against arbitrary state limits on *Charter* rights. Le Dain J. set out the Court’s initial interpretation of the expression “prescribed by law” in s. 1 of the *Charter* (at p. 645):

The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements.

[52] Thus, the Court does not require that the limit be prescribed by a “law” in the narrow sense of the term; it may be prescribed by a regulation or by the common law. Moreover, it is sufficient that the limit simply result by necessary implication from either the terms or the operating requirements of the “law”. (See also *Irwin Toy; B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; and *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3.)

[53] The Court has also implicitly recognized other forms of limits that were not originally identified in *Therens* as being prescribed by law, including limits contained in municipal by-laws (*Ramsden* and *City of Montréal*), provisions of a collective agreement involving a government entity (*Lavigne*) and rules of a regulatory body (*Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591). Such limits satisfy the “prescribed by law” requirement

fondamentales du constitutionnalisme ou de la primauté du droit. Premièrement, pour faire obstacle aux mesures arbitraires ou discriminatoires des représentants de l’État, toute mesure attentatoire à un droit doit être autorisée par une règle de droit. Deuxièmement, le citoyen doit être raisonnablement en mesure de savoir ce qui est interdit afin d’agir en conséquence. Une règle de droit respecte ces deux valeurs lorsqu’elle remplit deux conditions : (1) elle est suffisamment accessible au citoyen et (2) elle est formulée avec suffisamment de précision pour que le citoyen puisse se comporter en conséquence et elle offre des repères à celui qui l’applique.

[51] Dans l’arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, la Cour souligne que l’exigence de la restriction d’un droit constitutionnel « par une règle de droit » protège le citoyen contre l’arbitraire de l’État. Le juge Le Dain y interprète pour la première fois la notion de restriction « par une règle de droit » pour les besoins de l’article premier de la *Charte* (p. 645) :

L’exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l’art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d’une loi ou d’un règlement, ou de ses conditions d’application.

[52] La Cour n’exige donc pas que le droit en cause soit restreint par une loi au sens strict du terme; il peut l’être également par un règlement ou par la common law. En outre, il suffit que la restriction découle nécessairement du libellé de la « loi » ou de ses conditions d’application. (Voir également les arrêts *Irwin Toy; B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; et *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3.)

[53] La Cour reconnaît aussi implicitement d’autres formes de restriction par une règle de droit qui n’ont pas été mentionnées au départ dans l’arrêt *Therens*, notamment celles issues d’un règlement municipal (*Ramsden* et *Ville de Montréal*), d’une convention collective liant une entité gouvernementale (*Lavigne*) et des règles d’un organisme de réglementation (*Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591). Ces textes constituent des

because, much like those resulting from regulations and other delegated legislation, their adoption is authorized by statute, they are binding rules of general application, and they are sufficiently accessible and precise to those to whom they apply. In these regards, they satisfy the concerns that underlie the “prescribed by law” requirement insofar as they preclude arbitrary state action and provide individuals and government entities with sufficient information on how they should conduct themselves.

[54] The Court has likewise taken a liberal approach to the precision requirement. The majority in *Irwin Toy* explained this as follows (at p. 983):

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no “limit prescribed by law”.

The Court emphasized in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at pp. 94-97, that the standard is not an onerous one. Unless the impugned law “is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools”, it will be deemed to have met the “prescribed by law” requirement (p. 94).

[55] These cases show that the Court has chosen to take a flexible approach to the “prescribed by law” requirement as regards both the form (e.g., statute, regulation, municipal by-law, rule of a regulatory body or collective agreement provision) and articulation of a limit on a *Charter* right (i.e., a standard intelligible to the public and to those who apply the law). In the end, the Court has emphasized, as in *Therens*, the need to distinguish between limits which arise by law and limits which result from arbitrary state action; those resulting from arbitrary

« règles de droit » parce que, à l’instar des règlements et autres mesures législatives subordonnées, leur adoption est autorisée par une loi, ils sont obligatoires et d’application générale et ils sont suffisamment accessibles et précis pour ceux qui y sont assujettis. À cet égard, ils répondent aux préoccupations justifiant l’exigence de la restriction « par une règle de droit » dans la mesure où il s’agit de faire obstacle à l’arbitraire de l’État et d’offrir aux citoyens et aux entités gouvernementales suffisamment d’information sur la conduite à adopter.

[54] Dans l’arrêt *Irwin Toy*, la Cour interprète l’obligation de précision de manière libérale. Les juges majoritaires s’expliquent comme suit (p. 983) :

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L’interprétation de la manière d’appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d’application. Par contre, s’il n’existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n’y a pas de restriction prescrite « par une règle de droit ».

Dans l’arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 94-97, la Cour souligne que la norme n’est pas stricte. À moins qu’elle ne « soit [. . .] si obscur[e] que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins exacte », la loi contestée est réputée constituer « une règle de droit » (p. 94).

[55] Comme en font foi les arrêts susmentionnés, la Cour opte pour une interprétation souple de la « règle de droit » susceptible de restreindre un droit garanti par la *Charte*, et ce, tant sur le plan de la forme (loi, règlement, notamment municipal, règle d’un organisme de réglementation ou convention collective) que sur celui de la formulation (c’est-à-dire, une norme intelligible pour le public et celui qui l’applique). En fin de compte, la Cour insiste, comme dans l’arrêt *Therens*, sur la nécessité de distinguer entre la restriction issue de la loi et celle qui

state action continue to fail the “prescribed by law” requirement.

[56] This inclusive approach is based on a recognition that a narrow interpretation would lead to excessive rigidity in a parliamentary and legislative system that relies heavily on framework legislation and delegations of broad discretionary powers. McLachlin J. (as she then was) commented on this as follows in *Committee for the Commonwealth of Canada* (at p. 245):

From a practical point of view, it would be wrong to limit the application of s. 1 to enacted laws or regulations. That would require the Crown to pass detailed regulations to deal with every contingency as a pre-condition of justifying its conduct under s. 1. In my view, such a technical approach does not accord with the spirit of the *Charter* and would make it unduly difficult to justify limits on rights and freedoms which may be reasonable and, indeed, necessary.

See also *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at para. 137.

[57] Bearing in mind the broad interpretation given the “prescribed by law” requirement and the principles underlying the Court’s approach, I must now consider whether limits resulting from policies of a government entity satisfy the “prescribed by law” requirement.

### 3.3.2 Government Policies and the “Prescribed by Law” Requirement

[58] Government policies come in many varieties. Oftentimes, even though they emanate from a government entity rather than from Parliament or a legislature, they are similar, in both form and substance, to statutes, regulations and other delegated legislation. Indeed, as a binding rule adopted pursuant to a government entity’s statutory powers, a policy may have a legal effect similar to that of a municipal by-law or a law society’s rules, both of which fall within the meaning of “law” for the purposes of s. 1. Other government policies

découle d’une mesure arbitraire de l’État, cette dernière ne satisfaisant toujours pas à l’exigence d’une restriction « par une règle de droit ».

[56] Cette approche généreuse est privilégiée parce qu’une interprétation étroite imposerait une trop grande rigidité à un système parlementaire et législatif qui s’en remet considérablement à des lois-cadres et à la délégation de larges pouvoirs discrectionnaires. Dans l’arrêt *Comité pour la République du Canada*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dit d’ailleurs à ce sujet (p. 245) :

D’un point de vue pratique, il serait mal venu de limiter l’application de l’article premier aux lois et aux règlements adoptés par le législateur. L’État serait alors tenu d’adopter des règlements détaillés portant sur toutes les éventualités imaginables, avant de pouvoir justifier sa conduite en vertu de l’article premier. À mon avis, une approche aussi technique n’est pas conforme à l’esprit de la *Charte* et rendrait indûment difficile la justification des restrictions apportées aux droits et libertés qui peuvent être raisonnables et, de fait, nécessaires.

Voir également l’arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 137.

[57] Au vu de l’interprétation libérale de la Cour et des principes invoqués à l’appui, il faut maintenant déterminer si la restriction résultant d’une politique d’une entité gouvernementale satisfait à l’exigence de la restriction « par une règle de droit ».

### 3.3.2 Application aux politiques gouvernementales de l’exigence de la restriction « par une règle de droit »

[58] Les politiques gouvernementales ont des profils très variés. Même si elles sont adoptées par des entités gouvernementales plutôt que par le Parlement ou une assemblée législative, elles s’apparentent souvent, sur la forme et le fond, à des lois, des règlements et d’autres mesures législatives subordonnées. À titre de règle obligatoire adoptée en vertu d’un pouvoir légal conféré à une entité gouvernementale, une politique peut avoir un effet juridique semblable à celui d’un règlement municipal ou d’une règle d’un barreau provincial, qui



are informal or strictly internal, and amount in substance merely to guidelines or interpretive aids as opposed to legal rules. The question that arises is this: Does a given policy or rule emanating from a government entity satisfy the “prescribed by law” requirement? It can be seen from the case law that a distinction must be drawn between rules that are legislative in nature and rules that are administrative in nature.

[59] In *Committee for the Commonwealth of Canada*, the Court was divided on the issue of whether the internal directives or policies applied by the airport managers in administering the regulatory scheme at issue in that case were “law”. In addition to provincial legislation regulating the matter, the airport administration had “an enduring and intransigent policy prohibiting all forms of solicitation and advertising” (p. 185). The trial judge found that an airport manager had been acting in accordance with this established policy when he prohibited the claimants from disseminating political messages at the airport. Lamer C.J., writing for himself and Sopinka J., expressed the opinion that because of their informal and internal nature, including the fact that they were not known to the public, the internal directives or policies could not possibly qualify as “law” prescribing the government action (p. 164).

[60] McLachlin J. (La Forest J. concurring) was of the view that the internal directives or policies were “law” because they were made pursuant to the Crown’s common law right to manage its property (at p. 244):

... I would incline to the view that the act of the airport officials in preventing [the claimants] from handing out leaflets and soliciting members constitutes a limit prescribed by law because the officials were acting pursuant to the Crown’s legal rights as owner of the premises.

constituent tous deux des « règles de droit » aux fins de l’article premier. Il peut cependant arriver qu’une politique revête un caractère informel ou purement interne et qu’elle ne constitue essentiellement qu’une ligne directrice ou un guide d’interprétation, et non une règle juridique. La question qui se pose alors est la suivante : quelle politique ou règle d’une entité gouvernementale satisfait à l’exigence de la restriction « par une règle de droit »? Il appert de la jurisprudence qu’il faut distinguer entre une règle de nature législative et une règle de nature administrative.

[59] Dans l’arrêt *Comité pour la République du Canada*, les juges de la Cour ne se sont pas entendus sur la question de savoir si la directive ou politique interne appliquée par le directeur d’aéroport dans l’administration du règlement en cause dans cette affaire constituait une règle de droit. Outre la disposition provinciale pertinente, la direction de l’aéroport appliquait « une politique intransigente interdisant toute forme de sollicitation et de publicité » (p. 185). Le juge de première instance a conclu que le directeur de l’aéroport avait agi conformément à cette politique établie lorsqu’il avait interdit aux intimés de diffuser leurs messages politiques dans l’aérogare. S’exprimant également au nom du juge Sopinka, le juge en chef Lamer a estimé que la directive ou politique interne ne pouvait être considérée comme une « règle de droit » fondant la mesure gouvernementale à cause de son caractère informel et interne, y compris le fait qu’elle n’était pas connue du public (p. 164).

[60] La juge McLachlin (avec l’appui du juge La Forest) a été d’avis que la directive ou politique interne constituait une « règle de droit » puisqu’elle avait été adoptée en application du droit que la common law confère à l’État d’administrer ses biens (p. 244) :

[J]e serais encline à croire que le geste des fonctionnaires de l’aéroport qui [...] ont empêché [les intimés] de distribuer des dépliants et de solliciter des adhésions constitue une limite prescrite par une règle de droit parce que les fonctionnaires agissaient conformément aux droits dont jouit l’État en vertu de la loi, en sa qualité de propriétaire des lieux.

[61] The decision ultimately turned on the constitutional validity of the regulations, and the question whether internal directives or policies can be considered to be “law” within the meaning of s. 1 was left without a definitive answer.

[62] The issue was again addressed in *Little Sisters*, a case concerning the use of internal guidelines by custom officials in administering the *Customs Act*. The guidelines which were in the form of a memorandum, interpreted standards set out in the legislation. Binnie J., writing for the majority, stated (at para. 85):

... the Memorandum ... was nothing more than an internal administrative aid to Customs inspectors. It was not law. It could never have been relied upon by Customs in court to defend a challenged prohibition. ... It is the statutory decision ... not the manual, that constituted the denial [of the claimants’ freedom of expression]. It is simply not feasible for the courts to review for *Charter* compliance the vast array of manuals and guides prepared by the public service for the internal guidance of officials. The courts are concerned with the legality of the decisions, not the quality of the guidebooks, although of course the fate of the two are not unrelated.

[63] What *Committee for the Commonwealth of Canada* and *Little Sisters* demonstrate is a concern about the administrative nature of the policies and guidelines of the government entities in question. Administrative rules relate to the implementation of laws contained in a statutory scheme and are created for the purpose of administrative efficiency. The key question is thus whether the policies are focussed on “indoor” management. In such a case, they are meant for internal use and are often informal in nature; express statutory authority is not required to make them. Such rules or policies act as interpretive aids in the application of a statute or regulation. They cannot in and of themselves be viewed as “law” that prescribes a limit on a *Charter* right. An interpretive guideline or policy is not intended to establish individuals’ rights and obligations or to create entitlements. Moreover, such documents are usually accessible only within

[61] La décision de la Cour a finalement reposé sur la constitutionnalité du règlement, et la question de savoir si une directive ou politique interne peut être considérée comme « une règle de droit » au sens de l’article premier n’a pas été tranchée de manière définitive.

[62] La question s’est de nouveau posée dans l’affaire *Little Sisters*. Le litige portait sur des directives internes appliquées par les fonctionnaires des douanes dans le cadre de l’administration de la *Loi sur les douanes*. Sous forme de mémorandum, ces directives interprétaient les normes établies par la loi. Au nom des juges majoritaires, le juge Binnie affirme (par. 85) :

... le Mémorandum [...] n’était rien de plus qu’un outil administratif interne à l’intention des inspecteurs des douanes. Il n’avait pas force de loi. Il n’aurait jamais pu être invoqué en cour par les Douanes pour défendre une prohibition contestée [...] C’est [...] la décision législative, et non le guide, qui a constitué la privation [de liberté d’expression pour les demandeurs]. Il est tout simplement impossible aux tribunaux de contrôler la conformité à la *Charte* de la multitude de guides et manuels internes préparés par la fonction publique pour assister les fonctionnaires dans leur travail. Les tribunaux s’attachent à la légalité des décisions et non à la qualité des guides, bien que le sort de l’un ne soit évidemment pas indépendant du sort de l’autre.

[63] Ce que démontrent les arrêts *Comité pour la République du Canada* et *Little Sisters* est une préoccupation concernant le caractère administratif des politiques et directives des entités gouvernementales en cause. La règle de nature administrative touche à l’application de lois formant un régime législatif; sa raison d’être est l’efficacité administrative. La question déterminante est donc celle de savoir si la politique s’attache à la régie interne. Dans un tel cas, elle est destinée à une application interne et elle est souvent de nature informelle; son adoption ne requiert pas l’autorisation expresse du législateur. Une telle règle ou politique sert à l’interprétation des dispositions d’une loi ou d’un règlement. Elle ne saurait être assimilée elle-même à une règle de droit qui restreint un droit constitutionnel. Ni un guide d’interprétation ni une politique n’ont pour objet d’établir les droits et les obligations d’une personne non plus que de créer des

the government entity and are therefore unhelpful to members of the public who are entitled to know what limits there are on their *Charter* rights. No matter how broadly the word “law” is defined for the purposes of s. 1, a policy that is administrative in nature does not fall within the definition, because it is not intended to be a legal basis for government action.

[64] Where a policy is not administrative in nature, it may be “law” provided that it meets certain requirements. In order to be legislative in nature, the policy must establish a norm or standard of general application that has been enacted by a government entity pursuant to a rule-making authority. A rule-making authority will exist if Parliament or a provincial legislature has delegated power to the government entity for the specific purpose of enacting binding rules of general application which establish the rights and obligations of the individuals to whom they apply (D. C. Holland and J. P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada* (1989), at p. 103). For the purposes of s. 1 of the *Charter*, these rules need not take the form of statutory instruments. So long as the enabling legislation allows the entity to adopt binding rules, and so long as the rules establish rights and obligations of general rather than specific application and are sufficiently accessible and precise, they will qualify as “law” which prescribes a limit on a *Charter* right.

[65] Thus, where a government policy is authorized by statute and sets out a general norm or standard that is meant to be binding and is sufficiently accessible and precise, the policy is legislative in nature and constitutes a limit that is “prescribed by law”.

[66] The question which now remains is whether the transit authorities’ advertising policies meet the “prescribed by law” requirement under s. 1 of the *Charter*.

droits. En outre, ils ne sont habituellement accessibles qu’au sein de l’entité gouvernementale et sont donc sans utilité pour informer le citoyen qui doit être en mesure de connaître toute restriction apportée à ses droits constitutionnels. La politique de nature administrative, même entendue au sens le plus large, n’est pas une « règle de droit » pour les besoins de l’article premier, car sa raison d’être n’est pas d’offrir un fondement juridique à l’action gouvernementale.

[64] La politique qui n’est pas administrative par nature et qui satisfait à certaines exigences peut constituer une « règle de droit ». Pour qu’elle soit de nature législative, la politique doit établir une norme d’application générale adoptée par une entité gouvernementale en vertu de son pouvoir de réglementation. Un tel pouvoir existe lorsque le législateur fédéral ou provincial a délégué un pouvoir à l’entité gouvernementale aux fins précisément d’adopter des règles obligatoires d’application générale établissant les droits et les obligations des personnes qui y sont assujetties (D. C. Holland et J. P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada* (1989), p. 103). Point n’est besoin, pour l’application de l’article premier de la *Charte*, que ces règles revêtent la forme de textes réglementaires. Dans la mesure où leurs lois habilitantes permettent aux entités d’adopter des règles obligatoires, où leurs politiques établissent des droits et des obligations d’application générale plutôt que particulière et où elles sont suffisamment accessibles et précises, alors ces politiques sont réputées constituer des « règles de droit » susceptibles de restreindre un droit garanti par la *Charte*.

[65] Ainsi, lorsqu’une politique gouvernementale est autorisée par la loi, qu’elle établit une norme générale se voulant obligatoire et qu’elle est suffisamment accessible et précise, il s’agit d’une règle de nature législative qui constitue une « règle de droit ».

[66] La question à trancher dès lors est de savoir si les politiques publicitaires des commissions de transport constituent « une règle de droit » au sens de l’article premier de la *Charte*.

### 3.3.3 Application of the Principles to the Transit Authorities' Policies

[67] A review of the enabling legislation suggests that the transit authorities' policies were adopted pursuant to statutory powers conferred on BC Transit and TransLink.

[68] Section 3(1)(c) of the *British Columbia Transit Act* authorizes BC Transit's board of directors, with the Minister's approval, "to pursue commercial opportunities and undertake or enter into commercial ventures in respect of those systems and the authority's assets and resources". According to s. 4(4)(e) of the Act, the board of directors

must supervise the management of the affairs of the [transit] authority and may . . . by resolution . . . establish rules for the conduct of their affairs . . . .

[69] A similar authority is conferred on TransLink's board under s. 2(4) of the *Greater Vancouver Transportation Authority Act*:

2(4) The authority may carry on business, and, without limiting this, may enter into contracts or other arrangements, adopt bylaws, pass resolutions, issue or execute any other record or sue or be sued under a name prescribed by regulation of the Lieutenant Governor in Council, and any contract, bylaw, resolution or other arrangement or record entered into, adopted, passed, issued or executed, as the case may be, and any suit brought, by the authority under the prescribed name is as valid and binding as it would be were it entered into, adopted, passed, issued, executed or brought by the authority under its own name.

[70] The enabling statutes thus confer broad discretionary powers on each entity's board of directors to adopt rules regulating the conduct of its affairs, including the generation of revenue for the public transportation system through advertising sales. Further, according to documents filed in the record, the policies were "reviewed and adopted" by the boards of both entities (Appellants' Joint Record, at pp. 179 and 326). The policies

### 3.3.3 Application des principes aux politiques des commissions de transport

[67] Il appert des lois habilitantes que les politiques des commissions de transport ont été adoptées en vertu des pouvoirs légaux conférés à BC Transit et à TransLink.

[68] L'alinéa 3(1)c) de la *British Columbia Transit Act* autorise le conseil d'administration de BC Transit [TRADUCTION] « à saisir des occasions d'affaires et à participer à des entreprises commerciales à l'égard de ces réseaux, ainsi que des biens et des ressources de la commission », sous réserve de l'approbation du ministre. L'alinéa 4(4)e) de la Loi dispose que le conseil d'administration

[TRADUCTION] surveille l'administration de la commission [de transport] et peut [. . .] par voie de résolution [. . .] établir des règles relatives à l'exercice de ses activités . . .

[69] Le conseil d'administration de TransLink est investi d'un pouvoir semblable au par. 2(4) de la *Greater Vancouver Transportation Authority Act* :

[TRADUCTION]

2(4) La commission peut exploiter une entreprise et, notamment, conclure des contrats ou d'autres arrangements, prendre des règlements, adopter des résolutions, établir d'autres documents ou ester en justice sous un nom prescrit par règlement du lieutenant-gouverneur en conseil, auquel cas la mesure est valable et lie la commission comme si elle l'avait prise sous son propre nom.

[70] Ainsi, les lois habilitantes confèrent au conseil d'administration de chacune des entités un pouvoir discrétionnaire étendu d'adopter des règles régissant l'exercice de ses activités, notamment la production de revenus pour le réseau de transport en commun grâce à la vente de publicité. En outre, suivant les documents versés au dossier, les politiques ont été [TRADUCTION] « adoptées après examen » par le conseil d'administration de chacune des deux

therefore appear to have been adopted in a formal manner.

[71] Where a legislature has empowered a government entity to make rules, it seems only logical, absent evidence to the contrary, that it also intended those rules to be binding. In this case, TransLink is empowered to “establish rules” and to “enter into contracts”, “adopt bylaws” and “pass resolutions”. Bylaws and contracts are intended to bind. In the context of the enabling provisions, it follows that resolutions have the same binding effect as the other enumerated instruments.

[72] The policies are not administrative in nature, as they are not meant for internal use as an interpretive aid for “rules” laid down in the legislative scheme. Rather, the policies are themselves rules that establish the rights of the individuals to whom they apply. Moreover, the policies can be said to be general in scope, since they establish standards which are applicable to all who want to take advantage of the advertising service rather than to a specific case. They therefore fall within the meaning of the word “law” for the purposes of s. 1 and will satisfy the “prescribed by law” requirement provided that they are sufficiently accessible and precise.

[73] In my view, the transit authorities’ advertising policies are both accessible and precise. They are made available to members of the general public who wish to advertise on the transit authorities’ buses, and they clearly outline the types of advertisements that will or will not be accepted. Thus, the limits on expression are accessible and are worded precisely enough to enable potential advertisers to understand what is prohibited. The limits resulting from the policies are therefore legislative in nature and are “limits prescribed by law” within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

entités (dossier conjoint des appelantes, p. 179 et 326), de sorte qu’elles semblent avoir été adoptées de manière formelle.

[71] Il paraît logique que le législateur qui autorise l’adoption de règles par une entité gouvernementale veuille également, sauf indications contraires, que ces règles soient obligatoires. En l’espèce, TransLink peut [TRADUCTION] « établir des règles » et « conclure des contrats », « prendre des règlements » et « adopter des résolutions ». Règlements et contrats ont force obligatoire. Dans le contexte des dispositions habilitantes, on peut inférer que les résolutions ont la même force obligatoire que les autres instruments qui y sont énumérés.

[72] Les politiques ne sont pas de nature administrative puisqu’elles ne sont pas destinées à une application interne comme guide d’interprétation de « règles » établies par le régime législatif. Elles constituent elles-mêmes des règles établissant les droits des personnes qui y sont assujetties. De plus, on peut leur attribuer une portée générale en ce qu’elles fixent des normes qui s’appliquent à toute personne désireuse de se prévaloir du service publicitaire, et non dans certains cas particuliers. Elles sont donc assimilables à des « règles de droit » au sens de l’article premier et satisfont à l’exigence de la restriction « par une règle de droit » lorsqu’elles sont suffisamment accessibles et précises.

[73] À mon avis, les politiques publicitaires des commissions de transport sont à la fois accessibles et précises. Elles peuvent être consultées par tout membre du grand public désireux de se servir des autobus des commissions de transport comme support publicitaire, et elles énoncent clairement quels genres de publicité sont acceptés ou non. Ainsi, les restrictions apportées à l’expression sont accessibles et formulées avec suffisamment de précision pour permettre aux annonceurs éventuels de comprendre ce qui est écarté. Par conséquent, les politiques publicitaires sont de nature législative et des droits y sont restreints « par une règle de droit » au sens de l’article premier de la *Charte*.

### 3.3.4 Are the Limits Justified in a Free and Democratic Society?

[74] The next step in the analysis is to determine whether the infringement is justified in a free and democratic society. The principles were set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. For ease of reference, I will now reproduce the text of the impugned policies once again:

POLICY:

. . . .

2. Advertisements, to be accepted, shall be limited to those which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events.

. . . .

Standards and Limitations

. . . .

7. No advertisement will be accepted which is likely, in the light of prevailing community standards, to cause offence to any person or group of persons or create controversy;

. . . .

9. No advertisement will be accepted which advocates or opposes any ideology or political philosophy, point of view, policy or action, or which conveys information about a political meeting, gathering or event, a political party or the candidacy of any person for a political position or public office;

[75] The trial judge accepted, albeit with some hesitation, the transit authorities' submission that their policies had a sufficiently pressing and substantial objective of providing "a safe, welcoming public transit system" (para. 110). However, he went on to conclude that the policies were not rationally connected to the purported objective of ensuring safety, as it was doubtful that "the kind or extent of the controversy that might be provoked by such

### 3.3.4 Justification des restrictions dans une société libre et démocratique

[74] L'étape suivante consiste à déterminer si l'atteinte est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au regard des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Pour faciliter leur consultation, je reproduis de nouveau le libellé des politiques attaquées :

[TRADUCTION]

POLITIQUE :

. . . .

2. Seule est acceptée la publicité qui communique de l'information sur des biens, des services, des messages d'intérêt public et des événements publics.

. . . .

Conditions et restrictions

. . . .

7. Est exclue toute publicité susceptible, au regard des normes sociales reconnues, d'offenser une personne ou un groupe de personnes ou de susciter la controverse.

. . . .

9. Est exclue toute publicité qui promeut ou conteste une idéologie ou une philosophie politique, un point de vue, une politique ou une mesure, ou qui renseigne sur une assemblée, un rassemblement ou un événement politique, un parti politique ou la candidature d'une personne à une fonction politique ou à une charge publique.

[75] Le juge de première instance retient, quoique avec une certaine hésitation, la thèse des commissions de transport selon laquelle les politiques répondent à l'objectif suffisamment urgent et réel d'offrir [TRADUCTION] « un réseau de transport en commun sûr et accueillant » (par. 110). Cependant, il conclut ensuite que les politiques des commissions de transport n'ont pas de lien rationnel avec le prétendu objectif de sûreté, puisqu'il est peu

advertisements could create a safety risk” (para. 114). He also found that the total ban on political and other advocacy advertising did not constitute a minimal impairment of freedom of expression and that the alleged benefits of the advertising restrictions did not outweigh their detrimental effects (paras. 122 and 131). The Court of Appeal did not address this issue.

[76] I accept that the policies were adopted for the purpose of providing “a safe, welcoming public transit system” and that this is a sufficiently important objective to warrant placing a limit on freedom of expression. However, like the trial judge, I am not convinced that the limits on political content imposed by articles 2, 7 and 9 are rationally connected to the objective. I have some difficulty seeing how an advertisement on the side of a bus that constitutes political speech might create a safety risk or an unwelcoming environment for transit users. It is not the political nature of an advertisement that creates a dangerous or hostile environment. Rather, it is only if the advertisement is offensive in that, for example, its content is discriminatory or it advocates violence or terrorism — regardless of whether it is commercial or political in nature — that the objective of providing a safe and welcoming transit system will be undermined.

[77] Had I found a rational connection between the objective and the limits imposed by articles 2, 7 and 9, I would nevertheless have concluded that the means chosen to implement the objective was neither reasonable nor proportionate to the respondents’ interest in disseminating their messages pursuant to their right under s. 2(b) of the *Charter* to freedom of expression. The policies allow for commercial speech but prohibit all political advertising. In particular, article 2 of the policies limits the types of advertisements that will be accepted to “those which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events”, thereby excluding advertisements which communicate political messages. Article 7, on the other hand, refers

probable que [TRADUCTION] « la nature ou l’ampleur de la controverse susceptible d’être suscitée par les publicités présente un risque pour la sûreté » (par. 114). Il ajoute que l’exclusion totale de la publicité politique ou par ailleurs partisane ne porte pas atteinte le moins possible à la liberté d’expression et que les avantages allégués de la restriction de la publicité ne l’emportent pas sur ses effets préjudiciables (par. 122 et 131). La Cour d’appel ne se prononce pas sur ce point.

[76] Je reconnais que les politiques ont été adoptées dans le but d’offrir « un réseau de transport en commun sûr et accueillant » et qu’il s’agit d’un objectif suffisamment important pour justifier la restriction de la liberté d’expression. Toutefois, à l’instar du juge de première instance, je ne suis pas convaincue que l’exclusion de tout contenu politique aux articles 2, 7 et 9 ait un lien rationnel avec l’objectif. J’ai du mal à concevoir que la présence d’un message politique sur le côté d’un autobus puisse rendre le transport en commun moins sûr ou moins accueillant pour les usagers. Le caractère politique d’une publicité ne saurait créer un environnement dangereux ou hostile. Ce serait plutôt le caractère offensant du message — lorsque, par exemple, son contenu est discriminatoire ou incite à la violence ou au terrorisme, peu importe qu’il s’agisse d’une publicité commerciale ou politique — qui irait à l’encontre de l’objectif d’offrir un réseau de transport en commun sûr et accueillant.

[77] Si j’avais vu un lien rationnel entre l’objectif et les restrictions prévues aux articles 2, 7 et 9, je serais néanmoins arrivée à la conclusion que le moyen choisi pour réaliser l’objectif n’est ni raisonnable ni proportionné au droit des intimées d’exercer leur liberté d’expression garantie à l’al. 2b) de la *Charte* en diffusant leurs messages. La publicité commerciale est autorisée, mais pas la publicité politique. Plus particulièrement, l’article 2 de chacune des politiques prévoit que seule est acceptée la publicité [TRADUCTION] « qui communique de l’information sur des biens, des services, des messages d’intérêt public et des événements publics », écartant de ce fait celle qui transmet un message politique. L’article 7 renvoie pour sa part aux normes sociales reconnues pour déterminer si une publicité

to prevailing community standards as a measuring stick for whether an advertisement is likely “to cause offence to any person or group of persons or create controversy”. While a community standard of tolerance may constitute a reasonable limit on offensive advertisements, excluding advertisements which “create controversy” is unnecessarily broad. Citizens, including bus riders, are expected to put up with some controversy in a free and democratic society. Finally, article 9 represents the most overt restriction on political advertisements, as it bans all forms of political content regardless of whether the message actually contributes to an unsafe or unwelcoming transit environment. In sum, the policies amount to a blanket exclusion of a highly valued form of expression in a public location that serves as an important place for public discourse. They therefore do not constitute a minimal impairment of freedom of expression.

[78] The fact that the limits are overbroad in the instant case does not mean that the government cannot limit speech in bus advertisements. It is clear from this Court’s s. 1 jurisprudence on freedom of expression that location matters, as does the audience. Thus, a limit which is not justified in one place may be justified in another. And the likelihood of children being present matters, as does the audience’s ability to choose whether to be in the place. In *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at paras. 93-94, one of the provisions at issue limited tobacco advertising that was appealing to young people or was published in places frequented or publications read by young people. This provision was held to be justified on the basis of the need to protect youths because of their vulnerability. In the criminal law context, this Court has held that the concept of indecency in the *Criminal Code* depends in part on location in that conduct that is indecent in one place may not be indecent in another more private place: *R. v. Labaye*, 2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728, at paras. 42-43; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932, at pp. 960-61.

[79] Thus, limits on advertising are contextual. Although we are not required to review the proposed

est susceptible [TRANSLATION] « d’offenser une personne ou un groupe de personnes ou de susciter la controverse ». La norme socialement reconnue de la tolérance peut constituer un rempart raisonnable contre la publicité offensante, mais l’exclusion de toute publicité pouvant « susciter la controverse » a une portée trop grande. Dans une société démocratique, on s’attend des citoyens, y compris des usagers du transport en commun, qu’ils tolèrent un certain degré de controverse. Enfin, l’article 9 est celui qui écarte le plus explicitement la publicité politique. Il prohibe toute forme de contenu politique, que celui-ci compromette ou non la sûreté du transport en commun ou son caractère accueillant. En somme, une forme d’expression à laquelle est attaché un grand prix est exclue totalement d’un espace public qui constitue un important lieu d’expression publique. Les politiques ne portent donc pas atteinte le moins possible à la liberté d’expression.

[78] La constatation du caractère excessif de la restriction en l’espèce ne signifie pas que le gouvernement ne peut pas limiter l’expression dans l’espace publicitaire d’un autobus. Il ressort de la jurisprudence de la Cour relative à l’article premier et à la liberté d’expression que le lieu importe, tout comme l’auditoire. La limite qui n’est pas justifiée à un endroit peut donc l’être dans un autre. La présence probable d’enfants ou le caractère volontaire ou non de la présence des gens comptent également. Dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, l’une des dispositions en cause limitait la publicité du tabac destinée aux jeunes ou celle faite dans les lieux qu’ils fréquentaient ou dans les publications qu’ils lisaient. La Cour a conclu que la disposition était justifiée par la nécessité de protéger les jeunes en raison de leur vulnérabilité (par. 93-94). Dans le contexte pénal, elle a considéré que l’indécence au sens du *Code criminel* tenait en partie au lieu, c’est-à-dire que certains actes sont indécents à certains endroits, mais pas à d’autres, plus privés : *R. c. Labaye*, 2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728, par. 42-43; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, p. 960-961.

[79] La justification de limites apportées à la publicité tient donc au contexte. Nous ne sommes



standards, the Canadian Code of Advertising Standards, which is referred to in the transit authorities' advertising policies, could be used as a guide to establish reasonable limits, including limits on discriminatory content or on ads which incite or condone violence or other unlawful behaviour. Given that the transit authorities did not raise s. 1, however, the above comment is intended merely to provide guidance on what may be justified, but the determination of what is justified will depend on the facts in the particular case.

[80] In sum, advertising on buses has become a widespread and effective means for conveying messages to the general public. In exercising their control over such advertising, the transit authorities have failed to minimize the impairment of political speech, which is at the core of s. 2(b) protection. I conclude that, to the extent that articles 2, 7 and 9 prohibit political advertising on the sides of buses, they place an unjustifiable limit on the respondents' right under s. 2(b) of the *Charter* to freedom of expression.

#### 4. Remedy

[81] In light of the conclusion that the impugned policies violate the respondents' rights under s. 2(b) of the *Charter*, an appropriate remedy must be granted. The majority of the Court of Appeal declared that articles 7 and 9 of the transit authorities' advertising policies were of "no force and effect". Prowse J.A. granted the declarations sought by the respondents either on the basis of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* if the policies are "law" within the meaning of that section, or on the basis of s. 24(1) of the *Charter* if they are not, as she was satisfied that the language of s. 24(1) is broad enough to encompass the remedy sought by the respondents. In this Court, BC Transit has not addressed the issue of remedy. As for TransLink, it briefly states, on the basis that the policies are not "law" for the purposes of s. 52(1) and that the respondents did not seek a declaration under

pas appelés à examiner les normes qu'il propose, mais le Code canadien des normes en publicité, auquel renvoient les politiques des commissions de transport, pourrait servir de guide pour établir des limites raisonnables, y compris en ce qui concerne le caractère discriminatoire d'une annonce publicitaire ou encore, la violence ou d'autres actes illégaux qui y sont encouragés ou tolérés. Cependant, comme les commissions de transport n'ont pas invoqué l'article premier, le commentaire qui précède ne vise qu'à offrir des repères pour déterminer ce qui est susceptible d'être justifié, toute décision à cet égard dépendant des faits de l'espèce.

[80] En somme, on recourt désormais couramment à l'espace publicitaire des autobus pour communiquer efficacement de l'information au grand public. Dans l'exercice de leur pouvoir sur l'utilisation de cet espace, les commissions de transport n'ont pas respecté le critère de l'atteinte minimale à la liberté d'expression politique, laquelle est au cœur de la protection prévue à l'al. 2b). J'arrive à la conclusion que dans la mesure où ils interdisent la publicité politique sur les côtés des autobus, les articles 2, 7 et 9 des politiques restreignent de manière injustifiée la liberté d'expression des intimées garantie à l'al. 2b).

#### 4. Réparation

[81] Après avoir conclu que les politiques publicitaires des commissions de transport violent le droit des intimées garanti à l'al. 2b) de la *Charte*, il faut accorder la réparation qui s'impose. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont déclaré « inopérants » les articles 7 et 9 de ces politiques. La juge Prowse a rendu le jugement déclaratoire sollicité par les intimées sur le fondement soit du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans la mesure où chacune des politiques en cause constitue une « règle de droit » au sens de cet article, soit du par. 24(1) de la *Charte* dans le cas contraire, car elle était convaincue que le libellé de ce dernier paragraphe était assez général pour permettre l'octroi de la réparation demandée par les intimées. Devant notre Cour, BC Transit n'a pas abordé la question de la réparation. Pour sa part, TransLink indique brièvement qu'aucune réparation ne s'offre aux

s. 24(1) at trial, that no remedy is available to the respondents.

[82] McLachlin C.J., writing for a unanimous Court in *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, stated that “[a] court which has found a violation of a *Charter* right has a duty to provide an effective remedy” (para. 34). The question is whether the declaration ought to be based on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* or on s. 24(1) of the *Charter*.

#### 4.1 *Choice Between Section 24(1) of the Charter and Section 52(1) of the Constitution Act, 1982*

[83] In *Ferguson*, McLachlin C.J. explained that remedies for *Charter* violations are governed by s. 24(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and that each of them serves different remedial purposes:

Section 52(1) provides a remedy for *laws* that violate *Charter* rights either in purpose or in effect. Section 24(1), by contrast, provides a remedy for *government acts* that violate *Charter* rights. It provides a personal remedy against unconstitutional government action and so, unlike s. 52(1), can be invoked only by a party alleging a violation of that party’s own constitutional rights: *Big M*; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128. Thus this Court has repeatedly affirmed that the validity of laws is determined by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, while the validity of government action falls to be determined under s. 24 of the *Charter*: *Schachter*; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81. [Emphasis in original; para. 61.]

[84] The respondents are challenging the constitutional validity of the impugned advertising policies. They do not seek a declaration that the transit authorities’ decision to refuse to post their advertisements is of no force or effect. In other words, they are not challenging the validity of “government action” taken in administering a valid legislative

intimées parce que les politiques publicitaires ne sont pas des « règles de droit » au sens du par. 52(1) et, qu’au procès, les intimées n’ont pas sollicité de jugement déclaratoire en application du par. 24(1).

[82] Dans l’arrêt *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, la juge en chef McLachlin, s’exprimant au nom de tous les juges de la Cour, affirme que « [l]e tribunal qui conclut à la violation d’un droit garanti par la *Charte* a l’obligation d’accorder une réparation efficace » (par. 34). Reste à savoir si le jugement déclaratoire doit s’appuyer sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou sur le par. 24(1) de la *Charte*.

#### 4.1 *Le choix entre le par. 24(1) de la Charte et le par. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982*

[83] Dans l’arrêt *Ferguson*, la juge en chef McLachlin explique en outre que les réparations pouvant être accordées pour la violation d’un droit constitutionnel sont régies par les par. 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et que chacune de ces dispositions a un objectif réparateur différent :

Le paragraphe 52(1) offre une réparation lorsque des *dispositions législatives* violent des droits garantis par la *Charte*, que ce soit par leur objet ou par leur effet, tandis que le par. 24(1) offre un recours pour les *actes gouvernementaux* qui violent des droits garantis par la *Charte*. Il permet un recours personnel contre les actes gouvernementaux inconstitutionnels et, contrairement au par. 52(1), seule peut s’en prévaloir la partie qui allègue une atteinte à ses propres droits constitutionnels : *Big M*; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128. Notre Cour a répété à maintes reprises que la validité des lois relève de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tandis que la validité des actes du gouvernement relève de l’art. 24 de la *Charte* : *Schachter*; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81. [En italique dans l’original; par. 61.]

[84] Les intimées contestent la constitutionnalité des politiques publicitaires. Elles ne sollicitent pas un jugement déclarant inopérant le refus des commissions de transport de diffuser leurs publicités. En d’autres mots, elles ne contestent pas la constitutionnalité d’« actes gouvernementaux » accomplis dans l’administration d’un régime législatif

scheme. Rather, the respondents are challenging the validity of the policies upon which the refusal was based, and therefore seek a declaration that the impugned policies themselves are of “no force or effect”. On the face of the approach proposed by McLachlin C.J. in *Ferguson*, the question is whether the policies are “law” for the purposes of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. If they are, the remedy will lie in s. 52(1), not s. 24(1).

[85] Section 52(1) reads:

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[86] Section 52(1) guarantees the supremacy of the Constitution of Canada. In order to ensure that supremacy, this Court has consistently espoused a broad interpretation of the concept of “law” in this context. In *Dolphin Delivery*, the Court held that s. 52(1) applies to the common law. In *Douglas/Kwantlen Faculty Assn.*, the majority held that an arbitrator had jurisdiction under s. 52(1) to remedy a *Charter* violation resulting from a provision of a collective agreement.

[87] The question, therefore, is whether binding policies of general application adopted by a government entity can be characterized as “law” for the purposes of s. 52(1). While the broad wording of s. 24(1) would appear to permit a declaration with an effect similar to that of one made under s. 52(1), it is more appropriate to deal with rules made by government entities under s. 52(1). There are two reasons for this. First, as this Court emphasized in *Ferguson*, it is important to deal with invalid “laws” under s. 52(1) and thereby ensure that inconsistent provisions are “not left on the books” (*Ferguson*, at paras. 65-66):

valide. Elles s’en prennent plutôt aux politiques qui fondent le refus et demandent donc qu’un jugement les déclare « inopérantes ». Selon l’approche proposée par la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Ferguson*, il faut se demander si chacune des politiques est une « règle de droit » pour les besoins du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l’affirmative, la réparation reposera sur cette disposition, et non sur le par. 24(1).

[85] Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est rédigé comme suit :

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[86] Le paragraphe 52(1) garantit la suprématie de la Constitution du Canada, et afin d’assurer cette suprématie, la Cour a toujours interprété largement le terme « règle de droit » qui y est employé. Dans l’arrêt *Dolphin Delivery*, la Cour a conclu que le libellé du par. 52(1) englobait la common law. Dans l’arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn.*, les juges majoritaires ont statué que le par. 52(1) conférait à l’arbitre le pouvoir d’accorder réparation pour la violation d’un droit constitutionnel par une convention collective.

[87] Il faut donc déterminer si la politique obligatoire d’application générale adoptée par une entité gouvernementale peut être qualifiée de « règle de droit » aux fins du par. 52(1). Bien que le libellé général du par. 24(1) semble également permettre le prononcé d’un jugement déclaratoire dont l’effet est semblable à celui fondé sur le par. 52(1), il convient davantage de statuer sur les règles adoptées par une entité gouvernementale en fonction du par. 52(1), et ce, pour deux raisons. Premièrement, comme le souligne la Cour dans l’arrêt *Ferguson*, il est important de statuer sur une « règle de droit » invalide en application du par. 52(1) et de faire ainsi en sorte qu’une disposition incompatible ne demeure pas « en vigueur » (par. 65-66) :

The presence of s. 52(1) with its mandatory wording suggests an intention of the framers of the *Charter* that unconstitutional laws are deprived of effect to the extent of their inconsistency, not left on the books subject to discretionary case-by-case remedies . . . .

As pointed out in *Seaboyer*, if the unconstitutional effects of laws are remediable on a case-by-case basis under s. 24(1), in theory all *Charter* violations could be addressed in this manner, leaving no role for s. 52(1). . . . [T]he risk is that the role intended for s. 52(1) would be undermined and that laws that should be struck down — over-inclusive laws that pose a real risk of unconstitutional treatment of Canadians — would remain on the books, contrary to the intention of the framers of the *Charter*.

[88] Second, because the public law requirements for jurisdiction and standing under s. 52(1) are less strict, the possibility of someone seeking a declaration of constitutional invalidity of a law is stronger in terms both of the number of potential claimants and of the number of possible fora. A binding rule of general application is not an individualized form of government action like an adjudicator's decision or a decision by a government agency concerning a particular individual or a particular set of circumstances. Rules of general application can have wide-ranging effects, which means that the broader remedy is more appropriate than an individual remedy under s. 24(1).

[89] Ensuring the largest numbers of potential claimants and beneficiaries of a constitutional challenge is in keeping with the spirit of the supremacy of the *Charter*. I conclude, therefore, that the appropriate remedy for an invalid rule of general application is one under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, not s. 24(1) of the *Charter*.

La présence du par. 52(1) et de son libellé obligatoire permet de croire que les rédacteurs de la *Charte* voulaient que les dispositions législatives inconstitutionnelles soient inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité, et non qu'elles restent en vigueur sous réserve de l'octroi d'une réparation discrétionnaire accordée au cas par cas . . . .

Comme la Cour l'a souligné dans *Seaboyer*, s'il est possible, en vertu du par. 24(1), de corriger au cas par cas les effets inconstitutionnels des dispositions législatives, on pourrait, en théorie, remédier ainsi à toutes les violations de la *Charte*, et le par. 52(1) n'aurait plus alors aucune raison d'être [. . .] [I]l y a un risque que le rôle que devait jouer le par. 52(1) se trouve affaibli et que des dispositions législatives qui devraient être invalidées — parce que leur portée excessive crée un véritable risque que des Canadiens reçoivent un traitement inconstitutionnel — demeurent en vigueur, contrairement à ce que voulaient les rédacteurs de la *Charte*.

[88] Deuxièmement, au par. 52(1), les exigences moins strictes du droit public en ce qui concerne la compétence et la qualité pour agir accroissent la possibilité de faire invalider une règle de droit inconstitutionnelle eu égard au nombre de juridictions susceptibles d'être saisies et au nombre de personnes susceptibles d'intenter le recours. Une règle obligatoire d'application générale n'est pas un acte gouvernemental individualisé, comme la décision d'un arbitre ou d'un organisme gouvernemental visant une personne ou une situation en particulier. Une règle d'application générale peut avoir des répercussions à bien des égards, de sorte qu'une réparation de portée générale convient mieux qu'une réparation individuelle fondée sur le par. 24(1).

[89] L'élargissement du bassin des personnes susceptibles d'intenter un recours sur le fondement de la Constitution et des personnes susceptibles d'en bénéficier est conforme à l'esprit qui soutient la suprématie de la *Charte*. Par conséquent, je conclus que la réparation appropriée dans le cas d'une règle d'application générale invalide est celle qui prend appui sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non sur le par. 24(1) de la *Charte*.

#### 4.2 *Application of the Principles to the Transit Authorities' Policies*

[90] The transit authorities' policies clearly come within the meaning of "law" for the purposes of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. They were adopted by government entities pursuant to a rule-making power. On the facts of the case, the transit authorities used their delegated rule-making power to adopt policies which unjustifiably limited the respondents' freedom of expression. Those policies are binding rules of general application that establish the rights of members of the public who seek to advertise on the transit authorities' buses. In my view, the transit authorities' advertising policies are "law" within the meaning of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and can therefore be declared of no force or effect to the extent of their inconsistency.

#### 5. Conclusion

[91] I would dismiss the appeal with costs on the basis that the respondents' right under s. 2(b) of the *Charter* to freedom of expression was violated by articles 2, 7 and 9 of the transit authorities' advertising policies. Accordingly, the Court of Appeal's order is varied by the addition of a declaration that article 2 is also inconsistent with the protection of freedom of expression guaranteed under the *Charter* and of no force and effect. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply, pursuant to section 32 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to clause 2 and the Standards and Limitations numbered 7 and 9 of the transit authorities' advertising policies?

Answer: Yes.

2. If so, do clause 2 and the Standards and Limitations numbered 7 and 9 of the transit authorities' advertising policies infringe section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

#### 4.2 *L'application des principes aux politiques des commissions de transport*

[90] Chacune des politiques des commissions de transport constitue clairement une « règle de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a été adoptée par une entité gouvernementale en vertu de son pouvoir de réglementation. En l'espèce, les commissions de transport ont exercé leur pouvoir de réglementation délégué pour adopter des politiques qui restreignent de façon injustifiée la liberté d'expression des intimées. Leurs politiques sont des règles obligatoires d'application générale qui établissent les droits des citoyens d'utiliser l'espace publicitaire des autobus. À mon avis, les politiques publicitaires des commissions de transport s'entendent de « règles de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et peuvent par conséquent être déclarées inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité.

#### 5. Conclusion

[91] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens au motif que le droit à la liberté d'expression des intimées garanti à l'al. 2b) de la *Charte* a été violé par les articles 2, 7 et 9 des politiques publicitaires des commissions de transport. L'ordonnance de la Cour d'appel est donc modifiée de façon qu'il y soit déclaré que l'article 2 est également incompatible avec la protection de la liberté d'expression prévue par la *Charte* et inopérant. Il y a lieu de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle, suivant son article 32, à l'article 2 et aux conditions et restrictions n<sup>os</sup> 7 et 9 des politiques publicitaires des commissions de transport?

Réponse : Oui.

2. Dans l'affirmative, l'article 2 et les conditions et restrictions n<sup>os</sup> 7 et 9 des politiques publicitaires des commissions de transport contreviennent-elles à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

3. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[92] In order to raise revenues, the appellants sold advertising space on the outside of the buses they control. Pursuant to their separate but virtually identical advertising policies, they rejected the respondents' proposed advertisements on the ground that they conveyed "political" messages.

[93] I agree with Justice Deschamps that the appellants (the "Transit Authorities") are both "government entities" and therefore subject to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree as well that their advertising policies infringed the respondents' freedom of expression and thereby contravened s. 2(b) of the *Charter*. And finally, on the record before us, I agree that this infringement cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

[94] With respect, however, I have followed a different and more direct route in concluding that the appellants' advertising policies contravene s. 2(b) of the *Charter*.

[95] My point of departure is this: In virtue of s. 2(b), freedom of expression enjoys broad but not unbounded constitutional protection in Canada. It is a freedom that extends to any activity that conveys or attempts to convey a meaning: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 969. But the *Charter* cannot have been intended to protect all expression, so broadly defined, at all times in every "space" or "place" under governmental control. Freedom of expression under

3. Dans l'affirmative, la contravention constitue-t-elle une restriction raisonnable apportée par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique par application de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[92] Pour produire des recettes, les appelantes exploitaient l'espace publicitaire sur la partie extérieure de leurs autobus. Invoquant leurs politiques distinctes (mais pratiquement identiques) en la matière, elles ont refusé les annonces des intimées au motif que des messages « politiques » y étaient transmis.

[93] Je conviens avec la juge Deschamps que les appelantes (les « commissions de transport ») sont toutes deux des « entités gouvernementales » et qu'elles sont donc assujetties à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je conviens également que leurs politiques publicitaires ont porté atteinte à la liberté d'expression des intimées et ainsi contrevenu à l'al. 2b) de la *Charte*. Enfin, au vu du dossier, j'estime aussi que l'atteinte ne peut être justifiée au regard de l'article premier.

[94] Avec égards, cependant, ma démarche est différente et se veut plus directe pour arriver à la conclusion que les politiques publicitaires des appelantes violent le droit garanti à l'al. 2b) de la *Charte*.

[95] Mon point de départ est le suivant. Au Canada, l'al. 2b) confère à la liberté d'expression une protection constitutionnelle étendue mais non illimitée. Cette liberté vaut pour toute activité par laquelle on transmet ou tente de transmettre une signification (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 969). Or, le législateur ne peut avoir voulu que la *Charte* protège toujours l'expression, aussi largement définie, dans tout « endroit » ou « espace » relevant de l'État.

s. 2(b) has therefore been made subject to limitation in two respects.

[96] The first can be conceptually characterized as “internal”: Some forms of expression may be validly curtailed by government because they are inherently inconsistent with the object and purpose of s. 2(b) of the *Charter*. They are for that reason left unsheltered by its constitutional umbrella.

[97] This internal limit on freedom of expression consists in narrowly construed exceptions to the general rule of broad protection enshrined in s. 2(b). Two recognized exceptions, or exclusions, are relied on by the Transit Authorities. One concerns expressive activity that would impose a *significant burden* on the government entity concerned; the other, expressive activity that is *manifestly incompatible* with the space or place where it is sought to be exercised. I shall later deal more fully with these exclusions; for the moment, it will suffice to say that neither applies in this case.

[98] Second, freedom of expression is subject to an “external” limitation as well: Even if an expressive activity falls within the protected zone of s. 2(b) of the *Charter*, it may be validly curtailed in virtue of s. 1 pursuant “to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. In this regard, I agree with Justice Deschamps that the appellants’ impugned advertising policies do not pass constitutional muster. They may be properly characterized as a limit “prescribed by law” within the meaning of s. 1. As mentioned earlier, however, they are not demonstrably justified in a free and democratic society like our own.

[99] In short, the appellants’ impugned advertising policies prevented the respondents from exercising the freedom of expression guaranteed to them by s. 2(b) of the *Charter*. This rejection of the respondents’ proposed advertisements, moreover,

La liberté d’expression garantie à l’al. 2b) fait donc l’objet de deux limitations.

[96] La première peut être qualifiée d’« interne » sur le plan conceptuel. L’État peut limiter à bon droit certaines formes d’expression parce qu’elles sont intrinsèquement incompatibles avec l’objet et la raison d’être de l’al. 2b) de la *Charte*. Telle est la raison pour laquelle elles sont exclues du giron constitutionnel.

[97] Cette limitation interne de la liberté d’expression s’entend d’exceptions interprétées strictement à la règle générale de la protection étendue que consacre l’al. 2b). Les commissions de transport invoquent deux exceptions (ou exclusions) reconnues. L’une vise l’activité expressive qui impose une *obligation substantielle* à l’entité gouvernementale en cause, et l’autre l’activité expressive qui est *manifestement incompatible* avec l’espace ou le lieu dans lequel elle est projetée. Je reviendrai plus en détail sur ces exceptions, mais pour le moment, il suffit de dire qu’aucune ne s’applique en l’espèce.

[98] En second lieu, la liberté d’expression fait également l’objet d’une limitation « externe ». Ainsi, même lorsqu’elle bénéficie de la protection prévue à l’al. 2b) de la *Charte*, l’activité expressive peut, suivant l’article premier, être légitimement restreinte « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Sur ce point, je conviens avec la juge Deschamps que les politiques publicitaires contestées ne résistent pas au contrôle constitutionnel. On peut à juste titre considérer qu’elles apportent une restriction établie « par une règle de droit » au sens de l’article premier. Toutefois, je le rappelle, la justification de cette restriction ne saurait se démontrer dans une société libre et démocratique comme la nôtre.

[99] En somme, les politiques publicitaires des appelantes ont empêché les intimées d’exercer la liberté d’expression que leur garantissait l’al. 2b) de la *Charte*. Qui plus est, le refus opposé aux intimées n’a pas été qu’une *conséquence* des politiques

was not merely an *effect* of the restrictive advertising policies; rather, it was their very *purpose*.

[100] It is essentially on this basis that I would dismiss the appellants' appeal. And though it is apparent from what I have already said, I feel bound to state explicitly, from the outset, that I respectfully disagree with the analytical framework adopted by Justice Deschamps in circumscribing freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*.

[101] More particularly, I am unable to share my colleague's application in this case of the Court's decisions in *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673, and *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141 ("*City of Montréal*"). In my view, *Baier* rests on its own factual foundation and was not intended to break fresh constitutional ground. Again with respect, I find that my colleague's application of *City of Montréal* adds undue complexity to the constitutional analysis required under s. 2(b) of the *Charter*. It unnecessarily introduces as well real risks of "overinclusion" and "underinclusion", which are both best avoided.

## II

[102] I turn now to consider the two internal limits on free speech invoked by the Transit Authorities: First, they argue that acceptance of the respondents' advertisements would subject them to a *significant burden*; second, they submit, in effect, that the proposed advertisements are *manifestly incompatible* with the space where the respondents wish them to appear — the sides of buses used for public transportation. As mentioned earlier, I am satisfied that neither exception applies in this case.

[103] The first exception concerns freedom of expression that cannot be respected without imposing on the government a *significant burden of assistance*, in the form of expenditure of public funds, or the initiation of a complex legislative, regulatory, or administrative scheme or undertaking. This

publicitaires restrictives, mais bien la réalisation de leur *objet* même.

[100] C'est essentiellement sur ce fondement que je suis d'avis de rejeter le pourvoi des appelantes. Mais avant de poursuivre, bien que cela ressorte des propos qui précèdent, j'estime nécessaire d'exprimer formellement mon désaccord avec le cadre d'analyse utilisé par la juge Deschamps pour circonscrire la liberté d'expression que garantit l'al. 2b) de la *Charte*.

[101] Plus particulièrement, je ne puis souscrire à l'application qu'elle fait en l'espèce des arrêts *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673, et *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141 (« *Ville de Montréal* »). À mon sens, le premier tient aux faits particuliers en cause et la Cour n'entendait pas y établir de nouveaux principes constitutionnels. Toujours avec égards, je trouve que l'application de l'arrêt *Ville de Montréal* par ma collègue complique indûment l'analyse constitutionnelle que commande l'al. 2b) de la *Charte*. Elle crée inutilement un risque véritable de portée « trop large » ou « trop limitative », deux éventualités qu'il faut s'efforcer d'éviter.

## II

[102] J'examine maintenant les deux limitations internes de la liberté d'expression invoquées par les commissions de transport. Premièrement, les appelantes font valoir que l'acceptation des annonces publicitaires des intimées leur aurait imposé une *obligation substantielle*. Deuxièmement, elles prétendent en effet que les publicités proposées sont *manifestement incompatibles* avec l'espace dans lequel les intimées veulent les insérer, à savoir les côtés de véhicules de transport en commun. Je le répète, je suis convaincu que ni l'une ni l'autre des exceptions ne s'appliquent dans la présente affaire.

[103] La première exception s'applique lorsque la liberté d'expression ne peut être respectée sans imposer à l'État une *obligation d'aide substantielle*, qu'il s'agisse de dépenser des fonds publics ou de mettre en branle un régime ou un projet complexe d'ordre législatif, réglementaire ou administratif.



internal limitation on constitutionally protected freedom of expression was recognized and applied by the Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1035; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at paras. 25-26; and *Baier*.

[104] The “significant burden” exception is itself subject, however, to an exception that has no application here, but should nonetheless be noted for the sake of completeness: A significant burden *can* be imposed on government where the claimant meets the exacting criteria set out in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, and particularly well summarized by Rothstein J. in *Baier*, at para. 27.

[105] The significant burden exception is firmly rooted in Canada's constitutional terrain. Under our system of government, the judiciary cannot be seen to direct the legislative branch to expend scarce public resources in order to satisfy *Charter* claims in a particular manner. Clearly, government expenditures and initiatives may be undertaken to advance *Charter* rights and freedoms in innumerable ways, but given finite resources, it is generally considered to be a matter for the legislature and not the judiciary to determine which social priorities are to receive government assistance. The *Dunmore* exception to this general principle is limited, and essentially arises only where a fundamental right cannot otherwise be exercised.

[106] The significant burden exception responds as well to another important concern. Judges are ill-equipped to supervise the implementation of court orders that require complex and ongoing responses on the part of state actors. Any attempt to do so may well trench on the autonomy of the executive and legislative branches of government.

Cette limitation interne apportée au droit constitutionnel à la liberté d'expression a été reconnue et appliquée par la Cour dans les arrêts suivants : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1035; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, par. 25-26; *Baier*.

[104] Or, l'exception de l'« obligation substantielle » fait elle-même l'objet d'une exception qui ne s'applique pas en l'espèce, mais qui mérite néanmoins d'être signalée par souci d'exhaustivité. Une obligation substantielle *peut* être imposée à l'État lorsque l'intéressé satisfait aux critères stricts de l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, que le juge Rothstein résume particulièrement bien dans l'arrêt *Baier*, au par. 27.

[105] L'exception de l'obligation substantielle est fermement enracinée dans le paysage constitutionnel canadien. Dans notre système de gouvernement, le pouvoir judiciaire ne peut enjoindre au pouvoir législatif de dépenser des fonds publics restreints pour donner suite d'une certaine manière à des demandes fondées sur la *Charte*. Certes, dépenses et mesures gouvernementales peuvent être entreprises d'innombrables façons pour promouvoir les droits et libertés constitutionnels, mais vu la limitation des ressources disponibles, on considère généralement qu'il appartient au législateur, et non aux tribunaux, de déterminer les priorités sociales justifiant l'appui de l'État. L'exception à ce principe général prévue dans l'arrêt *Dunmore* a une portée limitée et ne s'applique essentiellement que lorsqu'un droit fondamental ne peut être exercé sans un tel appui.

[106] L'exception de l'obligation substantielle tient également compte d'une autre préoccupation importante. Les tribunaux ne sont pas dotés des moyens nécessaires pour surveiller la mise en œuvre d'ordonnances judiciaires exigeant des mesures complexes et continues de la part d'acteurs gouvernementaux. Toute mesure prise néanmoins en ce sens pourrait bien entamer l'autonomie des pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement.

[107] Justice Deschamps finds (at para. 30) that *Baier* established “the criteria for identifying the limited circumstances in which s. 2(b) requires the government to extend an underinclusive means of, or ‘platform’ for, expression to a particular group or individual”. According to my colleague (at para. 32), the same concern is not present in this case, because here the policies in question exclude a particular kind of expressive *content*, not a particular *group* of individuals. Since the concern in this case is content discrimination, not group underinclusion, *Baier* does not apply.

[108] With respect, as mentioned earlier, I would hesitate to ascribe to *Baier* a constitutional significance unsupported by its particular factual foundation. *Baier* affords no principled basis for permitting group discrimination in the freedom of expression analysis. And *Baier* provides no authority for the proposition that transit authorities (or other government actors) can refuse to accept *all* advertisements from a particular group but cannot refuse to publish *some* of the group’s advertisements *because of their political content*. On any view of the matter, a purposive reading of s. 2(b) of the *Charter* hardly favours the exclusion of a particular group over the suppression of a particular message.

[109] Indeed, except artificially, it seems difficult to divorce content discrimination from group discrimination, since many groups are bound together by the content of their shared convictions or concerns — that is, by the “message” they aspire to communicate. To still the messenger is to suppress the message.

[110] Accordingly, unlike my colleague, I do not believe that *Baier* required the Transit Authorities “to at least demonstrate that the respondents themselves were excluded from the particular means of expression” in issue here (reasons of Justice Deschamps, at para. 32 (emphasis added)). Nor do

[107] La juge Deschamps conclut au par. 30 de ses motifs que l’arrêt *Baier* établit « les critères permettant de déterminer les quelques circonstances dans lesquelles l’al. 2b) exige du gouvernement qu’il mette à la disposition d’une personne ou d’un groupe de personnes un mode d’expression ou une “tribune” dont l’accès est trop restreint ». Selon elle, le même souci n’est pas présent en l’espèce, car les politiques en cause excluent un type particulier de *contenu* expressif, et non un *groupe* de personnes (par. 32). Étant donné que la présente affaire porte sur la discrimination relative au contenu, et non sur l’exclusion d’un groupe, l’arrêt *Baier* ne s’applique pas.

[108] Avec égards, je le répète, j’hésite à attribuer à cet arrêt une importance constitutionnelle indépendante des faits particuliers qui le sous-tendent. La décision n’offre aucun fondement rationnel justifiant la discrimination à l’endroit d’un groupe de personnes dans le cadre de l’examen relatif à la liberté d’expression. Et on ne saurait l’invoquer à l’appui de la prétention selon laquelle les commissions de transport (ou d’autres acteurs gouvernementaux) peuvent refuser *toutes* les publicités d’un groupe en particulier, mais ne peuvent refuser *certaines* d’entre elles *en raison de leur teneur politique*. Peu importe le point de vue adopté, l’interprétation téléologique de l’al. 2b) de la *Charte* ne privilégie pas vraiment l’exclusion d’un groupe en particulier par rapport à la suppression d’un message donné.

[109] Il paraît en effet difficile, sauf de manière artificielle, de dissocier la discrimination relative à la teneur de celle visant un groupe, car de nombreux groupes sont liés entre eux par la teneur de leurs convictions ou de leurs préoccupations communes, c’est-à-dire par le « message » qu’ils aspirent à communiquer. Faire taire le messenger c’est supprimer le message.

[110] Contrairement à ma collègue, je ne crois donc pas que, suivant l’arrêt *Baier*, les commissions de transport devaient « au moins prouver que les intimées n’avaient pas elles-mêmes accès au mode d’expression en cause » dans la présente affaire (motifs de la juge Deschamps, par. 32 (je souligne)).

I find a “positive rights analysis” helpful in this regard.

[111] Again with respect, I see no principled basis for restricting freedom of expression under the *Charter* according to whether the claim concerns a “means”, a “platform” or a “statutory scheme”. All three are equally subject to *Charter* scrutiny. Nor would I distinguish, in the present context, between “platforms”, “forums”, “spaces” and “places”. Unless otherwise indicated, or the context otherwise requires, no one term is meant to exclude the others.

[112] Moreover, not every claim can be comfortably shoehorned into one preconceived slot or another: As this case demonstrates, it is not always apparent whether a particular claim seeks access to a “public space”, to a government-created “platform”, or to a “statutory scheme”. Nor is it easy to draw explicit and conclusive distinctions between the “means”, “form”, or “content” of a disputed expressive activity: see Lamer J. in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pp. 1181-82.

[113] I think it preferable to ask instead whether the respondents’ claim would impose on the Transit Authorities a significant burden of assistance, as earlier defined, or otherwise involves expression that is excluded by a recognized exception from the protected zone of s. 2(b) of the *Charter*.

[114] The “significant burden” criterion provides a pragmatic and functional standard that responds well to constitutional concerns regarding the scope of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. And it is firmly rooted in prior decisions of the Court.

[115] Here, the Transit Authorities complain of four “active steps” that the respondents’ claim would compel them to take: The rewriting of their

Je n’estime pas non plus que l’analyse sous l’angle de la « revendication d’un droit positif » soit utile à cet égard.

[111] Par ailleurs, je ne vois pas de fondement rationnel au fait de moduler la protection constitutionnelle accordée à la liberté d’expression selon que la revendication vise un « mode » d’expression, une « tribune » ou un « régime législatif ». Tous trois sont assujettis aux exigences de la *Charte*. Dans le présent contexte, je ne fais pas non plus de distinction entre « tribune », « espace » et « lieu ». Sauf indication contraire ou lorsque le contexte commande qu’il en aille autrement, aucun de ces éléments n’est censé exclure les autres.

[112] De plus, toute demande ne s’insère pas aisément dans une catégorie préétablie. La présente affaire montre bien qu’il n’est pas toujours patent qu’une demande donnée vise l’accès à un « espace public », à une « tribune » créée par l’État ou à un « régime législatif ». Il n’est pas non plus facile de faire des distinctions explicites et décisives entre le « mode », la « forme » et la « teneur » de l’activité expressive en cause : se reporter aux motifs du juge Lamer dans *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1181-1182.

[113] Je suis d’avis qu’il faut plutôt déterminer si acquiescer à la demande des intimées imposerait aux commissions de transport une obligation d’aide substantielle — au sens établi précédemment — ou si la demande met par ailleurs en cause une expression faisant jouer une exception reconnue à l’application de l’al. 2b) de la *Charte*.

[114] Le critère de l’« obligation substantielle » constitue une norme pragmatique et fonctionnelle qui tient dûment compte des préoccupations constitutionnelles liées à l’étendue de la liberté d’expression garantie à l’al. 2b) de la *Charte*. Qui plus est, il est solidement ancré dans la jurisprudence de notre Cour.

[115] En l’espèce, les commissions de transport s’élèvent contre quatre « mesures concrètes » qu’il leur faudrait prendre pour donner suite à la

advertising policy; the negotiation of new advertising contracts; the production and installation of the advertisements; and the provision of space and maintenance. I am satisfied that these four “active steps”, individually or cumulatively considered, do not impose on the Transit Authorities a *significant burden* within the meaning of that phrase in the context of a s. 2(b) claim under the *Charter*.

[116] This is a case where the appellants have denied the respondents access to a commercial advertising programme already in place. Little change is needed to remove the infringing restrictions complained of by the respondents. In any event, contrary to the appellants’ submission, a claim under the *Charter* can hardly be defeated on the ground that the infringing law or policy would have to be modified in order to end the infringement.

[117] The three other “active steps” invoked by the Transit Authorities are all entirely routine tasks which they already perform (or delegate to a third-party media company) on a regular basis in the normal course of their advertising programmes. They require no meaningful expenditure of funds — on the contrary, removing the impugned restriction would *increase* the appellants’ advertising revenues. They require no new operating initiatives of significance. And they involve no administrative reorganization, restructuring or expansion that can reasonably be characterized as “burdensome”.

[118] I would therefore reject the appellants’ submission that the respondents’ claim would impose a significant burden on them and is therefore unprotected by the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*.

### III

[119] The appellants rely as well on a second exception to the freedom of expression guaranteed

demande des intimées : la révision de leur politique publicitaire, la négociation de nouveaux contrats de publicité, la production et la mise en place des publicités et l’offre d’espace et d’entretien. Je suis convaincu que, considérées individuellement ou ensemble, ces quatre « mesures concrètes » n’imposent pas aux commissions de transport une *obligation substantielle* au sens indiqué précédemment pour les besoins de l’application de l’al. 2b) de la *Charte*.

[116] En l’espèce, les appelantes ont refusé aux intimées l’accès à un programme de publicité commerciale déjà existant. La suppression des restrictions attentatoires contestées par les intimées requiert peu de modifications. Quoi qu’il en soit, contrairement à ce que prétendent les appelantes, une demande fondée sur la *Charte* ne saurait être rejetée au motif que la loi ou la politique contestée devrait être modifiée pour ne plus être attentatoire.

[117] Les trois autres « mesures concrètes » invoquées par les commissions de transport correspondent toutes à des tâches tout à fait banales qu’elles accomplissent déjà (ou qu’elles délèguent à une entreprise spécialisée) périodiquement dans le cours normal de leurs activités publicitaires. Elles n’exigent pas de dépenses importantes — au contraire, la suppression de la restriction ferait *s’accroître* les recettes publicitaires des appelantes. Elles ne nécessitent pas de changements importants sur le plan de l’exploitation. Et elles n’impliquent pas de réorganisation administrative, de restructuration ou d’expansion pouvant raisonnablement être qualifiée de « contraignante ».

[118] Je suis donc d’avis de rejeter la prétention des appelantes selon laquelle faire droit à la demande des intimées leur imposerait une obligation substantielle, de sorte que l’expression en cause ne bénéficierait pas de la protection prévue à l’al. 2b) de la *Charte*.

### III

[119] Les appelantes invoquent en outre une seconde exception à la liberté d’expression garantie

by s. 2(b) of the *Charter*. Essentially, they submit that the rejected advertisements are manifestly incompatible, on account of their “political” messages, with the function or purpose of the appellants’ programme permitting advertisements on the sides of their buses.

[120] One of the advertising policies adopted by both appellants states:

2. Advertisements, to be accepted, shall be limited to those which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events.

[121] The addition of political messages to these broad and diverse categories of permitted advertisements cannot reasonably be thought to undermine the function or purpose of the sides of buses made publicly accessible by the Transit Authorities for paid advertising. Advertisements conveying a political message are not incompatible — let alone *manifestly* incompatible — with a commercial and public service advertising facility of that sort. Having chosen to make the sides of buses available for expression on such a wide variety of matters, the Transit Authorities cannot, without infringing s. 2(b) of the *Charter*, arbitrarily exclude a particular kind or category of expression that is otherwise permitted by law.

[122] Moreover, the purpose or function of the “space”, “place” or “platform” where freedom of expression has been restricted is for the courts to ascertain, and not for government entities to unilaterally and finally determine. Depending on the circumstances, the relevant purpose or function will be established by reference to its current or ordinary use, to historical and traditional practice, to reasonable public expectations, to clear government intent, and to other like considerations. In this case, the acknowledged purpose of the scheme for advertising on the sides of buses is to raise revenue. And the function of the buses themselves is safe, clean, and orderly transportation. But in neither respect

à l’al. 2b) de la *Charte*. Elles font essentiellement valoir qu’en raison de leurs messages « politiques », les publicités qu’elles ont refusées étaient manifestement incompatibles avec la fonction ou la raison d’être de leur programme autorisant la réclame sur les côtés des autobus.

[120] Voici l’une des dispositions des politiques publicitaires des appelantes :

[TRADUCTION]

2. Seule est acceptée la publicité qui communique de l’information sur des biens, des services, des messages d’intérêt public et des événements publics.

[121] On ne saurait raisonnablement voir dans l’adjonction du message politique à ces catégories générales et variées de publicité autorisée une mise à mal de la fonction ou de la raison d’être des côtés d’autobus que les commissions de transport mettent généralement à la disposition des annonceurs payants. La publicité renfermant un message politique n’est pas incompatible — et encore moins *manifestement* incompatible — avec un service publicitaire à vocation commerciale et publique de ce genre. Après avoir permis que leurs véhicules servent de supports à l’expression sur une grande variété de sujets, les commissions de transport ne peuvent, sans violer la garantie prévue à l’al. 2b) de la *Charte*, écarter arbitrairement une sorte ou une catégorie particulière d’expression par ailleurs légale.

[122] En outre, il appartient aux tribunaux de déterminer la raison d’être ou la fonction de l’« espace », du « lieu » ou de la « tribune » où la liberté d’expression fait l’objet d’une limitation; ce n’est pas aux entités gouvernementales de le faire unilatéralement et définitivement. Selon les circonstances, la raison d’être ou la fonction sera établie au regard de différentes considérations, dont l’utilisation actuelle ou habituelle, la pratique antérieure et traditionnelle, les attentes raisonnables du public et l’intention claire du gouvernement. En l’occurrence, la raison d’être reconnue de la publicité sur les côtés des autobus est la production de recettes. Et la fonction de l’autobus lui-même est le

is there an obvious incompatibility with political advertisements.

[123] On the contrary, permitting political advertising would serve *the very purpose for which the sides of buses were made generally and publicly accessible for a price* — to raise revenue. And there is no inherent conflict between political advertisements on the sides of buses and orderly transportation. If there is some other objective in limiting political advertisements that is not related to these functions and purposes of the transit system and the advertising scheme, it should fall to be considered at the s. 1 justification stage of a challenge under s. 2(b) of the *Charter*.

[124] Unlike Justice Deschamps (at paras. 37-47), I do not believe that *all* expressive activity attracts s. 2(b) protection in every government-controlled place or forum where one would expect “free expression” to be protected. In my respectful view, freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* cannot be characterized as an “all or nothing” proposition. The constitutional inquiry on a s. 2(b) challenge should instead focus on whether the *particular* expressive activity that has been restricted by a governmental entity enjoys protection in the space, place or forum concerned.

[125] This will preclude overinclusion in some cases and underinclusion in others. Expressive activity that is in form or content manifestly incompatible with the purpose or function of the space in question would otherwise be “piggy-backed” into the protected zone by expressive activity that is not manifestly incompatible. Conversely, a meritorious claim of infringement would be doomed by the exclusion of any expressive activity that lies outside the protected zone.

[126] For Justice Deschamps (at para. 40), “content is not relevant to the determination of the function of a place”. My colleague’s view may be

transport sûr, efficace et sans heurts. Aucun de ces éléments n’est manifestement incompatible avec la publicité à caractère politique.

[123] Au contraire, permettre la publicité politique serait dans le droit fil de *la raison même pour laquelle les côtés des autobus sont généralement mis à la disposition du public moyennant finances*, à savoir la production de recettes. Il n’y a pas non plus de conflit intrinsèque entre la publicité politique sur les côtés des autobus et le transport sans heurts. Tout autre objectif de l’exclusion de la publicité politique qui est étranger à ces fonctions et raisons d’être du système de transport et du service publicitaire doit être considéré à l’étape de la justification au regard de l’article premier pour les besoins d’une contestation fondée sur l’al. 2b) de la *Charte*.

[124] Contrairement à la juge Deschamps (par. 37-47), je ne crois pas que *toute* activité expressive bénéficie de la protection constitutionnelle en tout lieu ou à toute tribune relevant de l’État où l’on s’attendrait à la protection de la « liberté d’expression ». Avec égards, on ne peut considérer l’application de la garantie prévue à l’al. 2b) de la *Charte* dans une optique de « tout ou rien ». L’analyse constitutionnelle fondée sur cet alinéa doit plutôt s’attacher à la question de savoir si l’activité expressive *particulière* que l’entité gouvernementale a restreinte jouit d’une protection dans l’espace, le lieu ou la tribune en cause.

[125] Pareille démarche permet d’éviter que la portée accordée soit trop grande dans certains cas et trop restreinte dans d’autres. Sinon, l’activité expressive dont la forme ou la teneur est manifestement incompatible avec la raison d’être ou la fonction de l’espace en question réintégrerait le champ de la garantie grâce à l’activité expressive non manifestement incompatible. À l’inverse, une allégation de violation fondée serait vouée à l’échec par l’exclusion de toute activité expressive non comprise dans le champ de la garantie.

[126] Pour la juge Deschamps, « le contenu n’est pas pertinent pour la détermination de la fonction d’un lieu » (par. 40). On peut penser que son point

thought to rest on *Irwin Toy*, where the Court stated (at p. 969):

We cannot . . . exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee.

[127] The issue in *Irwin Toy*, however, was whether the expressive content in question (commercial advertising directed at children) could be restricted generally, *in any location*.

[128] Here, on the other hand, the question is whether the expression is required to be permitted in a particular space. And that question is best answered by determining whether the infringed expressive activity (advertisements with a political message) is manifestly incompatible with the purpose and function of the space in question (the sides of buses open to commercial and public service advertising generally). If it is, s. 2(b) protection will be denied, exactly as it would be under the test favoured by Justice Deschamps, but without any need to resort to a complex variation of the test adopted in another context in *City of Montréal*.

[129] The *manifestly incompatible* test is, moreover, entirely consistent with the Court's conclusions in prior public space expression cases, notably *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, and *City of Montréal*.

[130] I think it important to emphasize that expressive activity will fall outside the protected zone of s. 2(b) only if it is *manifestly* incompatible with the purpose or function of the space in question. Where the alleged incompatibility is not manifest, the infringed expressive activity falls within the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. It would remain open to the government, of course, to establish that the infringement

de vue prend appui sur l'arrêt *Irwin Toy*, dans lequel notre Cour dit ce qui suit (p. 969) :

Nous ne pouvons [. . .] écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie.

[127] Or, dans cette affaire, la question était de savoir si le contenu expressif en cause (la publicité commerciale destinée aux enfants) pouvait être restreint généralement, *n'importe où*.

[128] En l'espèce, par contre, il faut déterminer si l'expression doit être autorisée dans un espace en particulier. La meilleure démarche pour le faire consiste à se demander si l'activité expressive à laquelle il est porté atteinte (la publicité comportant un message politique) est manifestement incompatible avec la raison d'être et la fonction de l'espace qui, sur le côté d'un autobus, est réservé à la publicité de nature commerciale ou publique en général. Dans l'affirmative, la protection prévue à l'al. 2b) sera refusée, précisément comme elle l'est en application du critère privilégié par la juge Deschamps, sans qu'il y ait besoin de recourir à une variante complexe du test retenu dans un autre contexte dans l'arrêt *Ville de Montréal*.

[129] De plus, le critère axé sur le caractère *manifestement incompatible* est en parfaite adéquation avec les conclusions tirées par la Cour dans d'autres affaires relatives à l'expression dans un endroit ou un espace publics, particulièrement dans les arrêts *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, et *Ville de Montréal*.

[130] Il me paraît important d'insister sur le fait que la protection de l'al. 2b) ne sera refusée à l'activité expressive que lorsque celle-ci sera *manifestement* incompatible avec la raison d'être ou la fonction de l'espace en cause. Lorsque l'incompatibilité alléguée n'est pas manifeste, l'activité expressive visée par l'atteinte bénéficie de la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*. Il demeure évidemment loisible à l'État de démontrer que

is constitutionally permissible, under s. 1 of the *Charter*, as a limitation that is imposed by law and demonstrably justified in a free and democratic society such as ours.

[131] But where the alleged incompatibility *is* manifest, the matter should be disposed of at the s. 2(b) stage of the analysis. Governments should not bear the burden of strictly prescribing by law and justifying limits on those kinds of expression that are so obviously incompatible with the purpose or function of the space provided, as the *Charter* cannot possibly have been intended to invite litigation in such obvious cases.

[132] As Peter W. Hogg suggests, “If the courts give to the guaranteed rights a broad interpretation that extends beyond their purpose, it is inevitable that the court will relax the standard of justification under s. 1 in order to uphold legislation limiting the extended right” (*Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), at p. 116).

[133] By extending to manifestly incompatible expressive activity the freedom of expression guaranteed under s. 2(b) of the *Charter*, we would in this way lower the justification threshold under s. 1. And unnecessarily obliging the government to resort to s. 1 would unduly proliferate statutory and regulatory restrictions on freedom of expression, invite hopeless claims of infringement, and lengthen and complicate trials.

[134] Finally, I do not wish to be taken to suggest that the *significant burden* and the *manifest incompatibility* exceptions invoked by the appellants are the only expressive activities that fall outside the protected zone of s. 2(b) of the *Charter*. At least two other exceptions need to be noted.

[135] I have already alluded (at para. 121) to one: Expressive activity restricted by a government actor on the basis that it is prohibited under a statute that is not constitutionally challenged. Thus, for

l’atteinte est constitutionnelle au regard de l’article premier de la *Charte*, s’agissant d’une restriction par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique comme la nôtre.

[131] Mais lorsque l’incompatibilité alléguée *est* manifeste, il convient de trancher à l’étape de l’analyse fondée sur l’al. 2b). L’État ne devrait pas être strictement tenu d’apporter une restriction dans une règle de droit et de la justifier lorsqu’elle vise un type d’expression qui est si clairement incompatible avec la raison d’être ou la fonction de l’espace offert, car le législateur ne saurait avoir voulu que la *Charte* soit invoquée dans un cas aussi patent.

[132] Comme le laisse entendre Peter W. Hogg, [TRADUCTION] « s’ils reconnaissent à un droit garanti une portée qui va au-delà de sa raison d’être, les tribunaux assoupliront inévitablement la norme de justification au regard de l’article premier afin de valider la loi qui restreint le droit en question » (*Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. 2007), p. 116).

[133] Accorder à l’activité expressive manifestement incompatible la protection que l’al. 2b) de la *Charte* prévoit à l’égard de la liberté d’expression abaisserait le degré de justification requis pour les besoins de l’article premier. Et obliger ainsi le gouvernement à invoquer inutilement l’article premier multiplierait indûment les mesures législatives et réglementaires restreignant la liberté d’expression, susciterait de vaines allégations d’atteinte et accroîtrait la durée et la complexité des procès.

[134] Enfin, je ne voudrais pas que l’on conclut de mes propos que les exceptions de l’*obligation substantielle* et de l’*incompatibilité manifeste* invoquées par les appelantes correspondent aux seules activités expressives ne bénéficiant pas de la protection de l’al. 2b) de la *Charte*. Au moins deux autres exceptions méritent d’être signalées.

[135] J’ai déjà fait allusion à l’une d’elles au par. 121 : l’activité expressive qu’un acteur gouvernemental restreint au motif qu’elle est interdite par une loi dont la constitutionnalité n’est pas contestée.



example, the appellants could properly refuse to carry on the sides of their buses an advertisement seeking donations to a designated terrorist organization, in violation of s. 83.02 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[136] Likewise, expression may be excluded from the scope of s. 2(b) protection solely because its form is unprotected, as in the case of expression by means of violence: see *Irwin Toy*, at p. 970; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 733 and 829; and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 105. Beyond the example of violence, the majority in *Irwin Toy* did not delineate precisely what other forms of expression will be unprotected under this rubric. And it would be inappropriate to attempt to do so here, since this exception is not at issue in this case.

[137] I would also leave for another day the relevance, on a s. 2(b) challenge, of the American distinction between limitations on “subject matter” and limitations on “viewpoint”: see, for example, *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). Our concern here is with a restriction on *all* political messages, and I have dealt with the issues in that light.

#### IV

[138] For all of these reasons, I agree with Justice Deschamps that the appellants’ impugned advertising policies infringed the respondents’ freedom of expression and thereby contravened s. 2(b) of the *Charter*.

[139] And I agree as well that the appellants’ advertising policies constitute a limitation prescribed by “law” within the meaning of s. 1; that the appellants have not demonstrated that the infringing provisions of their advertising policies are demonstrably justified in a free and democratic society such as ours; and that the respondents are therefore entitled, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, to a declaration that

Ainsi, par exemple, les appelantes pourraient à juste titre refuser d’afficher sur les côtés de leurs autobus une annonce sollicitant des dons à une organisation terroriste reconnue comme telle, contrairement à l’art. 83.02 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[136] De même, une expression peut être exclue de la portée de l’al. 2b) uniquement parce qu’elle revêt une forme non protégée, notamment lorsqu’il y a recours à la violence : voir les arrêts *Irwin Toy*, p. 970; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 733 et 829; et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 105. Hormis l’expression violente, dans l’arrêt *Irwin Toy*, les juges majoritaires ne donnent pas d’exemples d’expression non protégée à cause de sa forme. Il serait inopportun de le faire dans la présente espèce puisque cette exception n’est pas invoquée.

[137] Le pourvoi ne se prête pas non plus à l’examen de la pertinence, dans le cadre d’une contestation prenant appui sur l’al. 2b), de la distinction américaine entre la restriction visant le « sujet » et celle visant le « point de vue » : voir, p. ex., *R. A. V. c. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). La restriction considérée dans la présente affaire vise *tout* message politique, et je me suis prononcé sur les questions en litige en conséquence.

#### IV

[138] Pour tous ces motifs, je conviens avec le juge Deschamps que par leurs politiques publicitaires, les appelantes ont porté atteinte à la liberté d’expression des intimées et contrevenu de ce fait à l’al. 2b) de la *Charte*.

[139] J’estime également que les politiques publicitaires constituent une restriction « par une règle de droit » au sens de l’article premier, que les appelantes n’ont pas établi que les dispositions attentatoires de leurs politiques pouvaient se justifier dans une société libre et démocratique comme la nôtre et que les intimées ont donc droit, en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à un jugement déclarant inopérantes les politiques

the appellants' advertising policies, to the extent of their inconsistency with s. 2(b), are of no force or effect.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant the Greater Vancouver Transportation Authority: David F. Sutherland & Associates, Vancouver.*

*Solicitors for the appellant the British Columbia Transit: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: Underhill, Faulkner, Boies Parker Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Adbusters Media Foundation: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Lawson Lundell, Vancouver.*

publicitaires des appelantes dans la mesure où elles sont incompatibles avec l'al. 2b).

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante Greater Vancouver Transportation Authority : David F. Sutherland & Associates, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelante British Columbia Transit : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureurs des intimées : Underhill, Faulkner, Boies Parker Law Corporation, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Adbusters Media Foundation : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Lawson Lundell, Vancouver.*