

Her Majesty The Queen in Right of Canada *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Imperial Tobacco Canada Limited *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Ontario and Attorney General of British Columbia *Intervenors*

- and -

Attorney General of Canada *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Her Majesty The Queen in Right of British Columbia *Respondent*

and

Imperial Tobacco Canada Limited, Rothmans, Benson & Hedges Inc., Rothmans Inc., JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company, R.J. Reynolds Tobacco International Inc., B.A.T. Industries p.l.c., British American Tobacco (Investments) Limited, Carreras Rothmans Limited, Philip Morris USA Inc. and Philip Morris International Inc. *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia and Her Majesty The Queen in Right of the Province of New Brunswick *Intervenors*

Sa Majesté la Reine du chef du Canada *Appelante/intimée au pourvoi incident*

c.

Imperial Tobacco Canada Limitée *Intimée/appelante au pourvoi incident*

et

Procureur général de l'Ontario et procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

- et -

Procureur général du Canada *Appelant/intimé au pourvoi incident*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique *Intimée*

et

Imperial Tobacco Canada Limitée, Rothmans, Benson & Hedges Inc., Rothmans Inc., JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company, R.J. Reynolds Tobacco International Inc., B.A.T. Industries p.l.c., British American Tobacco (Investments) Limited, Carreras Rothmans Limited, Philip Morris USA Inc. et Philip Morris International Inc. *Intimées/appelantes au pourvoi incident*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique et Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTD.**2011 SCC 42**

File Nos.: 33559, 33563.

2011: February 24; 2011: July 29.

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

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

Civil procedure — Third-party claims — Motion to strike — Tobacco manufacturers being sued by provincial government to recover health care costs of tobacco-related illnesses, and by consumers of “light” or “mild” cigarettes for damages and punitive damages — Tobacco companies issuing third-party notices to federal government claiming contribution and indemnity — Whether plain and obvious that third-party claims disclose no reasonable cause of action.

*Torts — Negligent misrepresentation — Failure to warn — Negligent design — Duty of care — Proximity — Tobacco manufacturers being sued by provincial government and consumers and issuing third-party notices to federal government claiming contribution and indemnity — Federal government claiming representations constituted government policy immune from judicial review — Whether facts as pleaded establish *prima facie* duty of care — If so, whether conflicting policy considerations negate such duty.*

*Torts — Provincial statutory scheme establishing rights of action against tobacco manufacturers and suppliers — Whether federal government liable as a “manufacturer” under the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30, or a “supplier” under the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, and the *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, c. 457.*

The appeal concerns two cases before the courts in British Columbia. In the *Costs Recovery* case, the

RÉPERTORIÉ : R. c. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTÉE**2011 CSC 42**

N^os du greffe : 33559, 33563.

2011 : 24 février; 2011 : 29 juillet.

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

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

Procédure civile — Mise en cause — Requête en radiation — Fabricants de tabac poursuivis par le gouvernement d'une province qui cherche à recouvrer les sommes consacrées au traitement des maladies liées au tabagisme, et par des consommateurs de cigarettes dites « légères » ou « douces » qui demandent des dommages-intérêts et des dommages-intérêts punitifs — Compagnies de tabac mettant en cause le gouvernement fédéral pour lui réclamer une contribution et une indemnisation — Est-il évident et manifeste que les avis de mise en cause ne révèlent aucune cause d'action raisonnable?

*Responsabilité délictuelle — Déclaration inexacte faite par négligence — Défaut de mise en garde — Conception négligente — Obligation de diligence — Lien de proximité — Poursuites engagées par le gouvernement d'une province et des consommateurs contre des fabricants de tabac qui ont mis en cause le gouvernement fédéral pour lui réclamer une contribution et une indemnisation — Gouvernement fédéral prétendant que les déclarations relevaient de la politique générale du gouvernement et étaient de ce fait soustraites au contrôle judiciaire — Les faits allégués établissent-ils l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*? — Dans l'affirmative, des considérations de politique générale opposées écartent-elles cette obligation?*

*Responsabilité délictuelle — Régime législatif provincial conférant un droit d'action contre les fabricants et les fournisseurs de tabac — Le gouvernement fédéral a-t-il engagé sa responsabilité à titre de « fabricant » au sens de la *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, ch. 30, ou de « fournisseur » au sens de la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2, et de la *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 457?*

Le pourvoi porte sur deux actions intentées devant les tribunaux de la Colombie-Britannique. Dans l'*Affaire du*

Government of British Columbia is seeking to recover, pursuant to the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* (“CRA”), the cost of paying for the medical treatment of individuals suffering from tobacco-related illnesses from a group of tobacco companies, including Imperial. British Columbia alleges that by 1950, the tobacco companies knew or ought to have known that cigarettes were harmful to one’s health, and that they failed to properly warn the public about the risks associated with smoking their product. In the *Knight* case, a class action was brought against Imperial alone on behalf of class members who purchased “light” or “mild” cigarettes, seeking a refund of the cost of the cigarettes and punitive damages. The class alleges that the levels of tar and nicotine listed on Imperial’s packages for light and mild cigarettes did not reflect the actual deliveries of toxic emissions to smokers, and alleges that the smoke produced by light cigarettes was just as harmful as that produced by regular cigarettes.

In both cases, the tobacco companies issued third-party notices to the Government of Canada, alleging that if the tobacco companies are held liable to the plaintiffs, they are entitled to compensation from Canada for negligent misrepresentation, negligent design and failure to warn, as well as at equity. They also allege that Canada would itself be liable as a “manufacturer” under the *CRA* or a “supplier” under the *Business Practices and Consumer Protection Act* and the *Trade Practice Act*, and that they are entitled to contribution and indemnity from Canada pursuant to the *Negligence Act*. Canada brought motions to strike the third-party notices, arguing that it was plain and obvious that the third-party claims failed to disclose a reasonable cause of action. In both cases, the chambers judges struck all of the third-party notices. The British Columbia Court of Appeal allowed the tobacco companies’ appeals in part. A majority held that the negligent misrepresentation claims arising from Canada’s alleged duty of care to the tobacco companies in both the *Costs Recovery* case and the *Knight* case should proceed to trial. A majority in the *Knight* case further held that the negligent misrepresentation claim based on Canada’s alleged duty of care to consumers should proceed, as should the negligent design claim. The court unanimously struck the remainder of the tobacco companies’ claims.

recouvrement des coûts, le gouvernement de la Colombie-Britannique cherche, aux termes de la *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* (« CRA »), à recouvrer d’un groupe de compagnies de tabac, dont Imperial, les sommes consacrées au traitement médical de personnes souffrant de maladies liées au tabagisme. Selon la Colombie-Britannique, dès 1950, les compagnies de tabac savaient ou auraient dû savoir que les cigarettes étaient néfastes pour la santé et ont fait défaut de mettre le public en garde adéquatement contre les risques associés à l’usage de leur produit. Dans l’affaire *Knight*, un recours collectif a été intenté contre Imperial seulement, pour demander, au nom des membres qui ont acheté des cigarettes dites « légères » ou « douces », le remboursement du coût des cigarettes ainsi que le versement de dommages-intérêts punitifs. Selon eux, la teneur en goudron et en nicotine indiquée sur les paquets de cigarettes fabriquées par Imperial ne correspondait pas aux émissions toxiques réelles pour les fumeurs. Ils font valoir que la fumée dégagée par les cigarettes légères était tout aussi néfaste que celle dégagée par les cigarettes régulières.

Dans les deux affaires, les compagnies de tabac ont mis en cause le gouvernement du Canada, prétendant que, si elles étaient tenues responsables envers les demandeurs, elles avaient le droit d’être indemnisées par le Canada pour déclarations inexactes faites par négligence, conception négligente et défaut de mise en garde; ainsi qu’en vertu de l’equity. Elles font également valoir que le Canada aurait engagé sa propre responsabilité à titre de « fabricant » au sens de la *CRA* ou à titre de « fournisseur » au sens de la *Business Practices and Consumer Protection Act* et de la *Trade Practice Act*, et qu’elles sont en droit d’obtenir du Canada une contribution et une indemnisation en vertu de la *Negligence Act*. Le Canada a présenté des requêtes en radiation des avis de mise en cause, faisant valoir qu’il était évident et manifeste que ces avis ne révélaient aucune cause d’action raisonnable. Dans les deux affaires, les juges siégeant en cabinet ont ordonné la radiation de tous les avis de mise en cause. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli en partie les appels interjetés par les compagnies de tabac. Les juges majoritaires ont conclu à l’opportunité d’instruire, dans l’affaire *du recouvrement des coûts* et dans l’affaire *Knight*, les demandes relatives aux déclarations inexactes faites par négligence en violation d’une prétenue obligation de diligence du Canada envers les compagnies de tabac. Dans l’affaire *Knight*, les juges majoritaires ont conclu en outre à l’opportunité d’instruire la demande relative aux déclarations inexactes faites par négligence fondée sur une prétenue obligation de diligence du Canada envers les consommateurs, ainsi que la demande relative à la conception négligente. La cour a radié à l’unanimité les autres demandes présentées par les compagnies de tabac.

Held: The appeals should be allowed and the claims should be struck out. The tobacco companies' cross-appeals should be dismissed.

On a motion to strike, a claim will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action. The approach must be generous, and err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed to trial. However, the judge cannot consider what evidence adduced in the future might or might not show. Here, it is plain and obvious that none of the tobacco companies' claims against Canada have a reasonable chance of success.

Canada's Alleged Duties of Care to Smokers in the Costs Recovery Case

In the *Costs Recovery* case, the private law claims against Canada for contribution and indemnity based on alleged breaches of a duty of care to smokers must be struck. A third party may only be liable for contribution under the *Negligence Act* if it is directly liable to the plaintiff, in this case, British Columbia. Here, even if Canada breached duties to smokers, this would have no effect on whether it was liable to British Columbia.

The Claims for Negligent Misrepresentation

There are two relationships at issue in these claims: one between Canada and consumers and one between Canada and tobacco companies. In the *Knight* case, Imperial alleges that Canada negligently represented the health attributes of low-tar cigarettes to consumers. In both the *Knight* case and the *Costs Recovery* case, the tobacco companies allege that Canada made negligent misrepresentations to the tobacco companies.

The facts as pleaded do not bring Canada's relationship with consumers and the tobacco companies within a settled category of negligent misrepresentation. Accordingly, to determine whether the alleged causes of action have a reasonable prospect of success, the general requirements for liability in tort must be met. At

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et les demandes sont radiées. Les pourvois incidents interjetés par les compagnies de tabac sont rejetés.

Dans le cas d'une requête en radiation, une demande ne sera radiée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable. L'approche doit être généreuse et permettre, dans la mesure du possible, l'instruction de toute demande inédite, mais soutenable. Cependant, le juge ne peut pas anticiper ce que la preuve qui sera produite permettra d'établir. En l'espèce, il est évident et manifeste qu'aucune des allégations des compagnies de tabac visant le Canada n'a une possibilité raisonnable d'être accueillie.

Les prétendues obligations de diligence du Canada envers les fumeurs dans l'Affaire du recouvrement des coûts

Dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, les demandes de contribution et d'indemnisation de droit privé dirigées contre le Canada et fondées sur des manquements allégués à une obligation de diligence envers les fumeurs doivent être radiées. Un tiers ne peut être tenu de verser une contribution en vertu de la *Negligence Act* que s'il est directement responsable envers le demandeur, en l'occurrence la Colombie-Britannique. En l'espèce, même si le Canada a manqué à ses obligations envers les fumeurs, ce manquement n'aurait aucune incidence sur la question de savoir s'il est responsable envers la Colombie-Britannique.

Les allégations de déclarations inexactes faites par négligence

Les allégations en l'espèce mettent en cause deux liens : celui entre le Canada et les consommateurs, et celui entre le Canada et les compagnies de tabac. Dans l'affaire *Knight*, Imperial prétend que le Canada a fait preuve de négligence en déclarant faussement aux fumeurs que la cigarette à teneur réduite en goudron serait moins nocive pour la santé. Dans l'affaire *Knight* et l'*Affaire du recouvrement des coûts*, les compagnies de tabac prétendent que le Canada leur a fait des déclarations inexactes par négligence.

Les faits allégués ne font pas entrer la relation du Canada avec les consommateurs et les compagnies de tabac dans une catégorie définie en matière de déclarations inexactes faites par négligence. Par conséquent, afin de déterminer si les causes d'action alléguées ont une possibilité raisonnable d'être accueillies, il faut que

the first stage, the question is whether the facts disclose a relationship of proximity in which failure to take reasonable care might foreseeably cause loss or harm to the plaintiff. In a claim of negligent misrepresentation, both of these requirements for a *prima facie* duty of care are established if there was a “special relationship” between the parties. A special relationship will be established where: (1) the defendant ought reasonably to foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (2) reliance by the plaintiff would be reasonable in the circumstances of the case. If proximity is established, a *prima facie* duty of care arises and the analysis proceeds to the second stage, which asks whether there are policy reasons why this *prima facie* duty of care should not be recognized.

Here, on the facts as pleaded, Canada did not owe a *prima facie* duty of care to consumers. The relationship between the two was limited to Canada’s statements to the general public that low-tar cigarettes are less hazardous. There were no specific interactions between Canada and the class members. Consequently, a finding of proximity in this relationship must arise from the governing statutes. However, the relevant statutes establish only general duties to the public, and no private law duties to consumers. In light of the lack of proximity, this claim in the *Knight* case should be struck at the first stage of the analysis.

As for the tobacco companies, the facts pleaded allege a history of interactions between Canada and the tobacco companies capable of establishing a special relationship of proximity giving rise to a *prima facie* duty of care. The allegations are that Canada assumed the role of adviser to a finite number of manufacturers and that there were commercial relationships entered into between Canada and the companies based in part on the advice given to the companies by government officials, going far beyond the sort of statements made by Canada to the public at large. Furthermore, Canada’s regulatory powers over the manufacturers coupled with its specific advice and its commercial involvement could be seen as supporting a conclusion that Canada ought reasonably to have foreseen that the tobacco companies would rely on the representations and that such reliance would be reasonable in the pleaded circumstance.

les exigences générales en matière de responsabilité délictuelle soient remplies. À la première étape, il faut se demander si les faits révèlent l’existence d’un lien de proximité dans le cadre duquel l’omission de faire preuve de diligence raisonnable peut, de façon prévisible, causer une perte ou un préjudice au plaignant. Dans le cadre d’une action pour déclaration inexacte faite par négligence, ces deux conditions pour qu’il existe une obligation de diligence *prima facie* sont remplies lorsqu’un « lien spécial » unit les parties. L’existence d’un lien spécial est établie lorsque : (1) le défendeur doit raisonnablement prévoir que le demandeur se fiera à sa déclaration; et que (2) la confiance que le demandeur accorde à la déclaration serait raisonnable dans les circonstances. Si l’existence d’un lien de proximité est établie, il y a obligation de diligence *prima facie* et l’analyse passe à l’étape suivante dans laquelle on se demande si des considérations de politique empêcheraient de reconnaître cette obligation de diligence *prima facie*.

Compte tenu des faits allégués, le Canada n’avait pas d’obligation de ce genre envers les consommateurs. Le lien entre eux se limitait aux déclarations du Canada adressées au grand public selon lesquelles les cigarettes à faible teneur en goudron sont moins dangereuses pour la santé. Le Canada n’entretenait pas de rapports spéciaux avec les membres du groupe. Par conséquent, le constat qu’il s’agit d’un lien suffisamment étroit doit découler des lois applicables. Les lois pertinentes n’établissent toutefois que des obligations générales envers le public, et aucune obligation de nature privée envers les consommateurs. Vu l’absence de lien de proximité, il convient de radier cette allégation dans l’affaire *Knight* à la première étape de l’analyse.

En ce qui concerne les compagnies de tabac, les faits allégués révèlent que le Canada et les compagnies de tabac entretiennent depuis longtemps des rapports qui peuvent constituer un lien spécial imposant une obligation de diligence *prima facie*. On allègue que le Canada a joué un rôle de conseiller auprès d’un nombre déterminé de fabricants et a entretenu des rapports commerciaux avec les sociétés en cause compte tenu, en partie, des avis fournis à ces dernières par des fonctionnaires, avis qui vont bien au-delà des déclarations faites par le Canada au grand public. De plus, les pouvoirs de réglementation du Canada envers les fabricants, conjugués aux avis précis qu’il a donnés et à sa participation à des activités commerciales, pourraient être considérés comme étayant la conclusion que le Canada aurait raisonnablement dû prévoir que les compagnies de tabac se fieraienr aux déclarations et que cette confiance serait raisonnable dans les circonstances alléguées.

Canada's alleged negligent misrepresentations do not give rise to tort liability, however, because of conflicting policy considerations. The alleged representations constitute protected expressions of government policy. Core government policy decisions protected from suit are decisions as to a course or principle of action that are based on public policy considerations, such as economic, social and political factors, provided they are neither irrational nor taken in bad faith. The representations in this case were part and parcel of a government policy, adopted at the highest level in the Canadian government and developed out of concern for the health of Canadians and the individual and institutional costs associated with tobacco-related disease, to encourage people who continued to smoke to switch to low-tar cigarettes.

The claims for negligent misrepresentation should also fail because they would expose Canada to indeterminate liability. Recognizing a duty of care for representations to the tobacco companies would effectively amount to a duty to consumers. While the quantum of damages owed by Canada to the companies in both cases would depend on the number of smokers and the number of cigarettes sold, Canada had no control over the number of people who smoked light cigarettes.

The Claims for Failure to Warn

The tobacco companies make two allegations for failure to warn: (1) that Canada directed the tobacco companies not to provide warnings on cigarette packages about the health hazards of cigarettes and (2) that Canada failed to warn the tobacco companies about the dangers posed by the strains of tobacco it designed and licensed. These two claims should be struck. The crux of the first claim is essentially the same as the negligent misrepresentation claim, and should be rejected for the same policy reasons. The Minister of Health's recommendations on warning labels were integral to the government's policy of encouraging smokers to switch to low-tar cigarettes. As such, they cannot ground a claim in failure to warn. The same is true of the second claim. While the tort of failure to warn requires evidence of a positive duty towards the plaintiff, nothing in the third-party notices suggests that Canada was under such a positive duty here. A plea of negligence, without more, will not suffice to raise a duty to warn. In any event,

Les déclarations inexactes que le Canada aurait faites par négligence n'engagent toutefois pas sa responsabilité délictuelle parce que des considérations de politique générale s'y opposent. Les déclarations qui auraient été faites sont des expressions protégées de politique générale du gouvernement. Les décisions de politique générale fondamentale du gouvernement qui sont soustraites aux poursuites sont les décisions qui se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d'intérêt public, tels des facteurs économiques, sociaux ou politiques, pourvu qu'elles ne soient ni irrationnelles ni prises de mauvaise foi. Les déclarations en cause faisaient partie intégrante d'une politique générale adoptée par les plus hautes instances du gouvernement canadien et élaborée par souci pour la santé des Canadiens et des Canadiennes et en raison des coûts individuels et institutionnels associés aux maladies causées par le tabac, afin d'inciter les personnes qui continuaient de fumer à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron.

Les allégations de déclarations inexactes faites par négligence doivent aussi être rejetées parce qu'elles exposeraient le Canada à une responsabilité indéterminée. Reconnaître une obligation de diligence à l'égard des déclarations faites aux compagnies de tabac reviendrait en fait à reconnaître une obligation envers les consommateurs. Le montant des dommages-intérêts dus par le Canada aux compagnies de tabac dans les deux cas dépendrait du nombre de fumeurs et du nombre de cigarettes vendues, alors que le Canada n'exerçait aucun contrôle sur le nombre de fumeurs de cigarettes légères.

Les allégations de défaut de mise en garde

Les compagnies de tabac formulent deux allégations de défaut de mise en garde : (1) le Canada a interdit aux compagnies de tabac d'apposer sur les paquets de cigarettes des mises en garde à l'égard des dangers que présentent les cigarettes pour la santé et (2) le Canada n'a pas avisé les compagnies de tabac des dangers que présentent les souches de tabac conçues par le Canada et pour lesquelles il a octroyé des licences. Il faut radier ces allégations. L'élément crucial de la première alléation est essentiellement le même que celui des allégations de déclarations inexactes faites par négligence, et il y a lieu de la rejeter pour les mêmes considérations de politique générale. Les recommandations du ministre de la Santé sur les mises en garde faisaient partie intégrante de la politique générale du gouvernement visant à inciter les fumeurs à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron. En tant que telles, elles ne peuvent fonder une action pour défaut de mise en garde. Cela vaut aussi pour la deuxième alléation. Bien que le délit

such a claim would fail for the policy reasons applicable to the negligent misrepresentation claim.

The Claims for Negligent Design

The tobacco companies have brought two types of negligent design claims against Canada. They submit that Canada breached its duty of care to the tobacco companies when it negligently designed its strains of low-tar tobacco. In the *Knight* case, Imperial submits that Canada breached its duty of care to consumers of light and mild cigarettes. The two negligent design claims establish a *prima facie* duty of care. With respect to Canada's design of low-tar tobacco strains, the proximity alleged with the tobacco companies is not based on a statutory duty, but on commercial interactions between Canada and the tobacco companies. In the *Knight* case also, it is at least arguable that Canada was acting in a commercial capacity towards the consumers of light and mild cigarettes when it designed its strains of tobacco. However, the decision to develop low-tar strains of tobacco on the belief that the resulting cigarettes would be less harmful to health is a decision that constitutes a course or principle of action based on Canada's health policy and based on social and economic factors. As a core government policy decision, it cannot ground a claim for negligent design. These claims should accordingly be struck.

Liability as a "Manufacturer" and a "Supplier"

The tobacco companies' contribution claim in the *Costs Recovery* case that Canada could qualify as a "manufacturer" under the *CRA* should be struck. It is plain and obvious that the federal government does not qualify as a manufacturer of tobacco under that Act. When the Act is read in context and all of its provisions are taken into account, it is apparent that the British Columbia legislature did not intend Canada to be liable as a manufacturer. This is confirmed by the text of the statute, the intent of the legislature in adopting the Act,

de défaut de mise en garde requière la preuve d'une obligation positive envers le demandeur, les avis de mise en cause ne donnent aucunement matière à croire que le Canada avait une telle obligation en l'espèce. Une allégation de négligence, sans plus, est insuffisante pour imposer une obligation de mise en garde. Quoi qu'il en soit, une allégation de ce genre serait rejetée pour les considérations de politique générale qui s'appliquent aux allégations de déclarations inexactes faites par négligence.

La conception négligente

Les compagnies de tabac ont soulevé à l'encontre du Canada deux types d'allégations de conception négligente. Elles affirment que le Canada a manqué à son obligation de diligence envers elles en concevant de manière négligente ses souches de tabac à faible teneur en goudron. Dans l'affaire *Knight*, Imperial fait valoir que le Canada a manqué à son obligation de diligence envers les consommateurs de cigarettes légères et douces. Ces deux allégations de conception négligente établissent l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*. Pour ce qui est des souches de tabac à faible teneur en goudron conçues par le Canada, le prétexte lié de proximité avec les compagnies de tabac se fonde non pas sur une obligation prévue par la loi, mais sur les rapports entre le Canada et les compagnies de tabac. Dans l'affaire *Knight* également, il est au moins possible de soutenir que le Canada agissait comme une entreprise commerciale envers les consommateurs de cigarettes légères et douces lorsqu'il a conçu ses souches de tabac. Cependant, la décision de concevoir des souches de tabac à faible teneur en goudron parce qu'on croit que les cigarettes fabriquées avec ce tabac seraient moins nuisibles pour la santé constitue une ligne de conduite fondée sur la politique générale du Canada en matière de santé et repose sur des facteurs sociaux et économiques. Cette décision de politique générale fondamentale du gouvernement ne saurait fonder une poursuite pour conception négligente. Il faut donc rejeter ces allégations.

Responsabilité d'un « fabricant » et d'un « fournisseur »

Dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, la demande de contribution des compagnies de tabac visant à faire reconnaître au Canada la qualité de « fabricant » au sens de la *CRA* doit être radiée. Il est manifeste et évident que le gouvernement fédéral n'est pas un fabricant de produits du tabac au sens de cette loi. Lorsqu'on interprète la loi dans son contexte eu égard à l'ensemble de ses dispositions, il appert que la législature de la Colombie-Britannique ne voulait pas imposer au Canada la responsabilité d'un fabricant. C'est ce que

and the broader context of the relationship between the province and the federal government. Holding Canada accountable under the *CRA* would defeat the legislature's intention of transferring the health-care costs resulting from tobacco-related wrongs from taxpayers to the tobacco industry. Similarly, the tobacco companies cannot rely on the recently adopted *Health Care Costs Recovery Act* in an action for contribution under the *CRA*. Finally, Canada could not be liable for contribution under the *Negligence Act* or at common law since it is not directly liable to British Columbia.

Imperial's claim in the *Knight* case that Canada could qualify as a "supplier" under the *Trade Practice Act* and the *Business Practices and Consumer Protection Act* which replaced it should also be struck. Canada's purpose for developing and promoting tobacco as described in the third-party notice suggests that it was not acting "in the course of business" or "in the course of the person's business" as those phrases are used in those statutes. Those phrases must be understood as limited to activities undertaken for a commercial purpose. Here, it is plain and obvious from the facts pleaded that Canada did not promote the use of low-tar cigarettes for a commercial purpose, but for a health purpose. Canada is therefore not a supplier and is not liable under those statutes.

Claims for Equitable Indemnity and Procedural Considerations

The tobacco companies' claims of equitable indemnity should be struck. Equitable indemnity is a narrow doctrine, confined to situations of an express or implied understanding that a principal will indemnify its agent for acting on the directions given. When Canada directed the tobacco industry about how it should conduct itself, it was doing so in its capacity as a government regulator that was concerned about the health of Canadians. Under such circumstances, it is unreasonable to infer that Canada was implicitly promising to indemnify the industry for acting on its request.

Finally, the claims for declaratory relief should be struck. The tobacco companies' ability to mount defences would not be severely prejudiced if Canada was no longer a third party in the litigation.

confirment le texte de la loi, l'intention qu'avait le législateur au moment de l'adopter et le contexte plus général des rapports entre la province et le gouvernement fédéral. Tenir le Canada responsable en application de la *CRA* contrecarrerait l'intention de la législature de faire passer des contribuables à l'industrie du tabac la responsabilité des coûts des soins de santé résultant d'une faute du fabricant. Dans le même ordre d'idées, les compagnies de tabac ne peuvent s'appuyer sur la *Health Care Costs Recovery Act*, récemment édictée, dans le cadre d'une action intentée pour obtenir une contribution en vertu de la *CRA*. Enfin, le Canada ne peut être tenu à une contribution au titre de la *Negligence Act* ou en common law parce qu'il n'est pas directement responsable envers la Colombie-Britannique.

Dans l'affaire *Knight*, la demande d'Imperial de reconnaître au Canada la qualité de « fournisseur » au sens de la *Trade Practice Act* et de la loi qui l'a remplacée, la *Business Practices and Consumer Protection Act*, doit aussi être radiée. Le but recherché par le Canada lorsqu'il a développé et promu le tabac, comme l'indique l'avis de mise en cause, tend à indiquer que le Canada n'agissait pas « dans le cours de ses affaires », dans le sens où cette expression est employée dans ces lois. Cette expression doit être interprétée comme visant seulement les activités exercées à une fin commerciale. Il ressort de façon évidente et manifeste des faits allégués que le Canada a promu la consommation de cigarettes à faible teneur en goudron non pas à une fin commerciale, mais à une fin liée à la santé. Le Canada n'est donc pas un fournisseur et sa responsabilité n'est pas engagée en application de ces lois.

Demandes d'indemnité fondées sur l'equity et considérations d'ordre procédural

Les demandes des compagnies de tabac relatives à l'indemnisation en equity doivent être radiées. La doctrine de l'indemnité fondée sur l'equity est une doctrine restreinte qui ne s'applique que dans les cas où le mandant s'engage expressément ou implicitement à indemniser son mandataire pour avoir agi conformément à ses directives. Lorsque le Canada a donné à l'industrie du tabac des directives sur la manière dont elle devrait se comporter, il le faisait à titre d'autorité de réglementation du gouvernement qui se souciait de la santé des Canadiens et des Canadiennes. Dans ces circonstances, il est déraisonnable de déduire que le Canada avait promis implicitement d'indemniser l'industrie pour avoir donné suite à sa demande.

Enfin, il convient de radier les demandes de jugement déclaratoire. La capacité des compagnies de tabac de se défendre ne serait pas gravement compromise si la mise en cause du Canada en l'espèce prenait fin.

Cases Cited

Applied: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; **referred to:** *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132; *Heaslip Estate v. Mansfield Ski Club Inc.*, 2009 ONCA 594, 96 O.R. (3d) 401; *Eliopoulos Estate v. Ontario (Minister of Health and Long-Term Care)* (2006), 276 D.L.R. (4th) 411; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] 2 W.L.R. 1140; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145; *X v. Bedfordshire County Council*, [1995] 3 All E.R. 353; *Stovin v. Wise*, [1996] A.C. 923; *Barrett v. Enfield London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 550; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424; *Pyrenees Shire Council v. Day*, [1998] HCA 3, 192 C.L.R. 330; *Office of Personnel Management v. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990); *United States v. Neustadt*, 366 U.S. 696 (1961); *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953); *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991); *Berkovitz v. United States*, 486 U.S. 531 (1988); *United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984); *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737; *Day v. Central Okanagan (Regional District)*, 2000 BCSC 1134, 79 B.C.L.R. (3d) 36; *Elias v. Headache and Pain Management Clinic*, 2008 CanLII 53133; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Blackwater v. Plint*, 2005 SCC 58, [2005] 3 S.C.R. 3; *Parmley v. Parmley*, [1945] S.C.R. 635.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Succession Odhayji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; **arrêts mentionnés :** *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Fullowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132; *Heaslip Estate c. Mansfield Ski Club Inc.*, 2009 ONCA 594, 96 O.R. (3d) 401; *Eliopoulos Estate c. Ontario (Minister of Health and Long-Term Care)* (2006), 276 D.L.R. (4th) 411; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Home Office c. Dorset Yacht Co.*, [1970] 2 W.L.R. 1140; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145; *X c. Bedfordshire County Council*, [1995] 3 All E.R. 353; *Stovin c. Wise*, [1996] A.C. 923; *Barrett c. Enfield London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 550; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424; *Pyrenees Shire Council c. Day*, [1998] HCA 3, 192 C.L.R. 330; *Office of Personnel Management c. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990); *United States c. Neustadt*, 366 U.S. 696 (1961); *Dalehite c. United States*, 346 U.S. 15 (1953); *United States c. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991); *Berkovitz c. United States*, 486 U.S. 531 (1988); *United States c. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984); *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737; *Day c. Central Okanagan (Regional District)*, 2000 BCSC 1134, 79 B.C.L.R. (3d) 36; *Elias c. Headache and Pain Management Clinic*, 2008 CanLII 53133; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Blackwater c. Plint*, 2005 CSC 58, [2005] 3 R.C.S. 3; *Parmley c. Parmley*, [1945] R.C.S. 635.

Statutes and Regulations Cited

- Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, s. 1(1) “supplier”.
- Department of Agriculture and Agri-Food Act*, R.S.C. 1985, c. A-9, s. 4.
- Department of Health Act*, S.C. 1996, c. 8, s. 4(1).
- Federal Tort Claims Act*, 28 U.S.C. §§2680(a), (h).
- Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2008, c. 27, ss. 8(1), 24(3)(b).
- Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 333.
- Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-5.
- Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, rr. 19(24), (27).
- Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13, s. 4.
- Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30, ss. 1(1) “manufacture”, “manufacturer”, 2, 3(3)(b).
- Tobacco Products Control Act*, R.S.C. 1985, c. 14 (4th Supp.), s. 3 [rep. 1997, c. 13, s. 64].
- Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, c. 457, s. 1 “supplier”.

Authors Cited

- British Columbia. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, p. 16314.
- New Oxford Dictionary of English*. Oxford: Clarendon Press, 1998, “policy”.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, Saunders, Lowry, Tysoe and Smith JJ.A.), 2009 BCCA 541, 99 B.C.L.R. (4th) 93, 313 D.L.R. (4th) 695, [2010] 2 W.W.R. 9, 280 B.C.A.C. 160, 474 W.A.C. 160, [2009] B.C.J. No. 2445 (QL), 2009 CarswellBC 3300, reversing in part a decision of Satanove J. striking out third-party notices, 2007 BCSC 964, 76 B.C.L.R. (4th) 100, [2008] 4 W.W.R. 156, [2007] B.C.J. No. 1461 (QL), 2007 CarswellBC 1806 (*sub nom. Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, Saunders, Lowry, Tysoe and Smith JJ.A.), 2009 BCCA 540, 98 B.C.L.R. (4th) 201, 313 D.L.R. (4th) 651, [2010] 2 W.W.R. 385, 280 B.C.A.C. 100, 474 W.A.C. 100, [2009] B.C.J. No. 2444 (QL), 2009 CarswellBC 3307, reversing in part a decision of Wedge J. striking out third-party notices,

Lois et règlements cités

- Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 1(1) « supplier ».
- Federal Tort Claims Act*, 28 U.S.C. §§2680a), h).
- Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2008, ch. 27, art. 8(1), 24(3)b).
- Loi réglementant les produits du tabac*, L.R.C. 1985, ch. 14 (4^e suppl.), art. 3 [abr. 1997, ch. 13, art. 64].
- Loi sur le ministère de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire*, L.R.C. 1985, ch. A-9, art. 4.
- Loi sur le ministère de la Santé*, L.C. 1996, ch. 8, art. 4(1).
- Loi sur le tabac*, L.C. 1997, ch. 13, art. 4.
- Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 333.
- Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-5.
- Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, r. 19(24), (27).
- Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, ch. 30, art. 1(1) « manufacture », « manufacturer », 2, 3(3)b).
- Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 457, art. 1 « supplier ».

Doctrine citée

- Colombie-Britannique. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, p. 16314.
- Multidictionnaire de la langue française*, 5^e éd. Montréal : Québec Amérique, 2009, « politique ».

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Saunders, Lowry, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 541, 99 B.C.L.R. (4th) 93, 313 D.L.R. (4th) 695, [2010] 2 W.W.R. 9, 280 B.C.A.C. 160, 474 W.A.C. 160, [2009] B.C.J. No. 2445 (QL), 2009 CarswellBC 3300, qui a infirmé en partie une décision de la juge Satanove qui a ordonné la radiation des avis de mise en cause, 2007 BCSC 964, 76 B.C.L.R. (4th) 100, [2008] 4 W.W.R. 156, [2007] B.C.J. No. 1461 (QL), 2007 CarswellBC 1806 (*sub nom. Knight c. Imperial Tobacco Ltd.*). Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Saunders, Lowry, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 540, 98 B.C.L.R. (4th) 201, 313 D.L.R. (4th) 651, [2010] 2 W.W.R. 385, 280 B.C.A.C. 100, 474 W.A.C. 100, [2009] B.C.J. No. 2444 (QL), 2009 CarswellBC 3307, qui a infirmé en partie une décision de la juge Wedge qui a ordonné la radiation des

2008 BCSC 419, 82 B.C.L.R. (4th) 362, 292 D.L.R. (4th) 353, [2008] 12 W.W.R. 241, [2008] B.C.J. No. 609 (QL), 2008 CarswellBC 687 (*sub nom. British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

John S. Tyhurst, Paul Vickery and Travis Henderson, for the appellant/respondent on cross-appeal Her Majesty the Queen in Right of Canada (33559).

Paul Vickery, John S. Tyhurst and Travis Henderson, for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada (33563).

Deborah Glendining and Nada Khirdaji, for the respondent/appellant on cross-appeal Imperial Tobacco Canada Limited (33559).

Ryan D. W. Dalziel and Daniel A. Webster, Q.C., for the respondent Her Majesty the Queen in Right of British Columbia (33563).

John J. L. Hunter, Q.C., and *Brent B. Olthuis*, for the respondent/appellant on cross-appeal Imperial Tobacco Canada Limited (33563).

Written submissions only by *Kenneth N. Affleck, Q.C.*, for the respondents/appellants on cross-appeal Rothmans, Benson & Hedges Inc. and Rothmans Inc. (33563).

Written submissions only by *Jeffrey J. Kay, Q.C.*, for the respondents/appellants on cross-appeal JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company and R.J. Reynolds Tobacco International Inc. (33563).

Written submissions only by *Craig P. Dennis* and *Michael D. Shirreff*, for the respondents/appellants on cross-appeal B.A.T. Industries p.l.c. and British American Tobacco (Investments) Limited (33563).

Written submissions only by *Christopher M. Rusnak*, for the respondent/appellant on cross-appeal Carreras Rothmans Limited (33563).

Written submissions only by *D. Ross Clark*, for the respondent/appellant on cross-appeal Philip Morris U.S.A. Inc. (33563).

avis de mise en cause, 2008 BCSC 419, 82 B.C.L.R. (4th) 362, 292 D.L.R. (4th) 353, [2008] 12 W.W.R. 241, [2008] B.C.J. No. 609 (QL), 2008 CarswellBC 687 (*sub nom. British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*). Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

John S. Tyhurst, Paul Vickery et Travis Henderson, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident Sa Majesté la Reine du chef du Canada (33559).

Paul Vickery, John S. Tyhurst et Travis Henderson, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada (33563).

Deborah Glendining et Nada Khirdaji, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada Limitée (33559).

Ryan D. W. Dalziel et Daniel A. Webster, c.r., pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (33563).

John J. L. Hunter, c.r., et *Brent B. Olthuis*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada Limitée (33563).

Argumentation écrite seulement par *Kenneth N. Affleck, c.r.*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident Rothmans, Benson & Hedges Inc. et Rothmans Inc. (33563).

Argumentation écrite seulement par *Jeffrey J. Kay, c.r.*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company et R.J. Reynolds Tobacco International Inc. (33563).

Argumentation écrite seulement par *Craig P. Dennis et Michael D. Shirreff*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident B.A.T. Industries p.l.c. et British American Tobacco (Investments) Limited (33563).

Argumentation écrite seulement par *Christopher M. Rusnak*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Carreras Rothmans Limited (33563).

Argumentation écrite seulement par *D. Ross Clark*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Philip Morris U.S.A. Inc. (33563).

Simon V. Potter, Michael A. Feder and Angela M. Juba, for the respondent/appellant on cross-appeal Philip Morris International Inc. (33563).

Mallika Wilson and Lynne McArdle, for the intervener the Attorney General of Ontario (33559-33563).

Jeffrey S. Leon, Robyn M. Ryan Bell and Michael A. Eizenga, for the intervener Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick (33563).

Nancy Brown, for the intervener the Attorney General of British Columbia (33559-33563).

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

TABLE OF CONTENTS

	<u>Paragraph</u>
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Underlying Claims and Judicial History</u> ...	6
A. <i>The Knight Case</i>	6
B. <i>The Costs Recovery Case</i>	11
III. <u>Issues Before the Court</u>	15
IV. <u>Analysis</u>	17
A. <i>The Test for Striking Out Claims</i>	17
B. <i>Canada's Alleged Duties of Care to Smokers in the Costs Recovery Case</i>	27
C. <i>The Claims for Negligent Misrepresentation</i>	32
(1) <u>Stage One: Proximity and Foreseeability</u>	40
(2) <u>Stage Two: Conflicting Policy Considerations</u>	61

Simon V. Potter, Michael A. Feder et Angela M. Juba, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Philip Morris International Inc. (33563).

Mallika Wilson et Lynne McArdle, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (33559-33563).

Jeffrey S. Leon, Robyn M. Ryan Bell et Michael A. Eizenga, pour l'intervenante Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick (33563).

Nancy Brown, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique (33559-33563).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraph</u>
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Demandes initiales et historique judiciaire</u>	6
A. <i>L'Affaire Knight</i>	6
B. <i>L'Affaire du recouvrement des coûts</i>	11
III. <u>Questions en litige</u>	15
IV. <u>Analyse</u>	17
A. <i>Le critère applicable à la radiation d'une demande</i>	17
B. <i>Les prétendues obligations de diligence du Canada envers les fumeurs dans l'Affaire du recouvrement des coûts</i>	27
C. <i>Les demandes fondées sur des déclarations inexactes faites par négligence</i>	32
(1) <u>Première étape de l'analyse : le lien de proximité et la prévisibilité</u>	40
(2) <u>Deuxième étape de l'analyse : considérations de politique générale opposées</u>	61

<p>(a) <i>Government Policy Decisions</i> 63</p> <p>(i) <u>Conduct at Issue</u> 67</p> <p>(ii) <u>Relevance of Evidence</u> 68</p> <p>(iii) <u>What Constitutes a Policy Decision Immune From Judicial Review?</u> 72</p> <p>(iv) <u>Conclusion on the Policy Argument</u> 92</p> <p>(b) <i>Indeterminate Liability</i> 97</p> <p>(c) <i>Summary on Stage-Two Policy Arguments</i> 102</p>	<p>a) <i>Décisions de politique générale du gouvernement</i> 63</p> <p>(i) <u>La conduite en cause</u> 67</p> <p>(ii) <u>La pertinence de la preuve</u> 68</p> <p>(iii) <u>Les décisions de politique générale soustraites au contrôle judiciaire</u> 72</p> <p>(iv) <u>Conclusion sur l'argument relatif à la politique générale</u> ... 92</p> <p>b) <i>Responsabilité indéterminée</i> 97</p> <p>c) <i>Résumé quant aux arguments de politique générale soulevés à la deuxième étape de l'analyse</i> 102</p>
<p>D. <i>Failure to Warn</i> 103</p> <p>(1) <u>Labelling Claim</u> 104</p> <p>(2) <u>Failure to Warn Imperial About Health Hazards</u> 106</p>	<p>D. <i>Le défaut de mise en garde</i> 103</p> <p>(1) <u>L'allégation relative à l'étiquetage</u> ... 104</p> <p>(2) <u>Le défaut de mettre Imperial en garde contre les dangers pour la santé</u> 106</p>
<p>E. <i>Negligent Design</i> 110</p> <p>(1) <u>Prima Facie Duty of Care</u> 112</p> <p>(2) <u>Stage-Two Policy Considerations</u> 116</p>	<p>E. <i>La conception négligente</i> 110</p> <p>(1) <u>Obligation de diligence prima facie</u> 112</p> <p>(2) <u>Considérations de politique générale soulevées à la deuxième étape de l'analyse</u> 116</p>
<p>F. <i>The Direct Claims Under the Costs Recovery Acts</i> 117</p> <p>(1) <u>Could Canada Qualify as a Manufacturer Under the Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act?</u> 121</p> <p>(a) <u>Text of the Statute</u> 122</p> <p>(b) <u>Legislative Intention</u> 127</p>	<p>F. <i>Les allégations directes faites en vertu des lois sur le recouvrement des coûts</i> 117</p> <p>(1) <u>Le Canada peut-il être un fabricant au sens de la Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act?</u> 121</p> <p>a) <u>Le texte de la loi</u> 122</p> <p>b) <u>L'intention du législateur</u> 127</p>

(c) <i>Broader Context</i>	129	c) <i>Le contexte plus général</i>	129
(d) <i>Summary</i>	132	d) <i>Résumé</i>	132
(2) <u>Could Canada Be Found Liable Under the <i>Health Care Costs Recovery Act</i>?</u>	133	(2) <u>Le Canada peut-il être tenu responsable en vertu de la <i>Health Care Costs Recovery Act</i>?</u>	133
(3) <u>Could Canada Be Liable for Contribution Under the <i>Negligence Act</i> if It Is Not Directly Liable to British Columbia?</u>	135	(3) <u>Le Canada peut-il être tenu à une contribution en application de la <i>Negligence Act</i> s'il n'est pas directement responsable envers la Colombie-Britannique?</u>	135
(4) <u>Could Canada Be Liable for Common Law Contribution?</u>	138	(4) <u>Le Canada peut-il être tenu en common law de verser une contribution?</u>	138
G. <i>Liability Under the Trade Practice Act and the Business Practices and Consumer Protection Act</i>	140	G. <i>Responsabilité en vertu de la Trade Practice Act et de la Business Practices and Consumer Protection Act</i>	140
H. <i>The Claim for Equitable Indemnity</i>	146	H. <i>La demande d'indemnité fondée sur l'équity</i>	146
I. <i>Procedural Considerations</i>	149	I. <i>Considérations d'ordre procédural</i>	149
V. <u>Conclusion</u>	151	V. <u>Conclusion</u>	151

I. Introduction

[1] Imperial Tobacco Canada Ltd. (“Imperial”) is a defendant in two cases before the courts in British Columbia, *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, Docket: S010421, and *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, Docket: L031300. In the first case, the Government of British Columbia is seeking to recover the cost of paying for the medical treatment of individuals suffering from tobacco-related illnesses from a group of 14 tobacco companies, including Imperial (“Costs Recovery case”). The second case is a class action brought against Imperial alone by Mr. Knight on behalf of class members who purchased “light” or “mild” cigarettes, seeking a refund of the cost

I. Introduction

[1] Imperial Tobacco Canada Limitée (« Imperial ») est défenderesse dans deux actions intentées devant les tribunaux de la Colombie-Britannique, soit *British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, dossier : S010421, et *Knight c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, dossier : L031300. Dans la première, le gouvernement de la Colombie-Britannique cherche à recouvrer d'un groupe de 14 compagnies de tabac, dont Imperial, les sommes consacrées au traitement médical de personnes souffrant de maladies liées au tabagisme (l'« *Affaire du recouvrement des coûts* »). Dans la deuxième action, un recours collectif intenté contre Imperial uniquement, M. Knight, au nom

of the cigarettes and punitive damages (“*Knight* case”).

[2] In both cases, the tobacco companies issued third-party notices to the Government of Canada, alleging that if the tobacco companies are held liable to the plaintiffs, they are entitled to compensation from Canada for negligent misrepresentation, negligent design, and failure to warn, as well as at equity. They also allege that Canada would itself be liable under the statutory schemes at issue in the two cases. In the *Costs Recovery* case, it is alleged that Canada would be liable under the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30 (“CRA”), as a “manufacturer”. In the *Knight* case, it is alleged that Canada would be liable as a “supplier” under the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 (“BPCPA”), and its predecessor, the *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, c. 457 (“TPA”).

[3] In both cases, Canada brought motions to strike the third party notices under r. 19(24) of the *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 (replaced by the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-5), arguing that it was plain and obvious that the third-party claims failed to disclose a reasonable cause of action. In both cases, the chambers judges agreed with Canada, and struck all of the third-party notices. The British Columbia Court of Appeal allowed the tobacco companies’ appeals in part. A majority of 3-2 held that the negligent misrepresentation claims arising from Canada’s alleged duty of care to the tobacco companies in both the *Costs Recovery* case and the *Knight* case should proceed to trial. A majority in the *Knight* case further held that the negligent misrepresentation claim based on Canada’s alleged duty of care to consumers should proceed, as should the negligent design claims in the *Knight* case. The court unanimously

des autres membres qui ont acheté des cigarettes dites « légères » ou « douces », demande le remboursement du coût des cigarettes ainsi que le versement de dommages-intérêts punitifs (l’« *Affaire Knight* »).

[2] Dans les deux affaires, les compagnies de tabac ont mis en cause le gouvernement du Canada, prétendant que si elles sont tenues responsables envers les demandeurs, elles ont le droit d’être indemnisées par le Canada pour déclarations inexactes faites par négligence, pour conception négligente et défaut de mise en garde; elles fondent aussi leur demande sur l’equity. Elles font également valoir que le Canada aurait engagé sa propre responsabilité au titre des régimes législatifs invoqués dans ces deux affaires. Dans l’*Affaire du recouvrement des coûts*, elles invoquent sa responsabilité, à titre de [TRADUCTION] « fabricant », aux termes de la *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, ch. 30 (« CRA »). Dans l’*Affaire Knight*, c’est à titre de [TRADUCTION] « fournisseur » que le Canada serait responsable, aux termes de la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2 (« BPCPA ») et de la loi qui l’a précédée, la *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 457 (« TPA »).

[3] Dans les deux affaires, le Canada a présenté des requêtes en radiation des avis de mise en cause en vertu du par. 19(24) des *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 (remplacé par la règle 9-5 des *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009), faisant valoir qu’il était évident et manifeste que ces avis ne révélaient aucune cause d’action raisonnable. Les juges siégeant en cabinet, faisant droit aux requêtes du Canada dans les deux actions, ont ordonné la radiation de tous les avis de mise en cause. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli en partie les appels interjetés par les compagnies de tabac. À trois voix contre deux, les juges majoritaires ont conclu à l’opportunité d’instruire, dans l’*Affaire du recouvrement des coûts* et dans l’*Affaire Knight*, les demandes relatives aux déclarations inexactes faites par négligence en violation d’une prétendue obligation de diligence du Canada envers les compagnies de tabac. Dans l’*Affaire Knight*, les juges majoritaires ont conclu en

struck the remainder of the tobacco companies' claims.

[4] The Government of Canada appeals the finding that the claims for negligent misrepresentation and the claim for negligent design should be allowed to go to trial. The tobacco companies cross-appeal the striking of the other claims.

[5] For the reasons that follow, I conclude that all the claims of Imperial and the other tobacco companies brought against the Government of Canada are bound to fail, and should be struck. I would allow the appeals of the Government of Canada in both cases and dismiss the cross-appeals.

II. Underlying Claims and Judicial History

A. *The Knight Case*

[6] In the *Knight* case, consumers in British Columbia have brought a class action against Imperial under the *BPCPA* and its predecessor, the *TPA*. The class consists of consumers of light or mild cigarettes. It alleges that Imperial engaged in deceptive practices when it promoted low-tar cigarettes as less hazardous to the health of consumers. The class alleges that the levels of tar and nicotine listed on Imperial's packages for light and mild cigarettes did not reflect the actual deliveries of toxic emissions to smokers, and alleges that the smoke produced by light cigarettes was just as harmful as that produced by regular cigarettes. The class seeks reimbursement of the cost of the cigarettes purchased, and punitive damages.

outre à l'opportunité d'instruire la demande relative aux déclarations inexactes faites par négligence fondée sur une prétendue obligation de diligence du Canada envers les consommateurs, ainsi que la demande relative à la conception négligente dans *l'Affaire Knight*. La cour a radié à l'unanimité les autres demandes présentées par les compagnies de tabac.

[4] Le gouvernement du Canada en appelle de la décision de permettre l'instruction des demandes pour déclarations inexactes faites par négligence et pour conception négligente. Les compagnies de tabac forment un appel incident à l'égard de la radiation des autres demandes.

[5] Pour les motifs qui suivent, je conclus que toutes les demandes introduites par Imperial et les autres compagnies de tabac à l'encontre du gouvernement du Canada sont vouées à l'échec et doivent être radiées. Je suis d'avis d'accueillir les appels du gouvernement du Canada dans les deux affaires et de rejeter les appels incidents.

II. Demandes initiales et historique judiciaire

A. *L'Affaire Knight*

[6] Dans *l'Affaire Knight*, un groupe de consommateurs de la Colombie-Britannique, composé de fumeurs de cigarettes légères ou douces, a intenté un recours collectif contre Imperial en vertu de la *BPCPA* et de la loi qui l'a précédée, la *TPA*. Ces consommateurs prétendent qu'Imperial s'est livrée à des pratiques trompeuses en présentant les cigarettes à teneur réduite en goudron comme un choix moins nuisible à la santé des consommateurs que les autres cigarettes. Selon eux, la teneur en goudron et en nicotine indiquée sur les paquets de cigarettes légères et douces fabriquées par Imperial ne correspondait pas aux émissions toxiques réelles pour les fumeurs. Ils font valoir que la fumée dégagée par les cigarettes légères était tout aussi néfaste que celle dégagée par les cigarettes régulières. Ils réclament le remboursement du coût d'achat des cigarettes ainsi que des dommages-intérêts punitifs.

[7] Imperial issued a third-party notice against Canada. It alleges that Health Canada advised tobacco companies and the public that low-tar cigarettes were less hazardous than regular cigarettes. Imperial alleges that while Health Canada was initially opposed to the use of health warnings on cigarette packaging, it changed its policy in 1967. It instructed smokers to switch to low-tar cigarettes if they were unwilling to quit smoking altogether, and it asked tobacco companies to voluntarily list the tar and nicotine levels on their advertisements to encourage consumers to purchase low-tar brands. Contrary to expectations, it now appears that low-tar cigarettes are potentially more harmful to smokers.

[8] Imperial also alleges that Agriculture Canada researched, developed, manufactured, and licensed several strains of low-tar tobacco, and collected royalties from the companies, including Imperial, that used these strains. By 1982, Imperial pleads, the tobacco strains developed by Agriculture Canada were “almost the only tobacco varieties available to Canadian tobacco manufacturers” (*Knight* case, amended third-party notice of Imperial, at para. 97).

[9] Imperial makes five allegations against Canada:

- (1) Canada is itself liable under the *BPCPA* and the *TPA* as a “supplier” of tobacco products that engaged in deceptive practices, and Imperial is entitled to contribution and indemnity from Canada pursuant to the provisions of the *Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 333.
- (2) Canada breached private law duties to consumers by negligently misrepresenting the health attributes of low-tar cigarettes, by failing to warn them against the hazards of low-tar cigarettes, and by failing to design its tobacco

[7] Par voie d'avis, Imperial a mis en cause le gouvernement du Canada. Selon elle, Santé Canada aurait informé les compagnies de tabac et le public que les cigarettes à teneur réduite en goudron étaient moins nuisibles que les cigarettes régulières. Imperial fait valoir que Santé Canada s'était d'abord opposé à l'impression de mises en garde relatives à la santé sur les paquets de cigarettes avant de changer sa politique en 1967. Le ministère invitait les fumeurs ne souhaitant pas cesser de fumer à consommer des cigarettes à teneur réduite en goudron et a demandé aux compagnies de tabac de révéler volontairement les quantités de goudron et de nicotine dans leurs publicités afin d'encourager les consommateurs à acheter des marques à faible teneur en goudron. Contre toute attente, il appert maintenant que ces cigarettes seraient peut-être plus nuisibles à la santé des fumeurs que les autres.

[8] Imperial prétend également qu'Agriculture Canada a protégé par licences plusieurs souches de tabac à teneur réduite en goudron — cultivées par lui après des travaux de recherche et de développement — et a perçu des redevances des compagnies, dont Imperial, qui utilisaient ses souches. Selon Imperial, en 1982, les souches d'Agriculture Canada représentaient [TRADUCTION] « presque les seules variétés dont disposaient les fabricants canadiens de produits du tabac » (*l'Affaire Knight*, avis de mise en cause modifié d'Imperial, par. 97).

[9] Imperial formule contre le Canada les cinq allégations suivantes :

- (1) La responsabilité du Canada lui-même est engagée aux termes de la *BPCPA* et de la *TPA* à titre de [TRADUCTION] « fournisseur » de produits du tabac puisqu'il s'est livré à des pratiques trompeuses, et Imperial a le droit, aux termes de la *Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 333, de réclamer au Canada une contribution et une indemnisation.
- (2) Le Canada a manqué à ses obligations de droit privé envers les consommateurs en faisant par négligence des déclarations inexactes au sujet de l'effet, sur la santé, des cigarettes à teneur réduite en goudron, en faisant défaut de les

strain with due care. Consequently, Imperial alleges that it is entitled to contribution and indemnity from Canada under the *Negligence Act*.

- (3) Canada breached its private law duties to Imperial by negligently misrepresenting the health attributes of low-tar cigarettes, by failing to warn Imperial about the hazards of low-tar cigarettes, and by failing to design its tobacco strain with due care. Imperial alleges that it is entitled to damages against Canada to the extent of any liability Imperial may have to the class members.
- (4) In the alternative, Canada is obliged to indemnify Imperial under the doctrine of equitable indemnity.
- (5) If Canada is not liable to Imperial under any of the above claims, Imperial is entitled to declaratory relief against Canada so that it will remain a party to the action and be subject to discovery procedures under the *Supreme Court Rules*.

[10] Canada brought an application to strike the third-party claims. It was successful before Satanove J. in the Supreme Court of British Columbia (2007 BCSC 964, 76 B.C.L.R. (4th) 100). The chambers judge struck all of the claims against Canada. Imperial was partially successful in the Court of Appeal (2009 BCCA 541, 99 B.C.L.R. (4th) 93). The Court of Appeal unanimously struck the statutory claim, the claim of negligent design between Canada and Imperial, and the equitable indemnity claim. However, the majority, *per* Tysoe J.A., held that the two negligent misrepresentation claims and the negligent design claim between Canada and consumers should be allowed to proceed. The majority reasons did not address the

mettre en garde contre les risques associés à ces produits et en ne faisant pas preuve de diligence raisonnable dans la conception de sa souche de tabac. Par conséquent, Imperial se dit en droit d'obtenir du Canada une contribution et une indemnisation en vertu de la *Negligence Act*.

- (3) Le Canada a manqué à ses obligations de droit privé envers Imperial en faisant par négligence des déclarations inexactes au sujet de l'effet, sur la santé, des cigarettes à teneur réduite en goudron, en faisant défaut de mettre en garde Imperial contre les risques associés à ces produits et en ne faisant pas preuve de diligence raisonnable dans la conception de sa souche de tabac. Imperial se dit en droit de réclamer au Canada des dommages-intérêts dans la mesure de leur responsabilité envers les membres du groupe.
- (4) Subsidiairement, le Canada est tenu en equity d'indemniser Imperial.
- (5) Si la responsabilité du Canada envers Imperial n'est reconnue à l'égard d'aucune des allégations précédentes, Imperial peut obtenir un jugement déclarant que le Canada reste partie au litige, ce qui le soumettra aux obligations de communication préalable de la preuve prévues aux *Supreme Court Rules*.

[10] Par requête, le Canada a demandé et obtenu de la juge Satanove de la Cour suprême de la Colombie-Britannique la radiation des avis de mise en cause (2007 BCSC 964, 76 B.C.L.R. (4th) 100). La juge siégeant en cabinet a radié toutes les demandes formées contre le Canada. Imperial a eu partiellement gain de cause devant la Cour d'appel (2009 BCCA 541, 99 B.C.L.R. (4th) 93). Les juges de cette cour ont radié à l'unanimité la demande relative aux manquements aux obligations légales, la demande relative à la conception négligente qui oppose Imperial au Canada, ainsi que la demande d'indemnisation en equity. Au nom des juges majoritaires, le juge Tysoe a permis l'instruction des deux demandes concernant les déclarations

failure to warn claim. Hall J.A., dissenting, would have struck all the third-party claims.

B. *The Costs Recovery Case*

[11] The Government of British Columbia has brought a claim under the *CRA* to recover the expense of treating tobacco-related illnesses caused by “tobacco related wrong[s]”. Under the *CRA*, manufacturers of tobacco products are liable to the province directly. The claim was brought against 14 tobacco companies. British Columbia alleges that by 1950, these tobacco companies knew or ought to have known that cigarettes were harmful to one’s health, and that they failed to properly warn the public about the risks associated with smoking their product.

[12] Various defendants in the *Costs Recovery* case, including Imperial, brought third-party notices against Canada for its alleged role in the tobacco industry. I refer to them collectively as the “tobacco companies”. The allegations in this claim are strikingly similar to those in the *Knight* case. The tobacco companies plead that Health Canada advised them and the public that low-tar cigarettes were less hazardous and instructed smokers that they should quit smoking or purchase low-tar cigarettes. The tobacco companies allege that Canada was initially opposed to the use of warning labels on cigarette packaging, but ultimately instructed the industry that warning labels should be used and what they should say. The tobacco companies also plead that Agriculture Canada researched, developed, manufactured and licensed the strains of low-tar tobacco which they used for their cigarettes in exchange for royalties.

inexactes faites par négligence et de celle portant sur la conception négligente opposant le Canada et les consommateurs. Les juges majoritaires n’ont pas traité de la demande relative au défaut de mise en garde. Le juge Hall, dissident, aurait radié toutes les demandes de mise en cause.

B. *L’Affaire du recouvrement des coûts*

[11] Le gouvernement de la Colombie-Britannique a demandé aux termes de la *CRA* de recouvrer les sommes consacrées au traitement des maladies liées au tabagisme découlant d’une [TRADUCTION] « faute d’un fabricant ». Cette loi prévoit que les fabricants de produits du tabac sont tenus de verser ces sommes directement à la province. La demande visait 14 compagnies de tabac. Selon la Colombie-Britannique, dès 1950, ces compagnies de tabac savaient ou auraient dû savoir que les cigarettes étaient néfastes pour la santé et ont fait défaut de mettre le public en garde adéquatement contre les risques associés à l’usage de leur produit.

[12] Divers défendeurs dans *L’Affaire du recouvrement des coûts*, dont Imperial, ont mis en cause le Canada pour le rôle qu’il aurait joué dans l’industrie du tabac. Je les désigne collectivement comme les « compagnies de tabac ». Les allégations contenues dans l’avis présentent une similitude frappante avec celles formulées dans *L’Affaire Knight*. Les compagnies de tabac font valoir que Santé Canada les aurait informées, ainsi que le public, de l’effet moins nuisible des cigarettes à teneur réduite en goudron par rapport aux cigarettes régulières et aurait conseillé aux fumeurs d’abandonner le tabagisme ou d’acheter des cigarettes à teneur réduite en goudron. Les compagnies de tabac prétendent que, bien qu’initialement opposé à l’impression de mises en garde sur les paquets de cigarettes, le Canada a fini par l’exiger et a déterminé les renseignements qui devaient y figurer. Les compagnies de tabac plaident également qu’Agriculture Canada avait protégé par licences les souches de tabac à teneur réduite en goudron — cultivées par lui après des travaux de recherche et de développement — que les compagnies utilisaient dans la fabrication des cigarettes en échange du paiement de redevances.

[13] The tobacco companies brought the following claims against Canada:

- (1) Canada is itself liable under the *CRA* as a “manufacturer” of tobacco products, and the tobacco companies are entitled to contribution and indemnity from Canada pursuant to the *Negligence Act*.
- (2) Canada breached private law duties to consumers for failure to warn, negligent design, and negligent misrepresentation, and the tobacco companies are entitled to contribution and indemnity from Canada to the extent of any liability they may have to British Columbia under the *CRA*.
- (3) Canada breached its private law duties owed to the tobacco companies for failure to warn and negligent design, and negligently misrepresented the attributes of low-tar cigarettes. The tobacco companies allege that they are entitled to damages against Canada to the extent of any liability they may have to British Columbia under the *CRA*.
- (4) In the alternative, Canada is obliged to indemnify the tobacco companies under the doctrine of equitable indemnity.
- (5) If Canada is not liable to the tobacco companies under any of the above claims, they are entitled to declaratory relief.

[14] Canada was successful before the chambers judge, Wedge J., who struck all of the claims (2008 BCSC 419, 82 B.C.L.R. (4th) 362). In the Court of Appeal, the majority, *per* Tysoe J.A., allowed the negligent misrepresentation claim between Canada and the tobacco companies to proceed (2009 BCCA 540, 98 B.C.L.R. (4th) 201). Hall J.A.,

[13] Les compagnies de tabac ont formulé contre le Canada les allégations suivantes :

- (1) La responsabilité du Canada lui-même est engagée aux termes de la *CRA* à titre de [TRA-DUCTION] « fabricant » de produits du tabac, et les compagnies de tabac ont le droit, en vertu de la *Negligence Act*, de réclamer au Canada une contribution et une indemnisation.
- (2) Le Canada a manqué à ses obligations de droit privé envers les consommateurs en raison du défaut de mise en garde, de la conception négligente et de déclarations inexactes faites par négligence. De plus, les compagnies de tabac sont en droit de réclamer du Canada contribution et indemnisation dans la mesure de leur responsabilité envers la Colombie-Britannique suivant la *CRA*.
- (3) Le Canada a manqué à ses obligations de droit privé envers les compagnies de tabac en raison du défaut de mise en garde, de la conception négligente et de déclarations inexactes faites par négligence au sujet de l'effet, sur la santé, des cigarettes à faible teneur en goudron. Les compagnies de tabac se disent en droit de réclamer au Canada des dommages-intérêts dans la mesure de leur responsabilité envers la Colombie-Britannique au titre de la *CRA*.
- (4) Subsidiairement, le Canada est tenu d'indemniser en equity les compagnies de tabac.
- (5) Si la responsabilité du Canada envers les compagnies de tabac n'est retenue à l'égard d'aucune des allégations précédentes, les compagnies de tabac ont droit à une réparation de nature déclaratoire.

[14] La juge Wedge, siégeant en cabinet, a fait droit à toutes les requêtes en radiation présentées par le Canada (2008 BCSC 419, 82 B.C.L.R. (4th) 362). Les juges majoritaires de la Cour d'appel, sous la plume du juge Tysoe, ont permis l'instruction de la demande relative aux déclarations inexactes faites par négligence opposant les compagnies

dissenting, would have struck all the third-party claims.

III. Issues Before the Court

[15] There is significant overlap between the issues on appeal in the *Costs Recovery* case and the *Knight* case, particularly in relation to the common law claims. Both cases discuss whether Canada could be liable at common law in negligent misrepresentation, negligent design and failure to warn, and in equitable indemnity. To reduce duplication, I treat the issues common to both cases together.

[16] There are also issues and arguments that are distinct in the two cases. Uniquely in the *Costs Recovery* case, Canada argues that all the contribution claims based on the *Negligence Act* and Canada's alleged duties of care to smokers should be struck because even if these alleged duties were breached, Canada would not be liable to the sole plaintiff British Columbia. The statutory claims are also distinct in the two cases. The issues may therefore be stated as follows:

1. What is the test for striking out claims for failure to disclose a reasonable cause of action?
2. Should the claims for contribution and indemnity based on the *Negligence Act* and alleged breaches of duties of care to smokers be struck in the *Costs Recovery* case?
3. Should the tobacco companies' negligent misrepresentation claims be struck out?

de tabac au Canada (2009 BCCA 540, 98 B.C.L.R. (4th) 201). Le juge Hall, dissident, aurait radié toutes les demandes de mise en cause.

III. Questions en litige

[15] Les questions à trancher dans l'*Affaire du recouvrement des coûts* et dans l'*Affaire Knight* se chevauchent considérablement, tout particulièrement quant aux demandes fondées sur la common law. Dans les deux cas, il s'agit de savoir si le Canada pourrait être tenu responsable, d'une part en common law, pour déclarations inexactes faites par négligence, conception négligente et défaut de mise en garde et, d'autre part, suivant la doctrine de l'indemnisation en equity. Par souci d'éviter les répétitions, j'examinerai ensemble les questions communes.

[16] Par ailleurs, les deux affaires présentent également des questions et des arguments distincts. Ainsi, dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, le Canada fait valoir que les demandes de contribution fondées sur la *Negligence Act* et sur l'obligation de diligence qu'on lui impute à l'égard des fumeurs devraient être radiées, car, même s'il avait manqué à une telle obligation, il ne pourrait être tenu responsable envers la demanderesse, la Colombie-Britannique. Les demandes fondées sur les lois sont elles aussi distinctes. Par conséquent, les questions en litige peuvent être formulées comme suit :

1. Quel est le critère applicable à la radiation d'une demande pour absence de cause d'action raisonnable?
2. Les demandes de contribution et d'indemnisation fondées sur la *Negligence Act* et sur les manquements allégués à l'obligation de diligence envers les fumeurs doivent-elles être radiées dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*?
3. Les demandes des compagnies de tabac relatives aux déclarations inexactes faites par négligence doivent-elles être radiées?

4. Should the tobacco companies' claims of failure to warn be struck out?
5. Should the tobacco companies' claims of negligent design be struck out?
6. Should the tobacco companies' claim in the *Costs Recovery* case that Canada could qualify as a "manufacturer" under the *CRA* be struck out?
7. Should Imperial's claim in the *Knight* case that Canada could qualify as a "supplier" under the *TPA* and the *BPCPA* be struck out?
8. Should the tobacco companies' claims of equitable indemnity be struck out?
9. If Canada is not liable to the tobacco companies under any of the third-party claims, are the tobacco companies nonetheless entitled to declaratory relief against Canada so that it will remain a party to both actions and be subject to discovery procedures under the *Supreme Court Rules*?
4. Les demandes des compagnies de tabac relatives au défaut de mise en garde doivent-elles être radiées?
5. Les demandes des compagnies de tabac relatives à la conception négligente doivent-elles être radiées?
6. Dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, la demande des compagnies de tabac de reconnaître au Canada la qualité de [TRADUCTION] « fabricant » au sens de la *CRA* doit-elle être radiée?
7. Dans l'*Affaire Knight*, la demande d'Imperial de reconnaître au Canada la qualité de [TRADUCTION] « fournisseur » au sens de la *TPA* et de la *BPCPA* doit-elle être radiée?
8. Les demandes des compagnies de tabac relatives à l'indemnisation en equity doivent-elles être radiées?
9. Si la responsabilité du Canada envers les compagnies de tabac n'est retenue à l'égard d'aucune des demandes de mise en cause, les compagnies de tabac ont-elles quand même le droit d'obtenir contre lui un jugement le déclarant partie aux deux litiges, ce qui le soumettra aux obligations de communication préalable de la preuve prévues aux *Supreme Court Rules*?

IV. Analysis

A. *The Test for Striking Out Claims*

[17] The parties agree on the test applicable on a motion to strike for not disclosing a reasonable cause of action under r. 19(24)(a) of the B.C. *Supreme Court Rules*. This Court has reiterated the test on many occasions. A claim will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 15; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980. Another way of putting the test is that the claim has no reasonable prospect of

IV. Analyse

A. *Le critère applicable à la radiation d'une demande*

[17] Les parties conviennent du critère applicable à la radiation d'une demande pour absence de cause d'action raisonnable en vertu de l'al. 19(24)a) des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique. La Cour a réitéré ce critère à maintes reprises : l'action ne sera rejetée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 15; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980. Autrement dit, la demande doit n'avoir

success. Where a reasonable prospect of success exists, the matter should be allowed to proceed to trial: see, generally, *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Odhavji Estate; Hunt; Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

[18] Although all agree on the test, the arguments before us revealed different conceptions about how it should be applied. It may therefore be useful to review the purpose of the test and its application.

[19] The power to strike out claims that have no reasonable prospect of success is a valuable house-keeping measure essential to effective and fair litigation. It unclutters the proceedings, weeding out the hopeless claims and ensuring that those that have some chance of success go on to trial.

[20] This promotes two goods — efficiency in the conduct of the litigation and correct results. Striking out claims that have no reasonable prospect of success promotes litigation efficiency, reducing time and cost. The litigants can focus on serious claims, without devoting days and sometimes weeks of evidence and argument to claims that are in any event hopeless. The same applies to judges and juries, whose attention is focused where it should be — on claims that have a reasonable chance of success. The efficiency gained by weeding out unmeritorious claims in turn contributes to better justice. The more the evidence and arguments are trained on the real issues, the more likely it is that the trial process will successfully come to grips with the parties' respective positions on those issues and the merits of the case.

[21] Valuable as it is, the motion to strike is a tool that must be used with care. The law is not static and unchanging. Actions that yesterday were deemed hopeless may tomorrow succeed. Before *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.) introduced a general duty of care to one's neighbour premised

aucune possibilité raisonnable d'être accueillie. Sinon, il faut lui laisser suivre son cours : voir généralement *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Succession Odhayji; Hunt; Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

[18] Bien que les parties acceptent d'emblée ce critère, il ressort des arguments qui nous ont été présentés que toutes ne voient pas du même œil son application aux faits. Il peut donc se révéler utile de revoir l'objet du critère et son application.

[19] Le pouvoir de radier les demandes ne présentant aucune possibilité raisonnable de succès constitue une importante mesure de gouverne judiciaire essentielle à l'efficacité et à l'équité des procès. Il permet d'élaguer les litiges en écartant les demandes vaines et en assurant l'instruction des demandes susceptibles d'être accueillies.

[20] Ce faisant, il favorise deux conséquences positives, soit l'instruction efficace des litiges et le bien-fondé des décisions sur ces demandes. La radiation des demandes n'ayant aucune possibilité raisonnable de succès favorise l'efficacité et fait épargner temps et argent. Les plaigneurs peuvent se concentrer sur les demandes importantes et n'ont pas à consacrer des jours — parfois même des semaines — à la preuve et aux arguments de demandes vouées de toute façon à l'échec. Il en va de même pour les juges et les jurés, dont l'attention est portée là où il le faut, soit sur les demandes présentant une possibilité raisonnable de succès. Les gains d'efficacité découlant de cet élagage contribuent à leur tour à l'amélioration de l'administration de la justice. Plus la preuve et les arguments sont axés sur les vraies questions, mieux les thèses des parties à l'égard de ces questions et le bien-fondé de l'affaire se dégageront de l'instruction du procès.

[21] Quoique très utile, la requête en radiation ne saurait être accueillie à la légère. Le droit n'est pas immuable. Des actions qui semblaient hier encore vouées à l'échec pourraient être accueillies demain. Avant qu'une obligation générale de diligence envers son prochain reposant sur la prévisibilité

on foreseeability, few would have predicted that, absent a contractual relationship, a bottling company could be held liable for physical injury and emotional trauma resulting from a snail in a bottle of ginger beer. Before *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.), a tort action for negligent misstatement would have been regarded as incapable of success. The history of our law reveals that often new developments in the law first surface on motions to strike or similar preliminary motions, like the one at issue in *Donoghue v. Stevenson*. Therefore, on a motion to strike, it is not determinative that the law has not yet recognized the particular claim. The court must rather ask whether, assuming the facts pleaded are true, there is a reasonable prospect that the claim will succeed. The approach must be generous and err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed to trial.

[22] A motion to strike for failure to disclose a reasonable cause of action proceeds on the basis that the facts pleaded are true, unless they are manifestly incapable of being proven: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 455. No evidence is admissible on such a motion: r. 19(27) of the *Supreme Court Rules* (now r. 9-5(2) of the *Supreme Court Civil Rules*). It is incumbent on the claimant to clearly plead the facts upon which it relies in making its claim. A claimant is not entitled to rely on the possibility that new facts may turn up as the case progresses. The claimant may not be in a position to prove the facts pleaded at the time of the motion. It may only hope to be able to prove them. But plead them it must. The facts pleaded are the firm basis upon which the possibility of success of the claim must be evaluated. If they are not pleaded, the exercise cannot be properly conducted.

soit reconnue dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), peu de gens auraient pu prévoir qu'une entreprise d'embouteillage puisse être tenue responsable, en l'absence de tout lien contractuel, du préjudice corporel et du traumatisme émotionnel causé par la découverte d'un escargot dans une bouteille de bière de gingembre. Avant l'arrêt *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.), l'action en responsabilité délictuelle pour déclarations inexactes faites par négligence aurait paru vouée à l'échec. L'histoire de notre droit nous apprend que souvent, des requêtes en radiation ou des requêtes préliminaires semblables, à l'instar de celle présentée dans *Donoghue c. Stevenson*, amorcent une évolution du droit. Par conséquent, le fait qu'une action en particulier n'a pas encore été reconnue en droit n'est pas déterminant pour la requête en radiation. Le tribunal doit plutôt se demander si, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, il est raisonnablement possible que l'action soit accueillie. L'approche doit être généreuse et permettre, dans la mesure du possible, l'instruction de toute demande inédite, mais soutenable.

[22] Une requête en radiation pour absence de cause d'action raisonnable repose sur le principe que les faits allégués sont vrais, sauf s'ils ne peuvent manifestement pas être prouvés : *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 455. Aucune preuve n'est admissible à l'égard d'une telle requête : par. 19(27) des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique (maintenant le par. 9-5(2) des *Supreme Court Civil Rules*). Il incombe au demandeur de plaider clairement les faits sur lesquels il fonde sa demande. Un demandeur ne peut compter sur la possibilité que de nouveaux faits apparaissent au fur et à mesure que l'instruction progresse. Il peut arriver que le demandeur ne soit pas en mesure de prouver les faits plaidés au moment de la requête. Il peut seulement espérer qu'il sera en mesure de les prouver. Il doit cependant les plaider. Les faits allégués sont le fondement solide en fonction duquel doit être évaluée la possibilité que la demande soit accueillie. S'ils ne sont pas allégués, l'exercice ne peut pas être exécuté adéquatement.

[23] Before us, Imperial and the other tobacco companies argued that the motion to strike should take into account, not only the facts pleaded, but the possibility that as the case progressed, the evidence would reveal more about Canada's conduct and role in promoting the use of low-tar cigarettes. This fundamentally misunderstands what a motion to strike is about. It is not about evidence, but the pleadings. The facts pleaded are taken as true. Whether the evidence substantiates the pleaded facts, now or at some future date, is irrelevant to the motion to strike. The judge on the motion to strike cannot consider what evidence adduced in the future might or might not show. To require the judge to do so would be to gut the motion to strike of its logic and ultimately render it useless.

[24] This is not unfair to the claimant. The presumption that the facts pleaded are true operates in the claimant's favour. The claimant chooses what facts to plead, with a view to the cause of action it is asserting. If new developments raise new possibilities — as they sometimes do — the remedy is to amend the pleadings to plead new facts at that time.

[25] Related to the issue of whether the motion should be refused because of the possibility of unknown evidence appearing at a future date is the issue of speculation. The judge on a motion to strike asks if the claim has any reasonable prospect of success. In the world of abstract speculation, there is a mathematical chance that any number of things might happen. That is not what the test on a motion to strike seeks to determine. Rather, it operates on the assumption that the claim will proceed through the court system in the usual way — in an adversarial system where judges are under a duty to apply the law as set out in (and as it may develop from) statutes and precedent. The question is whether, considered in *the context of the*

[23] Dans notre Cour, Imperial et les autres compagnies de tabac ont prétendu que la requête en radiation devrait prendre en compte non seulement les faits plaidés, mais la possibilité que, au fur et à mesure que l'instruction progresse, la preuve en révélerait davantage quant au comportement du Canada et au rôle qu'il a joué dans la promotion de la consommation de cigarettes à teneur réduite en goudron. Cette position dénote une compréhension fondamentalement erronée de ce que vise une requête en radiation. Elle n'a rien à voir avec la preuve. Elle porte sur les actes de procédure. Les faits allégués sont réputés véridiques. La question de savoir si la preuve corrobore ou corroborera les faits allégués n'a aucune pertinence quant à la requête en radiation. Le juge saisi de la requête en radiation ne peut pas anticiper ce que la preuve qui sera produite permettra d'établir. Si l'on exigeait cela du juge, la requête en radiation perdrait sa logique et deviendrait en fin de compte inutile.

[24] Cela n'a rien d'inéquitable pour le demandeur. La présomption selon laquelle les faits allégués sont vrais joue en sa faveur. Le demandeur choisit les faits qu'il allègue en fonction de la cause d'action qu'il fait valoir. Si des faits nouveaux soulèvent de nouvelles possibilités — comme c'est parfois le cas —, la solution consiste à modifier les actes de procédure afin d'alléguer les faits nouveaux à ce moment-là.

[25] La question de la conjecture est liée à la question de savoir si la requête devrait être rejetée en raison de la possibilité qu'une nouvelle preuve apparaisse éventuellement. Le juge saisi d'une requête en radiation se demande s'il existe une possibilité raisonnable que la demande soit accueillie. Dans le monde de la conjecture abstraite, il existe une probabilité mathématique qu'un certain nombre d'événements se produisent. Ce n'est pas ce que le critère applicable aux requêtes en radiation cherche à déterminer. Il suppose plutôt que la demande sera traitée de la manière habituelle dans le système judiciaire — un système fondé sur le débat contradictoire dans lequel les juges sont tenus d'appliquer le droit (et son évolution) énoncé dans les

law and the litigation process, the claim has no reasonable chance of succeeding.

[26] With this framework in mind, I proceed to consider the tobacco companies' claims.

B. *Canada's Alleged Duties of Care to Smokers in the Costs Recovery Case*

[27] In the *Costs Recovery* case, Canada argues that all the claims for contribution based on its alleged duties of care to smokers must be struck. Under the *Negligence Act*, Canada submits, contribution may only be awarded if the third party would be liable to the plaintiff directly. It argues that even if Canada breached duties to smokers, such breaches cannot ground the tobacco companies' claims for contribution if they are found liable to British Columbia, the sole plaintiff in the *Costs Recovery* case. This argument was successful in the Court of Appeal.

[28] The tobacco companies argue that direct liability to the plaintiff is not a requirement for being held liable in contribution. They argue that contribution in the *Negligence Act* turns on fault, not liability. The object of the *Negligence Act* is to allow defendants to recover from other parties that were also at fault for the damage that resulted to the plaintiff, and barring a claim against Canada would defeat this purpose, they argue.

[29] I agree with Canada and the Court of Appeal that a third party may only be liable for contribution under the *Negligence Act* if it is directly liable to the plaintiff. In *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346, dealing

lois et la jurisprudence. Il s'agit de savoir si, dans le contexte du droit et du processus judiciaire, la demande n'a aucune possibilité raisonnable d'être accueillie.

[26] C'est en tenant compte de ce cadre que j'entreprends l'examen des demandes des compagnies de tabac.

B. *Les prétendues obligations de diligence du Canada envers les fumeurs dans l'Affaire du recouvrement des coûts*

[27] Dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, le Canada plaide que toutes les demandes de contribution fondées sur ses prétendues obligations de diligence envers les fumeurs doivent être radiées. Le Canada prétend que, aux termes de la *Negligence Act*, une contribution ne peut être accordée si le tiers n'est pas directement responsable envers le plaignant. Il prétend que même s'il a manqué à ses obligations envers les fumeurs, ce manquement ne peut pas servir de fondement aux demandes de contribution des compagnies de tabac si elles sont tenues responsables envers la Colombie-Britannique, l'unique demanderesse dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*. La Cour d'appel a accepté cet argument.

[28] Les compagnies de tabac prétendent qu'il n'est pas nécessaire qu'une personne soit directement responsable envers le demandeur pour être tenue de verser une contribution. Elles prétendent que la contribution dont parle la *Negligence Act* repose sur la faute et non pas sur la responsabilité. Elles affirment que la *Negligence Act* vise à permettre aux défendeurs d'être indemnisés par d'autres parties qui sont également responsables du dommage causé au plaignant, et qu'interdire un droit d'action contre le Canada ferait échec à cet objectif.

[29] Je souscris à l'opinion du Canada et de la Cour d'appel selon laquelle un tiers ne peut être tenu de verser une contribution en vertu de la *Negligence Act* que s'il est directement responsable envers le plaignant. Dans l'arrêt *Giffels Associates*

with a statutory provision similar to that in British Columbia, Laskin C.J. stated:

... I am of the view that it is a precondition of the right to resort to contribution that there be liability to the plaintiff. I am unable to appreciate how a claim for contribution can be made under s. 2(1) by one person against another in respect of loss resulting to a third person unless each of the former two came under a liability to the third person to answer for his loss. [Emphasis added; p. 1354.]

[30] Accordingly, it is plain and obvious that the private law claims against Canada in the *Costs Recovery* case that arise from an alleged duty of care to consumers must be struck. Even if Canada breached duties to smokers, this would have no effect on whether it was liable to British Columbia, the plaintiff in that case. This holding has no bearing on the consumer claim in the *Knight* case since consumers of light or mild cigarettes are the plaintiffs in the underlying action.

[31] The discussion of the private law claims in the remainder of these reasons will refer exclusively to the claims based on Canada's alleged duties of care to the tobacco companies in both cases before the Court, and Canada's alleged duties to consumers in the *Knight* case.

C. *The Claims for Negligent Misrepresentation*

[32] There are two types of negligent misrepresentation claims that remain at issue on this appeal. First, in the *Knight* case, Imperial alleges that Canada negligently misrepresented the health attributes of low-tar cigarettes to consumers, and is therefore liable for contribution and indemnity on the basis of the *Negligence Act* if the class members

Ltd. c. Eastern Construction Co., [1978] 2 R.C.S. 1346, où il était question d'une disposition législative semblable à celle de la Colombie-Britannique, le juge en chef Laskin a déclaré ce qui suit :

... j'estime qu'il faut d'abord établir la responsabilité envers la demanderesse pour pouvoir réclamer la contribution. Je ne vois pas comment une personne pourrait, en vertu du par. 2(1), réclamer à une autre personne une contribution relativement à la perte subie par un tiers sans que chacune des deux premières personnes soit responsable envers le tiers de la perte qu'il a subie. [Je souligne; p. 1354.]

[30] Par conséquent, il est évident et manifeste que les réclamations de droit privé dirigées contre le Canada dans l'*Affaire du recouvrement des coûts* qui découlent de prétendues obligations de diligence envers les consommateurs doivent être radiées. Même si le Canada a manqué à ses obligations envers les fumeurs, ce manquement n'aurait aucune incidence sur la question de savoir s'il est responsable envers la Colombie-Britannique, la demanderesse dans cette affaire. Cette conclusion n'a aucune incidence sur la réclamation des consommateurs dans l'*Affaire Knight* puisque dans cette instance, les consommateurs de cigarettes légères ou douces sont les demandeurs.

[31] Dans le reste des présents motifs, l'examen des réclamations de droit privé ne portera que sur les demandes fondées sur les prétendues obligations de diligence du Canada envers les compagnies de tabac dans les deux causes dont la Cour est saisie, et sur les prétendues obligations du Canada envers les consommateurs dans l'*Affaire Knight*.

C. *Les demandes fondées sur des déclarations inexactes faites par négligence*

[32] Deux types de demandes fondées sur des déclarations inexactes faites par négligence sont toujours en litige dans le présent appel. Premièrement, dans l'*Affaire Knight*, Imperial prétend que le Canada a fait preuve de négligence en déclarant faussement aux consommateurs que la cigarette à teneur réduite en goudron serait

are successful in this suit. Second, in both cases before the Court, Imperial and the other tobacco companies allege that Canada made negligent misrepresentations to the tobacco companies, and that Canada is liable for any losses that the tobacco companies incur to the plaintiffs in either case.

[33] Canada applies to have the claims struck on the ground that they have no reasonable prospect of success.

[34] For the purposes of the motion to strike, we must accept as true the facts pleaded. We must therefore accept that Canada represented to consumers and to tobacco companies that light or mild cigarettes were less harmful, and that these representations were not accurate. We must also accept that consumers and the tobacco companies relied on Canada's representations and acted on them to their detriment.

[35] The law first recognized a tort action for negligent misrepresentation in *Hedley Byrne*. Prior to this, parties were confined to contractual remedies for misrepresentations. *Hedley Byrne* represented a break with this tradition, allowing a claim for economic loss in tort for misrepresentations made in the absence of a contract between the parties. In the decades that have followed, liability for negligent misrepresentation has been imposed in a variety of situations where the relationship between the parties disclosed sufficient proximity and foreseeability, and policy considerations did not negate liability.

[36] Imperial and the other tobacco companies argue that the facts pleaded against Canada bring their claims within the settled parameters of the

moins nocive pour la santé, et qu'il est donc tenu à contribution et à indemnisation sur la base de la *Negligence Act* si les membres du groupe ont gain de cause dans cette poursuite. Deuxièmement, dans les deux affaires dont la Cour est saisie, Imperial et les autres compagnies de tabac prétendent que le Canada a fait aux compagnies de tabac des déclarations inexactes par négligence et qu'il est responsable des pertes que pourraient subir les compagnies de tabac en raison des indemnités à verser aux plaignants dans l'une ou l'autre de ces affaires.

[33] Le Canada demande la radiation des demandes parce qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable qu'elles soient accueillies.

[34] Pour les besoins de la requête en radiation, nous devons tenir pour avérés les faits allégués. Nous devons donc accepter que le Canada a déclaré aux consommateurs et aux compagnies de tabac que les cigarettes légères ou douces étaient moins nocives et que ces déclarations n'étaient pas exactes. Nous devons également accepter que les consommateurs et les compagnies de tabac ont agi à leur détriment sur la foi des déclarations inexactes du Canada.

[35] Le droit a reconnu pour la première fois l'action en responsabilité délictuelle par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence dans *Hedley Byrne*. Avant cette décision, les parties ne disposaient que de recours contractuels en matière de déclarations inexactes. La décision *Hedley Byrne* a rompu avec cette tradition en accueillant une action pour perte financière par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence en l'absence d'un contrat entre les parties. Dans les décennies qui ont suivi, la responsabilité délictuelle pour déclaration inexacte faite par négligence a été retenue dans diverses situations où la relation entre les parties révélait une prévisibilité et l'existence d'un lien suffisamment étroit et où les considérations de politique générale n'empêchaient pas la reconnaissance de la responsabilité délictuelle.

[36] Imperial et les autres compagnies de tabac prétendent que, vu les faits allégués contre le Canada, les paramètres définis du délit de

tort of negligent misrepresentation, and therefore a *prima facie* duty of care is established. The majority in the Court of Appeal accepted this argument in both decisions below (*Knight* case, at paras. 45 and 66; *Costs Recovery* case, at para. 70).

[37] The first question is whether the facts as pleaded bring Canada's relationships with consumers and the tobacco companies within a settled category that gives rise to a duty of care. If they do, a *prima facie* duty of care will be established: see *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 15. However, it is important to note that liability for negligent misrepresentation depends on the nature of the relationship between the plaintiff and defendant, as discussed more fully below. The question is not whether negligent misrepresentation is a recognized tort, but whether there is a reasonable prospect that the relationship alleged in the pleadings will give rise to liability for negligent misrepresentation.

[38] In my view, the facts pleaded do not bring either claim within a settled category of negligent misrepresentation. The law of negligent misrepresentation has thus far not recognized liability in the kinds of relationships at issue in these cases. The error of the tobacco companies lies in assuming that the relationships disclosed by the pleadings between Canada and the tobacco companies on the one hand and between Canada and consumers on the other are like other relationships that have been held to give rise to liability for negligent misrepresentation. In fact, they differ in important ways. It is sufficient at this point to note that the tobacco companies have not been able to point to any case where a government has been held liable in negligent misrepresentation for statements made to an industry. To determine whether such a cause of action has a reasonable prospect of success, we must therefore consider whether the general requirements for liability in tort are met, on the test

déclaration inexacte faite par négligence correspondent à leurs demandes et, par conséquent, l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* est établie. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont retenu cet argument dans les deux décisions en cause (l'*Affaire Knight*, par. 45 et 66; l'*Affaire du recouvrement des coûts*, par. 70).

[37] Il faut se demander en premier lieu si les faits allégués font entrer la relation du Canada avec les consommateurs et les compagnies de tabac dans une catégorie définie de relations qui donnent naissance à une obligation de diligence. Le cas échéant, l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* sera établie : voir *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 15. Toutefois, il importe de signaler que la responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence dépend de la nature de la relation entre le plaignant et le défendeur, comme je l'expliquerai davantage plus loin. La question n'est pas de savoir si une déclaration inexacte faite par négligence est un délit reconnu, mais de savoir s'il existe une possibilité raisonnable que la relation alléguée dans les actes de procédure engage la responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence.

[38] À mon avis, les faits allégués ne font entrer aucune des demandes à l'intérieur d'une catégorie définie de déclarations inexactes faites par négligence. Le droit en matière de déclaration inexacte faite par négligence n'a jusqu'à présent pas reconnu la responsabilité dans les types de relations en cause dans ces affaires. Les compagnies de tabac ont fait l'erreur de supposer que les relations, révélées par les actes de procédure, entre le Canada et les compagnies de tabac, d'une part, et entre le Canada et les consommateurs, d'autre part, sont semblables aux autres relations à l'égard desquelles la responsabilité délictuelle pour déclaration inexacte faite par négligence a été retenue. En fait, elles comportent des différences importantes. Il suffit à ce stade de signaler que les compagnies de tabac ont été incapables de citer une décision dans laquelle un gouvernement a été tenu responsable d'une déclaration inexacte faite par négligence relativement à des déclarations faites à une industrie.

set out by the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, and somewhat reformulated but consistently applied by this Court, most notably in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537.

[39] At the first stage of this test, the question is whether the facts disclose a relationship of proximity in which failure to take reasonable care might foreseeably cause loss or harm to the plaintiff. If this is established, a *prima facie* duty of care arises and the analysis proceeds to the second stage, which asks whether there are policy reasons why this *prima facie* duty of care should not be recognized: *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129.

(1) Stage One: Proximity and Foreseeability

[40] On the first branch of the test, the tobacco companies argue that the facts pleaded establish a sufficiently close and direct, or “proximate”, relationship between Canada and consumers (in the *Knight* case) and between Canada and tobacco companies (in both cases) to support a duty of care with respect to government statements about light and mild cigarettes. They also argue that Canada could reasonably have foreseen that consumers and the tobacco industry would rely on Canada’s statements about the health advantages of light cigarettes, and that such reliance was reasonable. Canada responds that it was acting exclusively in a regulatory capacity when it made statements to the public and to the industry, which does not give rise to sufficient proximity to ground the alleged duty of care. In the *Costs Recovery* case, Canada also alleges that it could not have reasonably foreseen that the B.C. legislature would enact the *CRA* and therefore cannot be liable for the

Afin de déterminer si une pareille cause d’action a une possibilité raisonnable d’être accueillie, nous devons donc examiner s’il a été satisfait aux exigences générales en matière de responsabilité délictuelle énoncées dans le critère établi par la Chambre des lords dans *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, et quelque peu reformulé, mais appliquée de façon constante par la Cour, notamment dans l’arrêt *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537.

[39] À la première étape de ce critère, il faut se demander si les faits révèlent l’existence d’un lien de proximité dans le cadre duquel l’omission de faire preuve de diligence raisonnable peut, de façon prévisible, causer une perte ou un préjudice au plaignant. Si cette condition est remplie, il y a obligation de diligence *prima facie* et l’analyse passe à l’étape suivante dans laquelle on se demande si des considérations de politique générale empêcheraient de reconnaître cette obligation de diligence *prima facie* : *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129.

(1) Première étape de l’analyse : le lien de proximité et la prévisibilité

[40] Quant au premier volet du critère, les compagnies de tabac font valoir que les faits allégués établissent l’existence d’un lien suffisamment étroit et direct, ou lien [TRADUCTION] « de proximité », d’une part, entre le Canada et les consommateurs (dans l’Affaire *Knight*) et, d’autre part, entre le Canada et les compagnies de tabac (dans les deux affaires) pour justifier une obligation de diligence à l’égard des déclarations du gouvernement au sujet des cigarettes légères et douces. Les compagnies de tabac ajoutent que le Canada aurait pu raisonnablement prévoir que les consommateurs et l’industrie du tabac se fieraient à ses déclarations au sujet des avantages des cigarettes légères au chapitre de la santé, et qu’il était raisonnable pour eux de se fier à ces déclarations. Le Canada rétorque qu’il agissait seulement à titre d’autorité de réglementation lorsqu’il a fait des déclarations à la population et à l’industrie, ce qui n’entraîne pas la création d’un lien suffisamment étroit pour

potential losses of the tobacco companies under that Act.

[41] Proximity and foreseeability are two aspects of one inquiry — the inquiry into whether the facts disclose a relationship that gives rise to a *prima facie* duty of care at common law. Foreseeability is the touchstone of negligence law. However, not every foreseeable outcome will attract a commensurate duty of care. Foreseeability must be grounded in a relationship of sufficient closeness, or proximity, to make it just and reasonable to impose an obligation on one party to take reasonable care not to injure the other.

[42] Proximity and foreseeability are heightened concerns in claims for economic loss, such as negligent misrepresentation: see, generally, *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. In a claim of negligent misrepresentation, both these requirements for a *prima facie* duty of care are established if there was a “special relationship” between the parties: *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 24. In *Hercules Managements*, the Court, *per* La Forest J., held that a special relationship will be established where: (1) the defendant ought reasonably to foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (2) reliance by the plaintiff would be reasonable in the circumstances of the case (*ibid.*). Where such a relationship is established, the defendant may be liable for losses suffered by the plaintiff as a result of a negligent misstatement.

fonder l’obligation de diligence revendiquée. Dans l’*Affaire du recouvrement des coûts*, le Canada prétend aussi qu’il n’aurait pas pu raisonnablement prévoir que la législature de la Colombie-Britannique adopterait la CRA, et qu’il ne saurait donc être tenu responsable des pertes éventuelles des compagnies de tabac en application de cette Loi.

[41] Le lien de proximité et la prévisibilité sont deux aspects d’une même analyse — celle visant à déterminer si les faits révèlent l’existence d’un lien donnant lieu à une obligation de diligence *prima facie* en common law. La prévisibilité est l’élément fondamental du droit de la négligence. Par contre, ce ne sont pas tous les résultats prévisibles qui donnent lieu à une obligation de diligence comparable. La prévisibilité doit reposer sur un lien suffisamment étroit, ou lien de proximité suffisant, pour qu’il soit juste et raisonnable d’imposer à une partie l’obligation de prendre les mesures raisonnables pour ne pas porter préjudice à l’autre.

[42] On se soucie davantage du lien de proximité et de la prévisibilité dans les actions pour perte financière, comme celles pour déclaration inexacte faite par négligence : voir, de façon générale, *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210. Ces deux conditions d’une obligation de diligence *prima facie* sont remplies dans le cadre d’une action pour déclaration inexacte faite par négligence lorsqu’un « lien spécial » unit les parties : *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 24. S’exprimant au nom de la Cour dans *Hercules Managements*, le juge La Forest a affirmé que l’existence d’un lien spécial est établie lorsque : (1) le défendeur doit raisonnablement prévoir que le demandeur se fiera à sa déclaration; et que (2) la confiance que le demandeur accorde à la déclaration serait raisonnable dans les circonstances (*ibid.*). Si pareil lien est établi, le demandeur peut être tenu responsable des pertes subies par le demandeur du fait d’une déclaration inexacte faite par négligence.

[43] A complicating factor is the role that legislation should play when determining if a government actor owed a *prima facie* duty of care. Two situations may be distinguished. The first is the situation where the alleged duty of care is said to arise explicitly or by implication from the statutory scheme. The second is the situation where the duty of care is alleged to arise from interactions between the claimant and the government, and is not negated by the statute.

[44] The argument in the first kind of case is that the statute itself creates a private relationship of proximity giving rise to a *prima facie* duty of care. It may be difficult to find that a statute creates sufficient proximity to give rise to a duty of care. Some statutes may impose duties on state actors with respect to particular claimants. However, more often, statutes are aimed at public goods, like regulating an industry (*Cooper*), or removing children from harmful environments (*Syl Apps*). In such cases, it may be difficult to infer that the legislature intended to create private law tort duties to claimants. This may be even more difficult if the recognition of a private law duty would conflict with the public authority's duty to the public: see, e.g., *Cooper* and *Syl Apps*. As stated in *Syl Apps*, “[w]here an alleged duty of care is found to conflict with an overarching statutory or public duty, this may constitute a compelling policy reason for refusing to find proximity” (at para. 28; see also *Followka v. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132, at para. 39).

[45] The second situation is where the proximity essential to the private duty of care is alleged to arise from a series of specific interactions between the government and the claimant. The argument in these cases is that the government has, through its conduct, entered into a special relationship with the plaintiff sufficient to establish the necessary proximity for a duty of care. In these cases, the

[43] Un élément complique les choses : la place que doit occuper la loi lorsqu'on détermine si un acteur gouvernemental avait une obligation de diligence *prima facie*. Il est possible de distinguer deux situations. Dans la première, l'obligation de diligence revendiquée découlerait explicitement ou implicitement du régime législatif. Dans la seconde, l'obligation de diligence découlerait des rapports entre le demandeur et le gouvernement et n'est pas exclue par la loi.

[44] Selon l'argument avancé dans la première catégorie de cas, la loi elle-même crée un rapport de proximité de nature privée qui donne lieu à une obligation de diligence *prima facie*. Il peut être difficile d'arriver au constat qu'une loi crée un lien suffisamment étroit pour donner lieu à une obligation de diligence. Certaines lois peuvent imposer à des représentants de l'État des obligations envers des demandeurs en particulier, mais plus souvent, les lois visent des objectifs d'intérêt public, tels la réglementation d'une industrie (*Cooper*), ou le retrait d'un enfant d'un milieu qui lui est préjudiciable (*Syl Apps*). Dans ces circonstances, il peut être difficile d'inférer que le législateur entendait créer des obligations de droit privé envers des demandeurs. Il est encore plus difficile d'inférer cette intention si l'établissement d'une obligation de nature privée irait à l'encontre des obligations d'une autorité publique envers la population : voir notamment *Cooper* et *Syl Apps*. Tel qu'il est mentionné dans *Syl Apps*, « [u]n conflit entre l'obligation de diligence revendiquée et une obligation primordiale de nature publique ou imposée par la loi peut constituer une raison de principe impérieuse pour refuser de conclure à la proximité » (par. 28; voir aussi *Followka c. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132, par. 39).

[45] Dans la deuxième catégorie de cas, on prétend que le lien étroit essentiel à l'obligation de diligence de nature privée tire son origine d'une série de rapports précis entre le gouvernement et le demandeur. On fait valoir dans ces cas que le gouvernement, de par sa conduite, a tissé avec le demandeur un lien suffisamment spécial pour établir la proximité nécessaire à une obligation de

governing statutes are still relevant to the analysis. For instance, if a finding of proximity would conflict with the state's general public duty established by the statute, the court may hold that no proximity arises: *Syl Apps*; see also *Heaslip Estate v. Mansfield Ski Club Inc.*, 2009 ONCA 594, 96 O.R. (3d) 401. However, the factor that gives rise to a duty of care in these types of cases is the specific interactions between the government actor and the claimant.

[46] Finally, it is possible to envision a claim where proximity is based both on interactions between the parties and the government's statutory duties.

[47] Since this is a motion to strike, the question before us is simply whether, assuming the facts pleaded to be true, there is any reasonable prospect of successfully establishing proximity, on the basis of a statute or otherwise. On one hand, where the sole basis asserted for proximity is the statute, conflicting public duties may rule out any possibility of proximity being established as a matter of statutory interpretation: *Syl Apps*. On the other, where the asserted basis for proximity is grounded in specific conduct and interactions, ruling a claim out at the proximity stage may be difficult. So long as there is a reasonable prospect that the asserted interactions could, if true, result in a finding of sufficient proximity, and the statute does not exclude that possibility, the matter must be allowed to proceed to trial, subject to any policy considerations that may negate the *prima facie* duty of care at the second stage of the analysis.

[48] As mentioned above, there are two relationships at issue in these claims: the relationship between Canada and consumers (the *Knight* case), and the relationship between Canada and tobacco companies (both cases). The question at this stage is whether there is a *prima facie* duty of care in either or both these relationships. In my view, on the facts pleaded, Canada did not owe a *prima facie*

diligence. Dans ces cas, les lois applicables restent pertinentes pour l'analyse. Par exemple, si un constat de proximité irait à l'encontre du devoir général de nature publique imposé par la loi à l'État, le tribunal peut conclure que cette proximité n'existe pas : *Syl Apps*; voir aussi *Heaslip Estate c. Mansfield Ski Club Inc.*, 2009 ONCA 594, 96 O.R. (3d) 401. Cependant, ce sont les rapports précis entre l'organisme gouvernemental et le demandeur qui font naître une obligation de diligence dans un cas de ce genre.

[46] Enfin, il est possible d'imaginer une action mettant en cause un lien étroit qui se fonde à la fois sur les rapports entre les parties et sur les obligations imposées au gouvernement par la loi.

[47] Puisqu'il s'agit en l'espèce d'une requête en radiation, la question qui nous est soumise est simplement de savoir si, à supposer que les faits allégués soient vrais, il est raisonnablement possible de réussir à établir la proximité en raison d'une loi ou d'un autre facteur. D'une part, dans les cas où on invoque uniquement la loi comme fondement du lien étroit, des obligations opposées de nature publique peuvent exclure toute possibilité d'établir ce lien sur le plan de l'interprétation législative : *Syl Apps*. D'autre part, dans les cas où on affirme que le lien étroit repose sur un acte et des rapports précis, il peut être difficile de rejeter une action à ce stade. Tant qu'il est raisonnablement possible que les rapports allégués, s'ils sont vrais, amènent à conclure à l'existence d'un lien suffisamment étroit, et que la loi n'exclut pas clairement cette possibilité, il faut permettre que l'affaire soit instruite, sous réserve de l'existence de quelque considération de politique générale susceptible d'écartier l'obligation de diligence *prima facie* à la deuxième étape de l'analyse.

[48] Comme je l'ai déjà mentionné, les allégations en l'espèce mettent en cause deux liens : celui entre le Canada et les consommateurs (dans l'*Affaire Knight*), et celui entre le Canada et les compagnies de tabac (dans les deux affaires). La question qui se pose à ce stade est de savoir s'il existe une obligation de diligence *prima facie* dans l'un ou l'autre de ces liens. À mon sens, compte tenu des

duty of care to consumers, but did owe a *prima facie* duty to the tobacco companies.

[49] The facts pleaded in Imperial's third-party notice in the *Knight* case establish no direct relationship between Canada and the consumers of light cigarettes. The relationship between the two was limited to Canada's statements to the general public that low-tar cigarettes are less hazardous. There were no specific interactions between Canada and the class members. Consequently, a finding of proximity in this relationship must arise from the governing statutes: *Cooper*, at para. 43.

[50] The relevant statutes establish only general duties to the public, and no private law duties to consumers. The *Department of Health Act*, S.C. 1996, c. 8, establishes that the duties of the Minister of Health relate to "the promotion and preservation of the health of the people of Canada": s. 4(1). Similarly, the *Department of Agriculture and Agri-Food Act*, R.S.C. 1985, c. A-9, s. 4, the *Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13, s. 4, and the *Tobacco Products Control Act*, R.S.C. 1985, c. 14 (4th Supp.), s. 3 [rep. 1997, c. 13, s. 64], only establish duties to the general public. These general duties to the public do not give rise to a private law duty of care to particular individuals. To borrow the words of Sharpe J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Eliopoulos Estate v. Ontario (Minister of Health and Long-Term Care)* (2006), 276 D.L.R. (4th) 411, "I fail to see how it could be possible to convert any of the Minister's public law discretionary powers, to be exercised in the general public interest, into private law duties owed to specific individuals": para. 17. At the same time, the governing statutes do not foreclose the possibility of recognizing a duty of care to the tobacco companies. Recognizing a duty of care on the government when it makes representations to the tobacco companies about the health attributes of tobacco strains would not conflict with its general duty to protect the health of the public.

faits allégués, le Canada n'avait pas d'obligation de ce genre envers les consommateurs, mais il en avait une envers les compagnies de tabac.

[49] Les faits allégués dans l'avis de mise en cause d'Imperial dans l'*Affaire Knight* n'établissent aucun lien direct entre le Canada et les consommateurs de cigarettes légères. Le lien dans ce cas se limitait aux déclarations du Canada adressées au grand public selon lesquelles les cigarettes à faible teneur en goudron sont moins dangereuses pour la santé. Le Canada n'entretenait pas de rapports spéciaux avec les membres du groupe. Par conséquent, le constat qu'il s'agit d'un lien suffisamment étroit doit découlter des lois applicables : *Cooper*, par. 43.

[50] Les lois pertinentes n'établissent que des obligations générales envers le public, et non des obligations de nature privée envers les consommateurs. Selon la *Loi sur le ministère de la Santé*, L.C. 1996, ch. 8, les obligations du ministre de la Santé ont trait à « la promotion et au maintien de la santé de la population » : par. 4(1). Dans la même veine, l'art. 4 de la *Loi sur le ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire*, L.R.C. 1985, ch. A-9, l'art. 4 de la *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, ch. 13, et l'art. 3 de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.R.C. 1985, ch. 14 (4^e suppl.), art. 3 [abr. 1997, ch. 13, art. 64], ne prévoient eux aussi que des obligations envers le grand public. Ces obligations générales envers le public n'entraînent pas d'obligation de diligence de droit privé envers des personnes en particulier. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Sharpe de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Eliopoulos Estate c. Ontario (Minister of Health and Long-Term Care)* (2006), 276 D.L.R. (4th) 411, [TRADUCTION] « [j]e ne vois pas en quoi il serait possible de transformer l'un des pouvoirs discrétionnaires de droit public du ministre, qui doivent être exercés dans l'intérêt public, en obligations de droit privé envers des personnes en particulier » : par. 17. Par contre, les lois applicables n'excluent pas la possibilité de reconnaître une obligation de diligence envers les compagnies de tabac. Le fait d'imposer au gouvernement une obligation de diligence lorsqu'il fait, à ces compagnies, des déclarations relativement aux effets des souches de tabac sur la santé ne serait pas incompatible avec son obligation générale de protéger la santé de la population.

[51] Turning to the relationship between Canada and the tobacco companies, at issue in both of the cases before the Court, the tobacco companies contend that a duty of care on Canada arose from the transactions between them and Canada over the years. They allege that Canada went beyond its role as regulator of industry players and entered into a relationship of advising and assisting the companies in reducing harm to their consumers. They hope to show that Canada gave erroneous information and advice, knowing that the companies would rely on it, which they did.

[52] The question is whether these pleadings bring the tobacco companies within the requirements for a special relationship under the law of negligent misrepresentation as set out in *Hercules Managements*. As noted above, a special relationship will be established where (1) the defendant ought reasonably to foresee that the plaintiff will rely on his or her representation, and (2) such reliance would, in the particular circumstances of the case, be reasonable. In the cases at bar, the facts pleaded allege a history of interactions between Canada and the tobacco companies capable of fulfilling these conditions.

[53] What is alleged against Canada is that Health Canada assumed duties separate and apart from its governing statute, including research into and design of tobacco and tobacco products and the promotion of tobacco and tobacco products (third-party statement of claim of Imperial in the *Costs Recovery* case, A.R., vol. II, at p. 66). In addition, it is alleged that Agriculture Canada carried out a programme of cooperation with and support for tobacco growers and cigarette manufacturers including advising cigarette manufacturers of the desirable content of nicotine in tobacco to be used in the manufacture of tobacco products. It is alleged that officials, drawing on their knowledge and expertise in smoking and health matters, provided both advice and directions to the manufacturers including advice that the tobacco strains

[51] Passons au lien entre le Canada et les compagnies de tabac qui est en litige dans les deux affaires soumises à la Cour. Selon les compagnies de tabac, les opérations qu'elles ont conclues avec le Canada au fil des ans ont imposé une obligation de diligence au Canada. D'après elles, le Canada a dépassé les limites de son rôle comme autorité de réglementation des membres de l'industrie et a entretenu des rapports avec les compagnies de tabac en les conseillant et en les aidant à réduire le préjudice causé aux consommateurs de leurs produits. Les compagnies de tabac espèrent démontrer que le Canada leur a donné des renseignements et des conseils erronés en sachant qu'elles s'y fieraient, ce qu'elles ont d'ailleurs fait.

[52] Il s'agit de déterminer si les actes de procédure mentionnés ci-dessus font en sorte que les compagnies de tabac répondent aux conditions d'un lien spécial selon le droit en matière de déclaration inexacte faite par négligence qui sont énoncées dans *Hercules Managements*. Comme je l'ai mentionné, un lien spécial est établi lorsque (1) le défendeur doit raisonnablement prévoir que le demandeur se fiera à sa déclaration, et que (2) la confiance accordée par le demandeur serait raisonnable dans les circonstances. En l'espèce, les faits allégués révèlent que le Canada et les compagnies de tabac entretiennent depuis longtemps des rapports qui peuvent remplir ces conditions.

[53] Ce qu'on reproche au Canada, c'est que Santé Canada a exercé des fonctions distinctes de celles prévues par sa loi habilitante, y compris des recherches sur le tabac et des produits du tabac ainsi que la conception et la promotion du tabac et des produits du tabac (déclaration de mise en cause d'Imperial dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, d.a., vol. II, p. 66). Il est aussi allégué qu'Agriculture Canada a mis en œuvre un programme de coopération et de soutien destiné aux producteurs de tabac et aux fabricants de cigarettes, notamment en avisant ces derniers de la teneur en nicotine que devrait avoir le tabac utilisé pour la fabrication des produits du tabac. On allègue que des fonctionnaires ont fait appel à leurs connaissances et à leur expertise dans les domaines de l'usage du tabac et de la santé pour fournir à la fois des avis et des

designed and developed by officials of Agriculture Canada and sold or licensed to the manufacturers for use in their tobacco products would not increase health risks to consumers or otherwise be harmful to them (*ibid.*, at pp. 109-10). Thus, what is alleged is not simply that broad powers of regulation were brought to bear on the tobacco industry, but that Canada assumed the role of adviser to a finite number of manufacturers and that there were commercial relationships entered into between Canada and the companies based in part on the advice given to the companies by government officials.

[54] What is alleged with respect to Canada's interactions with the manufacturers goes far beyond the sort of statements made by Canada to the public at large. Canada is alleged to have had specific interactions with the manufacturers in contrast to the absence of such specific interactions between Canada and the class members. Whereas the claims in relation to consumers must be founded on a statutory framework establishing very general duties to the public, the claims alleged in relation to the manufacturers are not alleged to arise primarily from such general regulatory duties and powers but from roles undertaken specifically in relation to the manufacturers by Canada apart from its statutory duties, namely its roles as designer, developer, promoter and licensor of tobacco strains. With respect to the issue of reasonable reliance, Canada's regulatory powers over the manufacturers, coupled with its specific advice and its commercial involvement, could be seen as supporting a conclusion that reliance was reasonable in the pleaded circumstance.

[55] The indicia of proximity offered in *Hercules Managements* for a special relationship (direct financial interest; professional skill or knowledge; advice provided in the course of business, deliberately or in response to a specific request) may not be particularly apt in the context of alleged

instructions aux fabricants, en les avisant notamment que les souches de tabac conçues et mises au point par des fonctionnaires d'Agriculture Canada, qui leur ont été vendues ou pour lesquelles des licences leur ont été octroyées, n'exposeraient pas les consommateurs à des dangers accrus pour leur santé, ni ne leur seraient autrement néfastes (*ibid.*, p. 109-110). Par conséquent, on allègue non seulement que l'exercice de larges pouvoirs de réglementation a eu des répercussions sur l'industrie du tabac, mais aussi que le Canada a joué un rôle de conseiller auprès d'un nombre déterminé de fabricants et a entretenu des rapports commerciaux avec les sociétés en cause compte tenu, en partie, des avis fournis à ces dernières par des fonctionnaires.

[54] Les allégations relatives aux rapports entre le Canada et les fabricants vont bien au-delà des déclarations que fait le Canada au grand public. Les rapports précis qu'aurait entretenus le Canada avec les fabricants se distinguent de l'absence de pareils rapports entre le Canada et les membres du groupe. Alors que les allégations relatives aux consommateurs doivent reposer sur un cadre législatif établissant des obligations fort générales envers le public, les allégations visant les fabricants découleraient principalement, non pas de tels obligations et pouvoirs généraux de réglementation, mais des fonctions exercées spécifiquement à l'égard des fabricants par le Canada, et ce, indépendamment de ses obligations légales. Il s'agit en l'occurrence de ses fonctions de concepteur, d'inventeur, et de promoteur de souches de tabac ainsi que de concédant de licence à l'égard de ces souches. Pour ce qui est de la confiance raisonnable, les pouvoirs de réglementation du Canada envers les fabricants, conjugués aux avis précis qu'il a donnés et à sa participation à des activités commerciales, pourraient être considérés comme étant la conclusion que la confiance accordée était raisonnable dans les circonstances alléguées.

[55] Il se peut que les indices de proximité énoncés dans *Hercules Managements* dans le cas d'un lien spécial (intérêt financier direct, aptitudes ou connaissances professionnelles, avis donné dans le cours normal des affaires, délibérément ou en réponse à une demande précise) ne soient pas très

negligent misrepresentations by government. I note, however, that the representations are alleged to have been made in the course of Health Canada's regulatory and other activities, not in the course of casual interaction. They were made specifically to the manufacturers who were subject to Health Canada's regulatory powers and by officials alleged to have special skill, judgment and knowledge.

[56] Before leaving this issue, two final arguments must be considered. First, in the *Costs Recovery* case, Canada submits that there is no *prima facie* duty of care between Canada and the tobacco companies because the potential damages that the tobacco companies may incur under the *CRA* were not foreseeable. It argues that “[i]t was not reasonably foreseeable by Canada that a provincial government might create a wholly new type of civil obligation to reimburse costs incurred by a provincial health care scheme in respect of defined tobacco related wrongs, with unlimited retroactive and prospective reach” (A.F., at para. 36).

[57] In my view, Canada's argument was correctly rejected by the majority of the Court of Appeal. It is not necessary that Canada should have foreseen the precise statutory vehicle that would result in the tobacco companies' liability. All that is required is that it could have foreseen that its negligent misrepresentations would result in a harm of some sort to the tobacco companies: *Hercules Managements*, at paras. 25-26 and 42. On the facts pleaded, it cannot be ruled out that the tobacco companies may succeed in proving that Canada foresaw that the tobacco industry would incur this type of penalty for selling a more hazardous product. As held by Tysoe J.A., it is not necessary that Canada foresee that the liability would extend to health care costs specifically, or that provinces would create statutory causes of action to recover these costs. Rather, “[i]t is sufficient that Canada could have reasonably foreseen in a general way that the appellants would

utiles dans le contexte de déclarations inexactes que le gouvernement aurait faites par négligence. Je signale toutefois que ces déclarations auraient été faites dans le cours des activités de réglementation et des autres activités de Santé Canada, et non dans le cadre de rapports informels. Elles ont été faites précisément aux fabricants assujettis aux pouvoirs de réglementation de Santé Canada, par des fonctionnaires prétendument dotés d'aptitudes, d'une capacité de discernement et de connaissances particulières.

[56] Il faut examiner deux autres arguments avant de passer à une autre question. Premièrement, dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, le Canada soutient ne pas avoir d'obligation de diligence *prima facie* envers les compagnies de tabac parce que les dommages que peuvent subir les compagnies de tabac au titre de la *CRA* n'étaient pas prévisibles. En outre, [TRADUCTION] « [I]l Canada ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'un gouvernement d'une province puisse créer une obligation de droit civil entièrement nouvelle pour rembourser les coûts engagés par un régime provincial de soins de santé au titre des fautes d'un fabricant définies dans une loi et qu'il confère à cette obligation une portée rétroactive et prospective illimitée » (m.a., par. 36).

[57] À mon sens, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de rejeter l'argument du Canada. Le Canada n'avait pas à prévoir la mesure législative précise qui engagerait la responsabilité des compagnies de tabac. Il suffit qu'il ait été à même de prévoir que ses déclarations inexactes faites par négligence causeraient un quelconque préjudice à ces compagnies : *Hercules Managements*, par. 25-26 et 42. Compte tenu des faits allégués, il n'est pas exclu que les compagnies de tabac réussissent à prouver que le Canada s'attendait à ce que l'industrie du tabac soit pénalisée de la sorte pour avoir vendu un produit plus dangereux. Comme l'a mentionné le juge Tysoe, le Canada n'avait pas à prévoir que la responsabilité viserait précisément les coûts des soins de santé, ou que des provinces créeraient un droit d'action d'origine législative pour recouvrer ces coûts. [TRADUCTION] « Il suffit que le Canada ait pu raisonnablement prévoir de

suffer harm if the light and mild cigarettes were more hazardous to the health of smokers than regular cigarettes" (*Costs Recovery* case, at para. 78).

[58] Second, Canada argues that the relationship in this case does not meet the requirement of reasonable reliance because Canada was not acting in a commercial capacity, but rather as a regulator of an industry. It was therefore not reasonable for the tobacco companies to have relied on Canada as an advisor, it submits. This view was adopted by Hall J.A. in dissent, holding that "it could never have been the perception of the appellants that Canada was taking responsibility for their interests" (*Costs Recovery* case, at para. 51).

[59] In my view, this argument misconceives the reliance necessary for negligent misrepresentation under the test in *Hercules Managements*. When the jurisprudence refers to "reasonable reliance" in the context of negligent misrepresentation, it asks whether it was reasonable for the listener to rely on the speaker's statement as accurate, not whether it was reasonable to believe that the speaker is guaranteeing the accuracy of its statement. It is not plain and obvious that it was unreasonable for the tobacco companies to rely on Canada's statements about the advantages of light or mild cigarettes. In my view, Canada's argument that it was acting as a regulator does not relate to reasonable reliance, although it exposes policy concerns that should be considered at stage two of the *Anns/Cooper* test: *Hercules Managements*, at para. 41.

[60] In sum, I conclude that the claims between the tobacco companies and Canada should not be struck out at the first stage of the analysis. The pleadings, assuming them to be true, disclose a *prima facie* duty of care in negligent misrepresentation. However, the facts as pleaded in the *Knight*

façon générale que les appelantes subiraient un préjudice si les cigarettes légères et douces étaient plus néfastes pour la santé des fumeurs que les cigarettes ordinaires » (*l'Affaire du recouvrement des coûts*, par. 78).

[58] Deuxièmement, le Canada fait valoir que le lien en l'espèce ne satisfait pas à la condition de la confiance raisonnable parce que le Canada agissait non pas comme une entreprise commerciale, mais plutôt comme une autorité de réglementation d'une industrie. Il n'était donc pas raisonnable, selon le Canada, que les compagnies de tabac se soient fiées à lui en qualité de conseiller. Le juge Hall, dissident, a souscrit à cette opinion, concluant que [TRADUCTION] « les appelantes n'auraient jamais pu croire que le Canada prenait la responsabilité de leurs intérêts » (*l'Affaire du recouvrement des coûts*, par. 51).

[59] À mon avis, cet argument dénature la confiance nécessaire en cas de déclaration inexacte faite par négligence selon le critère établi dans *Hercules Managements*. Lorsque la jurisprudence parle de « confiance raisonnable » dans le contexte d'une déclaration inexacte faite par négligence, elle pose la question de savoir s'il était raisonnable pour l'interlocuteur de se fier à l'exactitude de la déclaration, et non pas celle de savoir s'il était raisonnable de croire que l'auteur de la déclaration garantissait l'exactitude de celle-ci. Il n'est pas manifeste et évident que les compagnies de tabac se sont fiées de manière déraisonnable aux déclarations du Canada relatives aux avantages des cigarettes légères ou douces. J'estime que l'argument du Canada selon lequel il agissait en qualité d'autorité de réglementation n'a rien à voir avec la confiance raisonnable, mais il fait ressortir des considérations de politique générale qui doivent être examinées au deuxième volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* : *Hercules Managements*, par. 41.

[60] En résumé, je conclus que les allégations visant les compagnies de tabac et le Canada ne doivent pas être radiées à la première étape de l'analyse. À supposer qu'ils soient exacts, les actes de procédure révèlent l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* d'éviter les déclarations

case do not show a relationship between Canada and consumers that would give rise to a duty of care. That claim should accordingly be struck at this stage of the analysis.

(2) Stage Two: Conflicting Policy Considerations

[61] Canada submits that there can be no duty of care in the cases at bar because of stage-two policy considerations. It relies on four policy concerns: (1) that the alleged misrepresentations were policy decisions of the government; (2) that recognizing a duty of care would give rise to indeterminate liability to an indeterminate class; (3) that recognizing a duty of care would create an unintended insurance scheme; and (4) that allowing Imperial's claim would transfer responsibility for tobacco products to the government from the manufacturer, and the manufacturer "is best positioned to address liability for economic loss" (A.F., at para. 72).

[62] For the reasons that follow, I accept Canada's submission that its alleged negligent misrepresentations to the tobacco industry in both cases should not give rise to tort liability because of stage-two policy considerations. First, the alleged statements are protected expressions of government policy. Second, recognizing a duty of care would expose Canada to indeterminate liability.

(a) *Government Policy Decisions*

[63] Canada contends that it had a policy of encouraging smokers to consume low-tar cigarettes,

inexactes faites par négligence. Toutefois, les faits, tels qu'ils ont été plaidés dans l'*Affaire Knight*, ne démontrent pas l'existence, entre le Canada et les consommateurs, d'une relation qui donnerait naissance à une obligation de diligence. Cette allégation doit donc être radiée à cette étape de l'analyse.

(2) Deuxième étape de l'analyse : considérations de politique générale opposées

[61] Le Canada fait valoir qu'il ne peut y avoir d'obligation de diligence dans les présentes affaires en raison des considérations de politique générale qui entrent en jeu à la deuxième étape de l'analyse. Le Canada invoque à cet égard quatre considérations de cette nature : (1) les prétendues déclarations inexactes constituaient des décisions de politique générale du gouvernement; (2) la reconnaissance d'une obligation de diligence entraînerait la création d'une responsabilité indéterminée envers une catégorie indéterminée de personnes; (3) la reconnaissance d'une telle obligation aurait pour effet imprévu d'instaurer un régime d'assurance; et (4) si l'on fait droit à la demande d'Imperial, la responsabilité à l'égard des produits du tabac passerait du fabricant au gouvernement, et le fabricant [TRADUCTION] « est le mieux en mesure d'assumer la responsabilité des pertes financières » (m.a., par. 72).

[62] Pour les motifs exposés ci-après, je retiens la prétention du Canada selon laquelle les déclarations inexactes qu'il aurait faites par négligence à l'industrie du tabac dans les deux affaires ne doivent pas engager sa responsabilité délictuelle en raison des considérations de politique générale qui entrent en jeu à la deuxième étape de l'analyse. D'abord, les déclarations alléguées sont des expressions protégées de politique générale du gouvernement. Ensuite, la reconnaissance d'une obligation de diligence exposerait le Canada à une responsabilité indéterminée.

a) *Décisions de politique générale du gouvernement*

[63] Le Canada prétend qu'il avait pour politique générale d'encourager les fumeurs à consommer

and pursuant to this policy, promoted this variety of cigarette and developed strains of low-tar tobacco. Canada argues that statements made pursuant to this policy cannot ground tort liability. It relies on the statement of Cory J. in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, that “[t]rue policy decisions should be exempt from tortious claims so that governments are not restricted in making decisions based upon social, political or economic factors” (p. 1240).

[64] The tobacco companies, for their part, contend that Canada’s actions were not matters of policy, but operational acts implementing policy, and therefore, are subject to tort liability. They submit that Canada’s argument fails to account for the “facts” as pleaded in the third-party notices, namely that Canada was acting in an operational capacity, and as a participant in the tobacco industry. The tobacco companies also argue that more evidence is required to determine if the government’s actions were operational or pursuant to policy, and that the matter should therefore be permitted to go to trial.

[65] In the *Knight* case, the majority in the Court of Appeal, *per* Tysoe J.A., agreed with Imperial’s submissions, holding that “evidence is required to determine which of the actions and statements of Canada in this case were policy decisions and which were operational decisions” (para. 52). Hall J.A. dissented; in his view, it was clear that all of Canada’s initiatives were matters of government policy:

[Canada] had a responsibility, as pleaded in the Third Party Notice, to protect the health of the Canadian public including smokers. Any initiatives it took to develop less hazardous strains of tobacco, or to publish the tar and nicotine yields of different cigarette brands were directed to this end. While the development of

des cigarettes à faible teneur en goudron, et qu’il a promu ce type de cigarette et développé des souches de tabac à faible teneur en goudron conformément à cette politique. Il ajoute que les déclarations faites en application de cette politique générale ne sauraient fonder une responsabilité délictuelle. Il s’appuie sur les propos suivants tenus par le juge Cory dans *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228 : « Les véritables décisions de politique devraient être à l’abri des poursuites en responsabilité délictuelle, de sorte que les gouvernements soient libres de prendre leurs décisions en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques » (p. 1240-1241).

[64] Pour leur part, les compagnies de tabac prétendent que les actes du Canada ne relevaient pas de la politique générale; il s’agissait plutôt d’actes de mise en œuvre d’une politique générale qui engagent pour cette raison la responsabilité délictuelle du Canada. Selon elles, l’argument du Canada ne tient pas compte des « faits » allégués dans les avis de mise en cause, soit que le Canada exerçait une fonction opérationnelle en tant que membre de l’industrie du tabac. Les compagnies de tabac prétendent aussi qu’il faut plus d’éléments de preuve pour décider si les actes du gouvernement étaient de nature opérationnelle ou conformes à une politique générale, et que l’affaire doit être instruite pour cette raison.

[65] Dans l’*Affaire Knight*, les juges majoritaires de la Cour d’appel, sous la plume du juge Tysoe, ont souscrit aux prétentions d’Imperial, affirmant qu’[TRADUCTION] « une preuve est nécessaire pour déterminer lesquels des actes et déclarations du Canada en l’espèce constituaient des décisions de politique générale et lesquels étaient des décisions opérationnelles » (par. 52). Le juge Hall était dissident; à son avis, toutes les initiatives du Canada relevaient manifestement de la politique générale du gouvernement :

[TRADUCTION] Tel qu’il est allégué dans l’avis de mise en cause, [le Canada] avait la responsabilité de protéger la santé de la population canadienne, y compris les fumeurs. Toutes les mesures qu’il a prises pour développer des souches de tabac moins dangereuses, ou pour rendre publiques les teneurs en goudron et en nicotine

new strains of tobacco involved Agriculture Canada, in my view the government engaged in such activities as a regulator of the tobacco industry seeking to protect the health interests of the Canadian public. Policy considerations underlaid all of these various activities undertaken by departments of the federal government. [para. 100]

[66] In order to resolve the issue of whether the alleged “policy” nature of Canada’s conduct negates the *prima facie* duty of care for negligent misrepresentation established at stage one of the analysis, it is necessary to first consider several preliminary matters.

(i) Conduct at Issue

[67] The first preliminary matter is the conduct at issue for purposes of this discussion. The third-party notices describe two distinct types of conduct — one that is related to the allegation of negligent misrepresentation and one that is not. The first type of conduct relates to representations by Canada that low-tar and light cigarettes were less harmful to health than other cigarettes. The second type of conduct relates to Agriculture Canada’s role in developing and growing a strain of low-tar tobacco and collecting royalties on the product. In argument, the tobacco companies merged the two types of conduct, emphasizing aspects that cast Canada in the role of a business operator in the tobacco industry. However, in considering negligent misrepresentation, only the first type of conduct — conduct relevant to statements and representations made by Canada — is at issue.

(ii) Relevance of Evidence

[68] This brings us to the second and related preliminary matter — the helpfulness of evidence in resolving the question of whether the third-party claims for negligent misrepresentation should be

de différentes marques de cigarettes, visaient cet objectif. Bien qu’Agriculture Canada ait participé au développement de nouvelles souches de tabac, j’estime que le gouvernement s’est livré à pareilles activités en qualité d’autorité de réglementation de l’industrie du tabac dans le but de protéger la santé de la population canadienne. Des considérations de politique générale soutendaient l’ensemble des diverses activités susmentionnées entreprises par les ministères fédéraux. [par. 100]

[66] Pour régler la question de savoir si la nature censément « politique » de la conduite du Canada a pour effet d’écartier l’obligation de diligence *prima facie* en matière de déclarations inexactes faites par négligence, une obligation dont l’existence a été établie à la première étape de l’analyse, il faut d’abord examiner plusieurs questions préliminaires.

(i) La conduite en cause

[67] La conduite en cause est la première question préliminaire à examiner dans le cadre de la présente analyse. Les avis de mise en cause traitent de deux types distincts de conduite : la conduite visée par l’allégation de déclaration inexacte faite par négligence et la conduite non visée par cette allégation. La première a trait aux déclarations du Canada selon lesquelles les cigarettes à faible teneur en goudron et les cigarettes légères étaient moins nuisibles pour la santé que les autres cigarettes. La deuxième conduite a trait au rôle joué par Agriculture Canada dans le développement et la culture d’une souche de tabac à faible teneur en goudron ainsi que dans la perception des redevances sur le produit. Les compagnies de tabac ont fusionné les deux types de conduite dans leur plaidoirie, en faisant ressortir des éléments qui campent le Canada dans un rôle de commerçant dans l’industrie du tabac. Toutefois, dans l’analyse des déclarations inexactes faites par négligence, seul est en cause le premier type de conduite, celui relatif aux déclarations du Canada.

(ii) La pertinence de la preuve

[68] Cela nous amène à la deuxième question préliminaire connexe : l’utilité de la preuve pour déterminer s’il convient de radier les demandes de mise en cause fondées sur les déclarations inexactes faites

struck. The majority of the Court of Appeal concluded that evidence was required to establish whether Canada's alleged misrepresentations were made pursuant to a government policy. Likewise, the tobacco companies in this Court argued strenuously that insofar as Canada was developing, growing, and profiting from low-tar tobacco, it should not be regarded as a government regulator or policy maker, but rather a business operator. Evidence was required, they urged, to determine the extent to which this was business activity.

[69] There are two problems with this argument. The first is that, as mentioned, it relies mainly on conduct — the development and marketing of a strain of low-tar tobacco — that is not directly related to the allegation of negligent misrepresentation. The only question at this point of the analysis is whether policy considerations weigh against finding that Canada was under a duty of care to the tobacco companies to take reasonable care to accurately represent the qualities of low-tar tobacco. Whether Canada produced strains of low-tar tobacco is not directly relevant to that inquiry. The question is whether, insofar as it made statements on this matter, policy considerations militate against holding it liable for those statements.

[70] The second problem with the argument is that, as discussed above, a motion to strike is, by its very nature, not dependent on evidence. The facts pleaded must be assumed to be true. Unless it is plain and obvious that on those facts the action has no reasonable chance of success, the motion to strike must be refused. To put it another way, if there is a reasonable chance that the matter as pleaded may in fact turn out not to be a matter of policy, then the application to strike must be dismissed. Doubts as to what may be proved in the

par négligence. La Cour d'appel a conclu à la majorité qu'une preuve était nécessaire pour établir si les déclarations inexactes attribuées au Canada avaient été faites conformément à une politique générale du gouvernement. Dans la même veine, les compagnies de tabac ont soutenu vigoureusement devant notre Cour que, dans la mesure où le Canada développait et cultivait du tabac à faible teneur en goudron et en tirait profit, il devrait être considéré non pas comme une autorité de réglementation du gouvernement ou un architecte des politiques publiques, mais comme un commerçant. Les compagnies de tabac ont fait valoir avec insistance qu'une preuve était nécessaire pour déterminer la mesure dans laquelle il s'agissait d'une activité commerciale.

[69] Cet argument pose problème à deux égards. Premièrement, comme je l'ai mentionné, il repose principalement sur des actes — le développement et la commercialisation d'une souche de tabac à faible teneur en goudron — qui n'ont pas de lien direct avec l'allégation de déclarations inexactes faites par négligence. La seule question qui se pose à ce stade de l'analyse est de savoir si les considérations de politique générale militent contre la conclusion que le Canada avait envers les compagnies de tabac l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour énoncer correctement les avantages du tabac à faible teneur en goudron. La question de savoir si le Canada a produit des souches de tabac à faible teneur en goudron n'est pas directement pertinente pour cette analyse. Il s'agit plutôt de savoir si, dans la mesure où le Canada a fait des déclarations à cet égard, des considérations de politique générale nous empêcheraient de le tenir responsable de ces déclarations.

[70] Deuxièmement, comme je l'ai déjà indiqué, une requête en radiation ne dépend pas, de par sa nature, de la preuve. Les faits allégués doivent être tenus pour avérés. Le rejet de la requête en radiation s'impose, à moins qu'il ne soit évident et manifeste, d'après ces faits, que l'action n'a aucune possibilité raisonnable de succès. Autrement dit, s'il existe une possibilité raisonnable que la question alléguée s'avère en fait une question de politique générale, la requête en radiation doit alors être rejetée. Les doutes quant à ce que la preuve peut démontrer

evidence should be resolved in favour of proceeding to trial. The question for us is therefore whether, assuming the facts pleaded to be true, it is plain and obvious that any duty of care in negligent misrepresentation would be defeated on the ground that the conduct grounding the alleged misrepresentation is a matter of government policy and hence not capable of giving rise to liability in tort.

[71] Before we can answer this question, we must consider a third preliminary issue: what constitutes a policy decision immune from review by the courts?

(iii) What Constitutes a Policy Decision Immune From Judicial Review?

[72] The question of what constitutes a policy decision that is generally protected from negligence liability is a vexed one, upon which much judicial ink has been spilled. There is general agreement in the common law world that government policy decisions are not justiciable and cannot give rise to tort liability. There is also general agreement that governments may attract liability in tort where government agents are negligent in carrying out prescribed duties. The problem is to devise a workable test to distinguish these situations.

[73] The jurisprudence reveals two approaches to the problem, one emphasizing discretion, the other, policy, each with variations. The first approach focuses on the discretionary nature of the impugned conduct. The “discretionary decision” approach was first adopted in *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] 2 W.L.R. 1140 (H.L.). This approach holds that public authorities should be exempt from liability if they are acting within their discretion, unless the challenged decision is irrational.

ne devraient pas empêcher la tenue d'un procès. La question dont nous sommes saisis est donc de savoir s'il ressort clairement des faits tenus pour avérés qu'une obligation de faire diligence afin d'éviter les déclarations inexactes faites par négligence serait écartée parce que la conduite à l'origine de la déclaration inexacte alléguée relève d'une politique générale du gouvernement et n'est donc pas susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de son auteur.

[71] Pour être en mesure de répondre à cette question, nous devons examiner une troisième question préliminaire : en quoi consiste une décision de politique générale soustraite au contrôle judiciaire?

(iii) Les décisions de politique générale soustraites au contrôle judiciaire

[72] La question de savoir en quoi consiste une décision de politique générale qui écarte généralement toute responsabilité pour négligence est une question épiqueuse qui a fait couler beaucoup d'encre. Les tribunaux de common law de partout dans le monde s'entendent généralement pour dire que les décisions de politique générale des gouvernements ne sont pas justiciables et ne peuvent engager la responsabilité délictuelle de ces derniers. On s'entend aussi généralement pour dire que la responsabilité délictuelle de l'État peut être engagée lorsque ses mandataires exercent de façon négligente des fonctions prescrites. La difficulté tient à l'élaboration d'un critère qui permette de distinguer ces situations.

[73] La jurisprudence révèle l'existence de deux méthodes d'analyse utilisées pour résoudre cette difficulté, l'une étant axée sur la notion de pouvoir discrétionnaire, et l'autre sur la notion de politique générale, et chacune a ses propres variantes. La première méthode met l'accent sur la nature discrétionnaire de la conduite reprochée. La méthode fondée sur la [TRADUCTION] « décision discrétionnaire » a été retenue pour la première fois dans *Home Office c. Dorset Yacht Co.*, [1970] 2 W.L.R. 1140 (H.L.). Selon cette méthode, les autorités publiques doivent être exonérées de toute responsabilité lorsqu'elles agissent dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, à moins que la décision attaquée ne soit irrationnelle.

[74] The second approach emphasizes the “policy” nature of protected state conduct. Policy decisions are conceived of as a subset of discretionary decisions, typically characterized as raising social, economic and political considerations. These are sometimes called “true” or “core” policy decisions. They are exempt from judicial consideration and cannot give rise to liability in tort, provided they are neither irrational nor taken in bad faith. A variant of this is the policy/operational test, in which “true” policy decisions are distinguished from “operational” decisions, which seek to implement or carry out settled policy. To date, the policy/operational approach is the dominant approach in Canada: *Just; Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Lewis (Guardian ad litem of v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145.

[75] To complicate matters, the concepts of discretion and policy overlap and are sometimes used interchangeably. Thus Lord Wilberforce in *Anns* defined policy as a synonym for discretion (p. 754).

[76] There is wide consensus that the law of negligence must account for the unique role of government agencies: *Just*. On the one hand, it is important for public authorities to be liable in general for their negligent conduct in light of the pervasive role that they play in all aspects of society. Exempting all government actions from liability would result in intolerable outcomes. On the other hand, “the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of those decisions”: *Just*, at p. 1239. The challenge,

[74] La seconde méthode insiste sur la qualité de « politique générale » de la conduite de l’État bénéficiant d’une protection. On considère que les décisions de politique générale forment un sous-groupe de décisions discrétionnaires, qui font habituellement intervenir des considérations d’ordre social, économique et politique. Elles sont parfois qualifiées de « véritables » décisions de politique générale ou décisions de politique générale « fondamentale ». Les décisions de politique générale sont soustraites au contrôle judiciaire et ne peuvent engager la responsabilité délictuelle de l’État, sauf si elles sont irrationnelles ou ont été prises de mauvaise foi. Une variante de cette méthode est le critère politique générale-opérations, lequel fait la distinction entre les « véritables » décisions de politique générale et les décisions « opérationnelles », qui visent la mise en œuvre ou l’application d’une politique générale établie. De nos jours, c’est le critère politique générale-opérations qui prévaut au Canada : *Just; Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Lewis (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145.

[75] Pour compliquer les choses, les notions de pouvoir discrétionnaire et de politique générale se chevauchent et sont parfois employées de manière interchangeable. Ainsi, dans *Anns*, lord Wilberforce a décrit la notion de politique générale comme étant synonyme de pouvoir discrétionnaire (p. 754).

[76] On admet généralement que le droit de la négligence doit prendre en compte le rôle unique des organismes gouvernementaux : *Just*. D’une part, il importe que les organismes publics soient responsables en général de leur négligence compte tenu du grand rôle qu’ils jouent dans tous les aspects de la vie en société. Soustraire les gouvernements à toute responsabilité pour leurs actes entraînerait des conséquences inacceptables. Par contre, « la Couronne n’est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une

to repeat, is to fashion a just and workable legal test.

[77] The main difficulty with the “discretion” approach is that it has the potential to create an overbroad exemption for the conduct of government actors. Many decisions can be characterized as to some extent discretionary. For this reason, this approach has sometimes been refined or replaced by tests that narrow the scope of the discretion that confers immunity.

[78] The main difficulty with the policy/operational approach is that courts have found it notoriously difficult to decide whether a particular government decision falls on the policy or operational side of the line. Even low-level state employees may enjoy some discretion related to how much money is in the budget or which of a range of tasks is most important at a particular time. Is the decision of a social worker when to visit a troubled home, or the decision of a snow-plow operator when to sand an icy road, a policy decision or an operational decision? Depending on the circumstances, it may be argued to be either or both. The policy/operational distinction, while capturing an important element of why some government conduct should generally be shielded from liability, does not work very well as a legal test.

[79] The elusiveness of a workable test to define policy decisions protected from judicial review is captured by the history of the issue in various courts. I begin with the House of Lords. The House initially adopted the view that all discretionary decisions of government are immune, unless they are irrational: *Dorset Yacht*. It then moved on to a two-stage test that asked first whether the decision was discretionary and, if so, rational; and asked second whether it was a core policy decision,

responsabilité civile délictuelle » : *Just*, p. 1239. La difficulté, encore une fois, consiste à formuler un critère juridique équitable et utile.

[77] La principale difficulté que pose la méthode d’analyse fondée sur la notion de « décision discrétionnaire » réside dans la possibilité qu’elle applique à la conduite des acteurs gouvernementaux une exemption trop générale. Bien des décisions peuvent être qualifiées de discrétionnaires dans une certaine mesure. Cette méthode d’analyse a donc parfois été peaufinée ou remplacée par des critères restreignant le pouvoir discrétionnaire qui dégage son titulaire de toute responsabilité.

[78] La principale difficulté que pose le critère politique générale-opérations tient au fait qu’il est notoirement difficile pour les tribunaux de décider si une décision gouvernementale donnée relève d’une politique générale ou des opérations. Même des fonctionnaires aux échelons inférieurs peuvent jouir d’un certain pouvoir discrétionnaire pour ce qui est d’établir le montant des fonds disponibles ou de décider quelle tâche parmi d’autres revêt le plus d’importance à un moment donné. La décision d’un travailleur social quant au moment de rendre visite à une famille perturbée, ou celle d’un conducteur de chasse-neige quant au moment d’épandre du sable sur une route glacée, sont-elles des décisions de politique générale ou des décisions opérationnelles? On peut soutenir que les deux réponses sont bonnes, selon les circonstances. Bien qu’elle illustre un facteur clé en raison duquel certains actes du gouvernement doivent généralement être à l’abri de toute responsabilité, la distinction politique générale-opérations ne constitue pas un critère juridique très utile.

[79] L’historique du traitement de la question par différents tribunaux illustre la difficulté que présente l’élaboration d’un critère utile pour décrire les décisions de politique générale soustraites au contrôle judiciaire. Commençons par la Chambre des lords, qui estimait au départ que toutes les décisions discrétionnaires du gouvernement qui ne sont pas irrationnelles sont soustraites au contrôle judiciaire : *Dorset Yacht*. Elle a ensuite appliqué un critère à deux volets, en se demandant en

in which case it was entirely exempt from judicial scrutiny: *X v. Bedfordshire County Council*, [1995] 3 All E.R. 353. Within a year of adopting this two-stage test, the House abandoned it with a ringing declamation of the policy/operational distinction as unworkable in difficult cases, a point said to be evidenced by the Canadian jurisprudence: *Stovin v. Wise*, [1996] A.C. 923 (H.L.), *per* Lord Hoffmann. In its most recent foray into the subject, the House of Lords affirmed that both the policy/operational distinction and the discretionary decision approach are valuable tools for discerning which government decisions attract tort liability, but held that the final test is a “justiciability” test: *Barrett v. Enfield London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 550. The ultimate question on this test is whether the court is institutionally capable of deciding on the question, or “whether the court should accept that it has no role to play” (p. 571). Thus at the end of the long judicial voyage the traveller arrives at a test that essentially restates the question. When should the court hold that a government decision is protected from negligence liability? When the court concludes that the matter is one for the government and not the courts.

[80] Australian judges in successive cases have divided between a discretionary/irrationality model and a “true policy” model. In *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (H.C.), two of the justices (Gibbs C.J. and Wilson J.) adopted the *Dorset Yacht* rule that all discretionary decisions are immune, provided they are rational (p. 442). They endorsed the policy/operational distinction as a logical test for discerning which decisions should be protected, and adopted Lord Wilberforce’s definition of policy as a synonym for discretion. Mason J., by contrast, held that only core policy decisions, which he viewed as a narrower subset of discretionary decisions, were protected (p. 500). Deane J. agreed with Mason J.

premier lieu si la décision était discrétionnaire et, dans l'affirmative, si elle était rationnelle; elle s'est demandé en second lieu s'il s'agissait d'une décision de politique fondamentale, et donc entièrement soustraite à l'examen judiciaire : *X c. Bedfordshire County Council*, [1995] 3 All E.R. 353. Moins d'un an après avoir retenu ce critère à deux volets, la Chambre des lords l'a laissé tomber en déclamant de manière retentissante que le critère politique générale-opérations était inapplicable dans les cas difficiles, ce dont témoignerait la jurisprudence canadienne : *Stovin c. Wise*, [1996] A.C. 923 (H.L.), lord Hoffmann. Lors de sa dernière incursion dans ce domaine, la Chambre des lords a mentionné que tant le critère politique générale-opérations que l'analyse fondée sur la notion de décision discrétionnaire sont utiles pour déterminer les décisions du gouvernement qui engagent la responsabilité délictuelle de celui-ci, mais elle a jugé que le critère final en est un de « justiciabilité » : *Barrett c. Enfield London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 550. Selon ce critère, il s'agit de savoir, en définitive, si le tribunal est habile, sur le plan institutionnel, à trancher la question ou [TRADUCTION] « si le tribunal doit reconnaître qu'il n'a pas à intervenir » (p. 571). Ainsi, à la fin de ce long périple jurisprudentiel, on se retrouve avec un critère qui ne fait que reformuler la question. Quand le tribunal doit-il juger qu'une décision gouvernementale ne donne pas prise à la responsabilité pour négligence? Quand le tribunal conclut que l'affaire est du ressort du gouvernement et non des tribunaux.

[80] Des juges australiens s'étant prononcés dans des décisions successives sont partagés entre le modèle décision discrétionnaire-décision irrationnelle et celui de la « véritable décision de politique générale ». Dans *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (H.C.), deux des juges (le juge en chef Gibbs et le juge Wilson) ont adopté la règle établie dans l'arrêt *Dorset Yacht*, selon laquelle toutes les décisions discrétionnaires échappent au contrôle judiciaire, pourvu qu'elles soient rationnelles (p. 442). Ils ont souscrit à la thèse que la distinction entre la politique générale et les opérations était un critère logique pour déterminer quelles décisions ne donnent pas prise à la responsabilité, et ils ont fait leur la description de lord

for somewhat different reasons. Brennan J. did not comment on which test should be adopted, leaving the test an open question. The Australian High Court again divided in *Pyrenees Shire Council v. Day*, [1998] HCA 3, 192 C.L.R. 330, with three justices holding that a discretionary government action will only attract liability if it is irrational and two justices endorsing different versions of the policy/operational distinction.

Wilberforce voulant que la politique générale soit synonyme de pouvoir discrétionnaire. Pour sa part, le juge Mason a affirmé que l'État bénéficiait de la protection uniquement à l'égard des décisions de politique générale fondamentale, qu'il considérait comme un sous-groupe plus restreint de décisions discrétionnaires (p. 500). Le juge Deane a souscrit à l'opinion du juge Mason, mais pour des raisons quelque peu différentes. Quant au juge Brennan, il n'a pas dit quel critère devrait être retenu, laissant cette question en suspens. La Haute Cour d'Australie était encore une fois divisée dans *Pyrenees Shire Council c. Day*, [1998] HCA 3, 192 C.L.R. 330, où trois juges ont conclu qu'une mesure gouvernementale discrétionnaire n'engage la responsabilité de l'État que si elle est irrationnelle, et deux juges ont retenu des versions différentes du critère politique générale-opérations.

[81] In the United States, the liability of the federal government is governed by the *Federal Tort Claims Act* of 1946, 28 U.S.C. ("FTCA"), which waived sovereign immunity for torts, but created an exemption for discretionary decisions. Section 2680(a) excludes liability in tort for

[a]ny claim based upon an act or omission of an employee of the Government, exercising due care, in the execution of a statute or regulation, whether or not such statute or regulation be valid, or based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, whether or not the discretion involved be abused.

Significantly, s. 2680(h) of the *FTCA* exempts the federal government from any claim of misrepresentation, either intentional or negligent: *Office of Personnel Management v. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990), at p. 430; *United States v. Neustadt*, 366 U.S. 696 (1961).

[82] Without detailing the complex history of the American jurisprudence on the issue, it suffices to say that the cases have narrowed the concept of discretion in the *FTCA* by reference to the concept of policy. Some cases develop this analysis by distinguishing between policy and operational decisions:

[81] Aux États-Unis, la responsabilité du gouvernement fédéral est régie par la *Federal Tort Claims Act* de 1946, 28 U.S.C. (« FTCA »), qui écarte l'immunité absolue à l'égard de la responsabilité délictuelle, mais crée une exemption en faveur des décisions discrétionnaires. L'alinéa 2680a) écarte la responsabilité du gouvernement à l'égard de

[TRADUCTION] [t]oute poursuite fondée sur l'acte ou l'omission d'un fonctionnaire dans l'exécution diligente d'une loi ou d'un règlement, que ces derniers soient ou non valides, ou fondée sur l'exercice ou le défaut d'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir discrétionnaire de la part d'un organisme fédéral ou d'un fonctionnaire, qu'il y ait eu ou non exercice abusif de ce pouvoir discrétionnaire.

Fait important, l'al. 2680h) de la *FTCA* soustrait le gouvernement fédéral à toute poursuite pour déclaration inexacte, faite délibérément ou par négligence : *Office of Personnel Management c. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990), p. 430; *United States c. Neustadt*, 366 U.S. 696 (1961).

[82] Sans entrer dans les détails de l'historique complexe de la jurisprudence américaine en la matière, il suffit de dire que les tribunaux ont restreint le concept de pouvoir discrétionnaire énoncé dans la *FTCA* en invoquant la notion de politique générale. Dans certaines décisions, ils développent

e.g., *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953). The Supreme Court of the United States has since distanced itself from the approach of defining a true policy decision negatively as “not operational”, in favour of an approach that asks whether the impugned state conduct was based on public policy considerations. In *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991), White J. faulted the Court of Appeals for relying on “a nonexistent dichotomy between discretionary functions and operational activities” (p. 326). He held that the “discretionary function exception” of the FTCA “protects only governmental actions and decisions based on considerations of public policy” (at p. 323, citing *Berkovitz v. United States*, 486 U.S. 531 (1988), at p. 537 (emphasis added)), such as those involving social, economic and political considerations: see also *United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984).

[83] In *Gaubert*, only Scalia J. found lingering appeal in defining policy decisions as “not operational”, but only in the narrow sense that people at the operational level will seldom make policy decisions. He stated that “there is something to the planning vs. operational dichotomy — though . . . not precisely what the Court of Appeals believed” (p. 335). That “something” is that “[o]rdinarily, an employee working at the operational level is not responsible for policy decisions, even though policy considerations may be highly relevant to his actions”. For Scalia J., a government decision is a protected policy decision if it “ought to be informed by considerations of social, economic, or political policy and is made by an officer whose official responsibilities include assessment of those considerations”.

cette analyse en distinguant les décisions de politique générale des décisions opérationnelles : p. ex. *Dalehite c. United States*, 346 U.S. 15 (1953). La Cour suprême des États-Unis s'est depuis distanciée de l'approche qui consiste à décrire de façon négative une véritable décision de politique générale comme une décision [TRADUCTION] « n'étant pas de nature opérationnelle » et favorise une approche visant à déterminer si la conduite contestée de l'État reposait sur des considérations d'intérêt public. Dans *United States c. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991), le juge White a reproché à la Court of Appeals de se fonder sur une [TRADUCTION] « dichotomie inexistante entre les fonctions discrétionnaires et les activités opérationnelles » (p. 326). Selon lui, l’« exception relative aux fonctions discrétionnaires » prévue par la FTCA « ne vise que les mesures et les décisions du gouvernement qui reposent sur des considérations d'intérêt public » (p. 323, citant *Berkovitz c. United States*, 486 U.S. 531 (1988), p. 537 (je souligne)), comme celles faisant intervenir des considérations sociales, économiques ou politiques; voir aussi *United States c. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984).

[83] Dans *Gaubert*, seul le juge Scalia trouvait encore attrayante l'idée de définir les décisions de politique générale comme des décisions [TRADUCTION] « n'étant pas de nature opérationnelle », mais seulement au sens strict selon lequel les employés au niveau opérationnel prennent rarement des décisions de politique générale. Selon lui, [TRADUCTION] « un facteur intervient dans la dichotomie entre la planification et les opérations [...] mais ce n'est pas tout à fait ce que les cours d'appel avaient en tête » (p. 335). Ce « facteur », c'est que, « [h]abituellement, un employé au niveau opérationnel n'a pas à prendre des décisions de politique générale, même si ses actes peuvent être étroitement liés à des considérations de cette nature ». D'après le juge Scalia, une décision du gouvernement constitue une décision de politique générale bénéficiant de protection si elle « doit tenir compte de considérations sociales, économiques ou politiques et si elle est prise par un fonctionnaire dont l'une des responsabilités officielles consiste à évaluer ces considérations ».

[84] A review of the jurisprudence provokes the following observations. The first is that a test based simply on the exercise of government discretion is generally now viewed as too broad. Discretion can imbue even routine tasks, like driving a government vehicle. To protect all government acts that involve discretion unless they are irrational simply casts the net of immunity too broadly.

[85] The second observation is that there is considerable support in all jurisdictions reviewed for the view that “true” or “core” policy decisions should be protected from negligence liability. The current Canadian approach holds that only “true” policy decisions should be so protected, as opposed to operational decisions: *Just*. The difficulty in defining such decisions does not detract from the fact that the cases keep coming back to this central insight. Even the most recent “justiciability” test in the U.K. looks to this concept for support in defining what should be viewed as justiciable.

[86] A third observation is that defining a core policy decision negatively as a decision that is not an “operational” decision may not always be helpful as a stand-alone test. It posits a stark dichotomy between two water-tight compartments — policy decisions and operational decisions. In fact, decisions in real life may not fall neatly into one category or the other.

[87] Instead of defining protected policy decisions negatively, as “not operational”, the majority in *Gaubert* defines them positively as discretionary legislative or administrative decisions and conduct that are grounded in social, economic, and

[84] Les observations suivantes s’imposent comme suite à l’analyse de la jurisprudence. Premièrement, un critère fondé uniquement sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire du gouvernement est maintenant perçu par la plupart des tribunaux comme étant trop général. Même les tâches courantes, comme la conduite d’un véhicule du gouvernement, peuvent requérir l’exercice d’un certain pouvoir discrétionnaire. Soustraire à l’examen judiciaire tous les actes de l’administration publique qui font intervenir un pouvoir discrétionnaire, pourvu qu’ils ne soient pas irrationnels, a pour effet de donner une portée trop large à l’immunité.

[85] Deuxièmement, un grand nombre de tribunaux dans tous les ressorts visés par l’analyse s’entendent pour dire que l’État devrait être soustrait à toute responsabilité pour négligence dans les cas de « véritables » décisions de politique générale ou de décisions de politique générale « fondamentale ». Selon le point de vue qui prévaut au Canada, seules les « véritables » décisions de politique générale (par opposition aux décisions opérationnelles) ne devraient pas donner prise à cette responsabilité : *Just*. La difficulté liée à la détermination des décisions de cette nature ne change rien au fait que les tribunaux s’en remettent encore à ces indications essentielles. Même le critère de « justiciabilité » établi tout récemment au Royaume-Uni s’inspire de ce concept pour déterminer ce qui doit être perçu comme étant justiciable.

[86] Troisièmement, le fait de définir négativement une décision de politique générale fondamentale comme une décision n’étant pas de nature « opérationnelle » ne constitue peut-être pas un critère distinct utile dans tous les cas. Ce critère suppose une nette dichotomie entre deux compartiments étanches : les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles. Dans les faits, il est possible que les décisions n’appartiennent pas clairement à l’une ou l’autre de ces catégories.

[87] Au lieu de définir négativement les décisions de politique générale à l’abri de l’examen judiciaire comme des décisions [TRADUCTION] « n’étant pas de nature opérationnelle », les juges majoritaires dans *Gaubert* les décrivent positivement comme

political considerations. Generally, policy decisions are made by legislators or officers whose official responsibility requires them to assess and balance public policy considerations. The decision is a considered decision that represents a “policy” in the sense of a general rule or approach, applied to a particular situation. It represents “a course or principle of action adopted or proposed by a government”: *New Oxford Dictionary of English* (1998), at p. 1434. When judges are faced with such a course or principle of action adopted by a government, they generally will find the matter to be a policy decision. The weighing of social, economic, and political considerations to arrive at a course or principle of action is the proper role of government, not the courts. For this reason, decisions and conduct based on these considerations cannot ground an action in tort.

[88] Policy, used in this sense, is not the same thing as discretion. Discretion is concerned with whether a particular actor had a choice to act in one way or the other. Policy is a narrow subset of discretionary decisions, covering only those decisions that are based on public policy considerations, like economic, social and political considerations. Policy decisions are always discretionary, in the sense that a different policy could have been chosen. But not all discretionary decisions by government are policy decisions.

[89] While the main focus on the *Gaubert* approach is on the nature of the decision, the role of the person who makes the decision may be of assistance. Did the decision maker have the responsibility of looking at social, economic or political factors and formulating a “course” or “principle” of action with respect to a particular problem facing the government? Without suggesting that

étant des décisions et des mesures discrétionnaires d’ordre législatif ou administratif qui se fondent sur des considérations sociales, économiques ou politiques. Les décisions de politique générale sont habituellement prises par le législateur ou un fonctionnaire tenu officiellement d’évaluer et de mettre en balance des considérations d’intérêt public. La décision est réfléchie et traduit une « politique générale » dans le sens d’une règle ou orientation générale appliquée dans une situation précise. La politique désigne une « ligne de conduite adoptée par un organisme [...] public » : *Multidictionnaire de la langue française*, p. 1261. Les juges saisis d’une pareille ligne de conduite adoptée par un organisme public estiment généralement qu’il s’agit d’une décision de politique générale. Il appartient véritablement au gouvernement, et non aux tribunaux, de mettre en balance des considérations sociales, économiques et politiques pour en arriver à une ligne de conduite. C’est pourquoi les décisions et les actes reposant sur ces considérations ne sauraient fonder une action en responsabilité délictuelle.

[88] Utilisée dans ce sens, la notion de politique générale diffère de la notion de pouvoir discrétionnaire. Un tel pouvoir dépend de la question de savoir si un acteur donné a la faculté de choisir d’agir d’une façon ou d’une autre. Les politiques générales forment un sous-ensemble restreint de décisions discrétionnaires, et n’englobent que les décisions fondées sur des considérations d’intérêt public, comme des considérations d’ordre économique, social ou politique. Toutes les décisions de politique générale sont discrétionnaires, en ce sens qu’une politique différente aurait pu être retenue. Toutefois, les décisions discrétionnaires du gouvernement ne sont pas toutes des décisions de politique générale.

[89] Bien que l’approche préconisée dans *Gaubert* mette l’accent sur la nature de la décision, le rôle du décideur peut se révéler utile. Ce dernier était-il chargé d’étudier les facteurs sociaux, économiques ou politiques et d’élaborer une « ligne de conduite » à l’égard d’un problème auquel fait face le gouvernement? Sans prétendre qu’il est possible de répondre à la question en invoquant

the question can be resolved simply by reference to the rank of the actor, there is something to Scalia J.'s observation in *Gaubert* that employees working at the operational level are not usually involved in making policy choices.

[90] I conclude that “core policy” government decisions protected from suit are decisions as to a course or principle of action that are based on public policy considerations, such as economic, social and political factors, provided they are neither irrational nor taken in bad faith. This approach is consistent with the basic thrust of Canadian cases on the issue, although it emphasizes positive features of policy decisions, instead of relying exclusively on the quality of being “non-operational”. It is also supported by the insights of emerging jurisprudence here and elsewhere. This said, it does not purport to be a litmus test. Difficult cases may be expected to arise from time to time where it is not easy to decide whether the degree of “policy” involved suffices for protection from negligence liability. A black and white test that will provide a ready and irrefutable answer for every decision in the infinite variety of decisions that government actors may produce is likely chimerical. Nevertheless, most government decisions that represent a course or principle of action based on a balancing of economic, social and political considerations will be readily identifiable.

[91] Applying this approach to motions to strike, we may conclude that where it is “plain and obvious” that an impugned government decision is a policy decision, the claim may properly be struck on the ground that it cannot ground an action in tort. If it is not plain and obvious, the matter must be allowed to go to trial.

simplement le niveau hiérarchique du décideur, on peut s'inspirer de l'observation faite par le juge Scalia dans *Gaubert* selon laquelle les employés au niveau opérationnel ne participent habituellement pas à la prise de décisions de politique générale.

[90] Je conclus que les décisions de « politique générale fondamentale » du gouvernement à l'égard desquelles ce dernier est soustrait aux poursuites se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d'intérêt public, tels des facteurs économiques, sociaux ou politiques, pourvu qu'elles ne soient ni irrationnelles ni prises de mauvaise foi. Cette approche concorde avec le message essentiel de la jurisprudence canadienne à cet égard, bien qu'elle fasse ressortir des caractéristiques positives des décisions de politique générale, au lieu de se fonder exclusivement sur le fait qu'elles ne sont pas de « nature opérationnelle ». Elle est aussi étayée par les réflexions faites dans la nouvelle jurisprudence canadienne et étrangère. Cela dit, elle n'est pas censée constituer un critère décisif. On peut s'attendre à ce que surviennent de temps à autre des situations délicates où il n'est pas facile de décider si le degré de « politique générale » en cause suffit à mettre une décision à l'abri de toute responsabilité pour négligence. Il serait illusoire de vouloir établir un critère absolu qui donnerait rapidement et infailliblement une réponse à l'égard de toute décision parmi la gamme infinie de celles que peuvent prendre les acteurs gouvernementaux. On pourra néanmoins facilement cerner la plupart des décisions gouvernementales qui représentent une ligne de conduite fondée sur une mise en balance de considérations économiques, sociales et politiques.

[91] L'application de l'approche exposée ci-dessus aux requêtes en radiation nous permet de conclure que, dans les cas où il est « évident et manifeste » qu'une décision contestée du gouvernement constitue une décision de politique générale, l'allégation peut à juste titre être radiée au motif qu'elle ne saurait fonder une action en responsabilité délictuelle. S'il n'est pas évident et manifeste qu'il s'agit d'une décision de politique générale, il faut permettre l'instruction de l'affaire.

(iv) Conclusion on the Policy Argument

[92] As discussed, the question is whether the alleged representations of Canada to the tobacco companies that low-tar cigarettes are less harmful to health are matters of policy, in the sense that they constitute a course or principle of action of the government. If so, the representations cannot ground an action in tort.

[93] The third-party notices plead that Canada made statements to the public (and to the tobacco companies) warning about the hazards of smoking, and asserting that low-tar cigarettes are less harmful than regular cigarettes; that the representations that low-tar cigarettes are less harmful to health were false; and that insofar as consumption caused extra harm to consumers for which the tobacco companies are held liable, Canada is required to indemnify the tobacco companies and/or contribute to their losses.

[94] The third-party notices implicitly accept that in making the alleged representations, Health Canada was acting out of concern for the health of Canadians, pursuant to its policy of encouraging smokers to switch to low-tar cigarettes. They assert, in effect, that Health Canada had a policy to warn the public about the hazardous effects of smoking, and to encourage healthier smoking habits among Canadians. The third-party claims rest on the allegation that Health Canada accepted that some smokers would continue to smoke despite the adverse health effects, and decided that these smokers should be encouraged to smoke lower-tar cigarettes.

[95] In short, the representations on which the third-party claims rely were part and parcel of a government policy to encourage people who continued to smoke to switch to low-tar cigarettes. This was a “true” or “core” policy, in the sense of a course or principle of action that the government

(iv) Conclusion sur l'argument relatif à la politique générale

[92] Comme je l'ai indiqué, il s'agit de savoir si les déclarations qu'aurait faites le Canada aux compagnies de tabac, selon lesquelles les cigarettes à faible teneur en goudron sont moins nuisibles pour la santé, sont des questions de politique générale, en ce sens qu'elles constituent une ligne de conduite du gouvernement. Dans l'affirmative, ces déclarations ne peuvent fonder une action en responsabilité délictuelle.

[93] On soutient dans les avis de mise en cause que le Canada a mis en garde la population (et les compagnies de tabac) contre les dangers de l'usage du tabac et a affirmé que les cigarettes à faible teneur en goudron sont moins nocives que les cigarettes ordinaires. On soutient aussi que ces déclarations étaient fausses et que, dans la mesure où l'usage du tabac a causé aux consommateurs un préjudice additionnel dont sont tenues responsables les compagnies de tabac, le Canada doit indemniser celles-ci ou épouser une partie de leurs pertes.

[94] Les avis de mise en cause concèdent implicitement que Santé Canada a fait les déclarations qu'on lui attribue par souci pour la santé des Canadiens et Canadiennes, conformément à sa politique d'inciter les fumeurs à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron. Ils mentionnent en fait que Santé Canada avait pour politique de mettre en garde la population contre les effets nocifs de l'usage du tabac, et d'encourager les Canadiens et Canadiennes à fumer plus sainement. Les demandes de mise en cause reposent sur l'allégation que Santé Canada s'est résigné à ce que certaines personnes continuent de fumer malgré les effets nuisibles de cette habitude sur leur santé, et a décidé qu'il convenait de les inciter à fumer des cigarettes à faible teneur en goudron.

[95] En bref, les déclarations sur lesquelles s'appuient les demandes de mise en cause faisaient partie intégrante d'une politique générale du gouvernement visant à inciter les personnes qui continuaient de fumer à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron. Il s'agissait d'une « véritable »

adopted. The government's alleged course of action was adopted at the highest level in the Canadian government, and involved social and economic considerations. Canada, on the pleadings, developed this policy out of concern for the health of Canadians and the individual and institutional costs associated with tobacco-related disease. In my view, it is plain and obvious that the alleged representations were matters of government policy, with the result that the tobacco companies' claims against Canada for negligent misrepresentation must be struck out.

[96] Having concluded that the claims for negligent misrepresentation are not actionable because the alleged representations were matters of government policy, it is not necessary to canvas the other stage-two policy grounds that Canada raised against the third-party claims relating to negligent misrepresentation. However, since the argument about indeterminate liability was fully argued, I will briefly discuss it. In my view, it confirms that no liability in tort should be recognized for Canada's alleged misrepresentations.

(b) *Indeterminate Liability*

[97] Canada submits that allowing the defendants' claims in negligent misrepresentation would result in indeterminate liability, and must therefore be rejected. It submits that Canada had no control over the number of cigarettes being sold. It argues that in cases of economic loss, the courts must limit liability to cases where the third party had a means of controlling the extent of liability.

[98] The tobacco companies respond that Canada faces extensive, but not indeterminate liability.

politique générale ou d'une politique générale « fondamentale » au sens d'une ligne de conduite adoptée par le gouvernement. La ligne de conduite gouvernementale alléguée a été adoptée par les plus hautes instances du gouvernement canadien et mettait en jeu des considérations sociales et économiques. Selon les actes de procédure, le Canada a élaboré cette politique par souci pour la santé des Canadiens et Canadiennes et en raison des coûts individuels et institutionnels associés aux maladies causées par le tabac. Il m'apparaît évident et manifeste que les déclarations alléguées relevaient de la politique générale du gouvernement, de sorte que les allégations de déclarations inexactes faites par négligence qu'ont formulées les compagnies de tabac à l'encontre du Canada doivent être radiées.

[96] Vu ma conclusion que les allégations de déclarations inexactes faites par négligence ne peuvent fonder une action parce que les déclarations alléguées relevaient de la politique générale du gouvernement, point n'est besoin de passer en revue les autres motifs de politique générale — liés à la deuxième étape de l'analyse — qu'a invoqués le Canada à l'encontre des demandes de mise en cause pour déclarations inexactes faites par négligence. Mais, comme l'argument relatif à la responsabilité indéterminée a été débattu à fond, je vais l'analyser brièvement. À mon avis, cet argument confirme que la responsabilité délictuelle du Canada ne doit pas être reconnue à l'égard des déclarations inexactes qu'il aurait faites.

b) *Responsabilité indéterminée*

[97] Le Canada soutient que, si l'on accepte les allégations des défenderesses en matière de déclaration inexacte faite par négligence, cela entraînerait une responsabilité indéterminée de sa part, et qu'il faut donc les rejeter. Le Canada affirme que le nombre de cigarettes vendues était indépendant de sa volonté. En outre, dans les cas de perte financière, les tribunaux ne doivent conclure à la responsabilité du mis en cause que lorsque celui-ci est à même d'en contrôler la portée.

[98] Les compagnies de tabac répondent que la responsabilité à laquelle s'expose le Canada est

They submit that the scope of Canada's liability to tobacco companies is circumscribed by the tort of negligent misrepresentation. Canada would only be liable to the smokers of light cigarettes and to the tobacco companies.

[99] I agree with Canada that the prospect of indeterminate liability is fatal to the tobacco companies' claims of negligent misrepresentation. Insofar as the claims are based on representations to consumers, Canada had no control over the number of people who smoked light cigarettes. This situation is analogous to *Cooper*, where this Court held that it would have declined to apply a duty of care to the Registrar of Mortgage Brokers in respect of economic losses suffered by investors because “[t]he Act itself imposes no limit and the Registrar has no means of controlling the number of investors or the amount of money invested in the mortgage brokerage system” (para. 54). While this statement was made in *obiter*, the argument is persuasive.

[100] The risk of indeterminate liability is enhanced by the fact that the claims are for pure economic loss. In *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737, the Court, *per Rothstein J.*, held that “in cases of pure economic loss, to paraphrase Cardozo C.J., care must be taken to find that a duty is recognized only in cases where the class of plaintiffs, the time and the amounts are determinate” (para. 62). If Canada owed a duty of care to consumers of light cigarettes, the potential class of plaintiffs and the amount of liability would be indeterminate.

[101] Insofar as the claims are based on representations to the tobacco companies, they are at first blush more circumscribed. However, this distinction breaks down on analysis. Recognizing a duty of care for representations to the tobacco

considérable, mais non indéterminée. Selon les compagnies de tabac, la responsabilité du Canada envers elles se limite au délit de déclaration inexacte faite par négligence. Le Canada ne serait responsable qu'envers les fumeurs de cigarettes légères et les compagnies de tabac.

[99] Je suis d'accord avec le Canada pour dire que la possibilité d'une responsabilité indéterminée porte un coup fatal aux allégations des compagnies de tabac relatives aux déclarations inexactes faites par négligence. Dans la mesure où les allégations reposent sur des déclarations faites aux consommateurs, le Canada n'exerçait aucun contrôle sur le nombre de fumeurs de cigarettes légères. Cette situation est analogue à celle dans l'arrêt *Cooper* dans lequel notre Cour a affirmé qu'elle aurait refusé d'attribuer au registrateur des courtiers en hypothèques une obligation de diligence à l'égard des pertes financières subies par les investisseurs, parce que « [l]a Loi elle-même n'impose aucune limite au nombre des investisseurs et aux montants d'argent investis dans le système de courtage en hypothèques, et le registrateur ne dispose daucun moyen pour les contrôler » (par. 54). Cette affirmation constituait une remarque incidente, mais il s'agit d'un argument convaincant.

[100] Le risque de responsabilité indéterminée est aggravé par le caractère purement financier de la perte alléguée. Dans *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737, sous la plume du juge Rothstein, la Cour a mentionné que « dans les cas de perte purement financière, il faut, pour paraphraser le juge en chef Cardozo, prendre soin de ne reconnaître une obligation que dans la mesure où l'on peut déterminer la catégorie des demandeurs, la période et les montants en cause » (par. 62). Si le Canada avait une obligation de diligence envers les fumeurs de cigarettes légères, le nombre potentiel de demandeurs et l'ampleur de la responsabilité seraient indéterminés.

[101] Dans la mesure où les allégations reposent sur des déclarations faites aux compagnies de tabac, elles semblent plus limitées à première vue. Cette distinction ne résiste toutefois pas à l'analyse. Si l'on reconnaissait une obligation de diligence à

companies would effectively amount to a duty to consumers, since the quantum of damages owed to the companies in both cases would depend on the number of smokers and the number of cigarettes sold. This is a flow-through claim of negligent misrepresentation, where the tobacco companies are passing along their potential liability to consumers and to the province of British Columbia. In my view, in both cases, these claims should fail because Canada was not in control of the extent of its potential liability.

(c) *Summary on Stage-Two Policy Arguments*

[102] In my view, this Court should strike the negligent misrepresentation claims in both cases as a result of stage-two policy concerns about interfering with government policy decisions and the prospect of indeterminate liability.

D. Failure to Warn

[103] The tobacco companies make two allegations of failure to warn: B.A.T. alleges that Canada directed the tobacco companies not to provide warnings on cigarette packages (the labelling claim) about the health hazards of cigarettes; and Imperial alleges that Canada failed to warn the tobacco companies about the dangers posed by the strains of tobacco designed and licensed by Canada.

(1) Labelling Claim

[104] B.A.T. alleges that by instructing the industry to not put warning labels on their cigarettes, Canada is liable in tort for failure to warn. In the *Knight* case, Tysoe J.A. did not address the failure

l'égard des déclarations faites aux compagnies de tabac, cela reviendrait effectivement à reconnaître une obligation envers les consommateurs, vu que le montant des dommages-intérêts dus aux compagnies de tabac dans les deux cas dépendrait du nombre de fumeurs et du nombre de cigarettes vendues. Il s'agit d'allégations de déclaration inexacte faite par négligence par lesquelles les compagnies de tabac détournent leur responsabilité potentielle vers les consommateurs et la province de la Colombie-Britannique. À mon avis, il faut rejeter ces allégations dans les deux cas, parce que le Canada n'avait aucune prise sur l'ampleur de sa responsabilité potentielle.

c) *Résumé quant aux arguments de politique générale soulevés à la deuxième étape de l'analyse*

[102] J'estime que notre Cour doit radier les allégations de déclarations inexactes faites par négligence dans les deux pourvois en raison de considérations de politique générale soulevées à la deuxième étape de l'analyse, à savoir l'immixtion dans les décisions de politique générale du gouvernement et la possibilité de responsabilité indéterminée.

D. Le défaut de mise en garde

[103] Les compagnies de tabac formulent deux allégations au sujet du défaut de mise en garde : B.A.T. prétend que le Canada a interdit aux compagnies de tabac d'apposer sur les paquets de cigarettes des mises en garde (l'allégation relative à l'étiquetage) à l'égard des dangers que présentent les cigarettes pour la santé; Imperial, quant à elle, prétend que le Canada a fait défaut de mettre les compagnies de tabac en garde contre les dangers que présentent les souches de tabac conçues par le Canada et pour lesquelles il a octroyé des licences.

(1) L'allégation relative à l'étiquetage

[104] B.A.T. allègue que, en donnant à l'industrie la directive de ne pas apposer de mise en garde sur ses paquets de cigarettes, le Canada a engagé sa responsabilité délictuelle pour défaut de mise en

to warn claims. Hall J.A., writing for the minority, would have struck those claims on stage-two grounds, finding that Canada's decision was a policy decision and that liability would be indeterminate. Hall J.A. also held that liability would conflict with the government's public duties (para. 99). In the *Costs Recovery* case, Tysoe J.A. adopted Hall J.A.'s analysis from the *Knight* case in rejecting the failure to warn claim as between Canada and the tobacco companies (para. 89). B.A.T. challenges these findings.

[105] The crux of this failure to warn claim is essentially the same as the negligent misrepresentation claim, and should be rejected for the same policy reasons. The Minister of Health's recommendations on warning labels were integral to the government's policy of encouraging smokers to switch to low-tar cigarettes. As such, they cannot ground a claim in failure to warn.

(2) Failure to Warn Imperial About Health Hazards

[106] The Court of Appeal, *per* Tysoe J.A., held that the third-party notices did not sufficiently plead that Canada failed to warn the industry about the health hazards of its strains of tobacco. Imperial argues that this was in error, because the elements of a failure to warn claim are identical to the elements of the negligence claim, which was sufficiently pleaded.

[107] Canada points out that the two paragraphs of the third-party notices that discuss failure to warn only mention the claims that relate to labels, and not the claim that Canada failed to

garde. Dans l'*Affaire Knight*, le juge Tysoe n'a pas abordé les allégations relatives au défaut de mise en garde. Pour sa part, le juge Hall, exprimant l'opinion de la minorité, aurait rejeté ces allégations pour des motifs liés à l'étape deux de l'analyse, estimant que la décision du Canada était une décision de politique générale et que la responsabilité du Canada serait indéterminée. Il a aussi conclu qu'imposer cette responsabilité au gouvernement irait à l'encontre des obligations du Canada envers la population (par. 99). Dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, le juge Tysoe a souscrit à l'analyse faite par le juge Hall dans l'*Affaire Knight* en rejetant l'allégation relative au défaut du Canada de mettre en garde les compagnies de tabac (par. 89). B.A.T. conteste ces conclusions.

[105] L'élément crucial de cette allégation relative au défaut de mise en garde est essentiellement le même que celui des allégations de déclarations inexactes faites par négligence, et il y a lieu de la rejeter pour les mêmes considérations de politique générale. Les recommandations du ministre de la Santé sur les mises en garde faisaient partie intégrante de la politique générale du gouvernement visant à inciter les fumeurs à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron. En tant que telles, elles ne peuvent fonder une action pour défaut de mise en garde.

(2) Le défaut de mettre Imperial en garde contre les dangers pour la santé

[106] S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Tysoe a conclu que l'on n'avait pas suffisamment plaidé, dans les avis de mise en cause, que le Canada avait fait défaut de mettre l'industrie en garde contre les dangers pour la santé que présentaient ses souches de tabac. Imperial prétend que cette conclusion était erronée, car les éléments de l'allégation de défaut de mise en garde sont identiques à ceux de l'allégation de négligence qui, elle, avait suffisamment été plaidée.

[107] Le Canada souligne que les deux paragraphes des avis de mise en cause où il est question du défaut de mise en garde ne font allusion qu'aux allégations concernant l'étiquetage, et non à l'allégation

warn Imperial about potential health hazards of the tobacco strains. Canada also argues that to support a claim of failure to warn, the plaintiff must not only show that the defendant acted negligently, but that the defendant was also under a positive duty to act. It submits that nothing in the third-party notices suggests that Canada was under such a positive duty here.

[108] I agree with Canada that the tort of failure to warn requires evidence of a positive duty towards the plaintiff. Positive duties in tort law are the exception rather than the rule. In *Childs v. Desormeaux*, the Court held:

Although there is no doubt that an omission may be negligent, as a general principle, the common law is a jealous guardian of individual autonomy. Duties to take positive action in the face of risk or danger are not free-standing. Generally, the mere fact that a person faces danger, or has become a danger to others, does not itself impose any kind of duty on those in a position to become involved. [para. 31]

Moreover, none of the authorities cited by Imperial support the proposition that a plea of negligence, without more, will suffice to raise a duty to warn: *Day v. Central Okanagan (Regional District)*, 2000 BCSC 1134, 79 B.C.L.R. (3d) 36, *per* Drossos J.; see also *Elias v. Headache and Pain Management Clinic*, 2008 CanLII 53133 (Ont. S.C.J.), *per* Macdonald J. (paras. 6 to 9).

[109] Even if pleading negligence were viewed as sufficient to raise a claim of duty to warn, which I do not accept, the claim would fail for the stage-two policy reasons applicable to the negligent misrepresentation claim.

E. Negligent Design

[110] The tobacco companies have brought two types of negligent design claims against Canada

que le Canada a fait défaut de mettre Imperial en garde contre les dangers possibles pour la santé que présentaient les souches de tabac. Le Canada soutient également que pour étayer une allégation de défaut de mise en garde, le demandeur doit non seulement démontrer que le défendeur a fait preuve de négligence, mais aussi que celui-ci avait l'obligation positive d'agir. Toujours selon le Canada, les avis de mise en cause ne donnent aucunement matière à croire qu'il avait une telle obligation en l'espèce.

[108] Je conviens avec le Canada que le délit de défaut de mise en garde requiert la preuve d'une obligation positive envers le demandeur. En droit des délits, les obligations positives constituent l'exception et non la règle. Dans *Childs c. Desormeaux*, la Cour a affirmé ce qui suit :

Bien qu'il ne fasse aucun doute qu'une omission peut emporter négligence, la common law, en règle générale, est une fervente protectrice de l'autonomie individuelle. L'obligation de prendre des mesures concrètes face à un risque ou à un danger n'est pas une obligation distincte. Généralement, le simple fait qu'une personne court un danger ou constitue un danger pour autrui n'impose pas en soi une quelconque obligation aux personnes susceptibles d'intervenir. [par. 31]

Qui plus est, aucune des décisions citées par Imperial n'étaye l'argument qu'une allégation de négligence, sans plus, est suffisante pour imposer une obligation de mise en garde : *Day c. Central Okanagan (Regional District)*, 2000 BCSC 1134, 79 B.C.L.R. (3d) 36, le juge Drossos; voir aussi *Elias c. Headache and Pain Management Clinic*, 2008 CanLII 53133 (C.S.J. Ont.), le juge Macdonald (par. 6 à 9).

[109] Même si l'on considérait qu'il suffit de plaider la négligence pour formuler une allégation d'obligation de mise en garde, ce que je ne puis accepter, l'allégation serait rejetée pour les considérations de politique générale liées à la deuxième étape de l'analyse et qui s'appliquent à l'allégation de déclaration inexacte faite par négligence.

E. La conception négligente

[110] Les compagnies de tabac ont soulevé à l'encontre du Canada deux types d'allégations

that remain to be considered. First, they submit that Canada breached its duty of care to the tobacco companies when it negligently designed its strains of low-tar tobacco. The Court of Appeal held that the pleadings supported a *prima facie* duty of care in this respect, but held that the duty was negated by the stage-two policy concern of indeterminate liability. Second, Imperial submits that Canada breached its duty of care to the consumers of light and mild cigarettes in the *Knight* case. A majority of the Court of Appeal held that this claim should proceed to trial.

[111] In my view, both remaining negligent design claims establish a *prima facie* duty of care, but fail at the second stage of the analysis because they relate to core government policy decisions.

(1) *Prima Facie* Duty of Care

[112] I begin with the claim that Canada owed a *prima facie* duty of care to the tobacco companies. Canada submits that there was no *prima facie* duty of care since there is no proximity between Canada and the tobacco companies, relying on the same arguments that it raises in the negligent misrepresentations claims.

[113] In my view, the Court of Appeal correctly concluded that Canada owed a *prima facie* duty of care towards the tobacco companies with respect to its design of low-tar tobacco strains. I agree with Tysoe J.A. that the alleged relationship in this case meets the requirements for proximity:

If sufficient proximity exists in the relationship between a designer of a product and a purchaser of the product, it would seem to me to follow that there is sufficient proximity in the relationship between the designer of a product and a manufacturer who uses the product in goods sold to the public. Also, the designer of the

de conception négligente qu'il reste à examiner. Premièrement, elles affirment que le Canada a manqué à son obligation de diligence envers elles en concevant de manière négligente ses souches de tabac à faible teneur en goudron. La Cour d'appel a jugé que les actes de procédure appuyaient une obligation de diligence *prima facie* à cet égard, mais que cette obligation était écartée par la considération de politique générale liée à la responsabilité indéterminée, soulevée à la deuxième étape de l'analyse. Deuxièmement, Imperial fait valoir que le Canada a manqué à son obligation de diligence envers les consommateurs de cigarettes légères et douces dans l'*Affaire Knight*. La Cour d'appel a conclu à la majorité que cette allégation est matière à procès.

[111] J'estime que ces deux allégations de conception négligente établissent l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, mais doivent être rejetées à la deuxième étape de l'analyse parce qu'elles ont trait à des décisions de politique générale fondamentale du gouvernement.

(1) *Obligation de diligence prima facie*

[112] Je commence par l'allégation que le Canada avait une obligation de diligence *prima facie* envers les compagnies de tabac. Se fondant sur les mêmes arguments qu'il avance à l'encontre des allégations de déclarations inexactes faites par négligence, le Canada affirme ne pas avoir d'obligation de cette nature, parce qu'il n'existe pas de lien de proximité entre lui et les compagnies de tabac.

[113] À mon sens, la Cour d'appel a conclu avec raison que le Canada avait une obligation de diligence *prima facie* envers les compagnies de tabac relativement à la conception des souches de tabac à faible teneur en goudron. Je suis d'accord avec le juge Tysoe pour dire que les rapports invoqués en l'espèce répondent aux conditions de proximité :

[TRADUCTION] Si les rapports entre le concepteur et l'acheteur d'un produit sont suffisamment étroits, il s'ensuit, à mon avis, qu'il existe un lien suffisamment étroit entre le concepteur d'un produit et celui qui s'en sert pour fabriquer des biens vendus au public. En outre, dans le contexte de la présente affaire, le concepteur du

product ought reasonably to have the manufacturer in contemplation as a person who would be affected by its design in the context of the present case. It would have been reasonably foreseeable to the designer of the product that a manufacturer of goods incorporating the product could be required to refund the purchase price paid by consumers if the design of the product did not accomplish that which it was intended to accomplish. [*Knight* case, para. 67]

[114] The allegation is that Canada was acting like a private company conducting business, and conducted itself toward the tobacco companies in a way that established proximity. The proximity alleged is not based on a statutory duty, but on interactions between Canada and the tobacco companies. Canada's argument that a duty of care would result in conflicting private and public duties does not negate proximity arising from conduct, although it may be a relevant stage-two policy consideration.

[115] For similar reasons, I conclude that on the facts pleaded, Canada owed a *prima facie* duty of care to the consumers of light and mild cigarettes in the *Knight* case. On the facts pleaded, it is at least arguable that Canada was acting in a commercial capacity when it designed its strains of tobacco. As Tysoe J.A. held in the court below, “a person who designs a product intended for sale to the public owes a *prima facie* duty of care to the purchasers of the product” (para. 48).

(2) Stage-Two Policy Considerations

[116] For the reasons given in relation to the negligent misrepresentation claim, I am of the view that stage-two policy considerations negate this *prima facie* duty of care for the claims of negligent design. The decision to develop low-tar strains of tobacco on the belief that the resulting cigarettes would be less harmful to health is a decision that constitutes a course or principle of action based on Canada's health policy. It was a decision based on

produit devrait raisonnablement s'attendre à ce que sa conception ait une incidence sur le fabricant. Le concepteur pouvait raisonnablement prévoir qu'un fabricant de biens auxquels le produit est intégré serait tenu de rembourser le prix d'achat payé par des consommateurs si la conception du produit n'atteignait pas l'objectif qu'elle était censée atteindre. [L'*Affaire Knight*, par. 67]

[114] On allègue que le Canada se comportait comme une société commerciale privée et entretenait des rapports étroits avec les compagnies de tabac. Le prétendu lien de proximité se fonde non pas sur une obligation prévue par la loi, mais sur les rapports entre le Canada et les compagnies de tabac. L'argument du Canada selon lequel une obligation de diligence donnerait lieu à un conflit entre des obligations de droit privé et des obligations de droit public n'écarte pas la possibilité qu'un lien de proximité découle de sa conduite, mais il peut constituer une considération de politique générale pertinente à la deuxième étape de l'analyse.

[115] Pour des motifs semblables et compte tenu des faits allégués, je conclus que le Canada avait une obligation de diligence *prima facie* envers les consommateurs de cigarettes légères et douces dans l'*Affaire Knight*. Vu ces faits, il est au moins possible de soutenir que le Canada agissait comme une entreprise commerciale lorsqu'il a conçu ses souches de tabac. Comme l'a affirmé le juge Tysoe de la Cour d'appel, [TRADUCTION] « le concepteur d'un produit destiné à être vendu au public a une obligation de diligence *prima facie* envers ceux et celles qui achètent ce produit » (par. 48).

(2) Considérations de politique générale soulevées à la deuxième étape de l'analyse

[116] Pour les motifs fournis à l'égard des allégations de déclarations inexactes faites par négligence, j'estime que les considérations de politique générale qui entrent en jeu à la deuxième étape de l'analyse écartent l'obligation de diligence *prima facie* à l'égard des allégations de conception négligente. La décision de concevoir des souches de tabac à faible teneur en goudron parce qu'on croit que les cigarettes fabriquées avec ce tabac seraient

social and economic factors. As a core government policy decision, it cannot ground a claim for negligent design. This conclusion makes it unnecessary to consider the argument of indeterminate liability also raised as a stage-two policy objection to the claim of negligent design.

F. *The Direct Claims Under the Costs Recovery Acts*

[117] The tobacco companies submit that the Court of Appeal erred when it held that it was plain and obvious that Canada could not qualify as a manufacturer under the *CRA*. They also present three alternative arguments: (1) that if Canada is not liable under the Act, it is liable under the recently adopted *Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2008, c. 27 (“*HCCRA*”); (2) that if Canada is not liable under either the *CRA* or the *HCCRA*, it is nonetheless liable to the defendants for contribution under the *Negligence Act*; and (3) that in the further alternative, Canada could be liable for contribution under the common law (joint factum of Rothmans, Benson & Hedges (“RBH”) and Philip Morris only).

[118] Section 2 of the *CRA* establishes that “[t]he government has a direct and distinct action against a manufacturer to recover the cost of health care benefits caused or contributed to by a tobacco related wrong”. The words “manufacture” and “manufacturer” are defined in s. 1(1) of the Act as follows:

1 (1) . . .

“manufacture” includes, for a tobacco product, the production, assembly or packaging of the tobacco product;

moins nuisibles pour la santé constitue une ligne de conduite fondée sur la politique générale du Canada en matière de santé. Il s’agissait d’une décision reposant sur des facteurs sociaux et économiques. Cette décision de politique générale fondamentale du gouvernement ne saurait fonder une poursuite pour conception négligente. Vu cette conclusion, point n’est besoin d’examiner l’argument relatif à la responsabilité indéterminée, opposé lui aussi à l’allégation de conception négligente en tant que considération de politique générale à la deuxième étape de l’analyse.

F. *Les allégations directes faites en vertu des lois sur le recouvrement des coûts*

[117] Selon les compagnies de tabac, la Cour d’appel a conclu à tort qu’il était manifeste et évident que le Canada ne pouvait pas être un fabricant au sens de la *CRA*. Elles présentent également trois arguments subsidiaires : (1) si la responsabilité du Canada n’est pas engagée en application de la *CRA*, elle l’est aux termes de la *Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2008, ch. 27 (« *HCCRA* »), récemment édictée; (2) si la responsabilité du Canada n’est pas engagée aux termes de l’une de ces deux lois, il est néanmoins tenu de verser aux défenderesses une contribution aux termes de la *Negligence Act*; et (3) enfin, le Canada peut être tenu en common law de verser une contribution (mémoire conjoint de Rothmans, Benson & Hedges (« RBH ») et de Philip Morris seulement).

[118] Aux termes de l’art. 2 de la *CRA*, [TRADUCTION] « [l]e gouvernement a contre un fabricant un droit d’action direct et distinct pour le recouvrement du coût des services de soins de santé occasionnés ou favorisés par une faute du fabricant ». Les termes « fabrication » et « fabricant » sont définis comme suit à l’art. 1(1) de la *CRA* :

[TRADUCTION]

1 (1) . . .

« **fabricant** » Personne qui fabrique ou a fabriqué un produit du tabac, y compris la personne qui, selon le cas :

“manufacturer” means a person who manufactures or has manufactured a tobacco product and includes a person who currently or in the past

- (a) causes, directly or indirectly, through arrangements with contractors, subcontractors, licensees, franchisees or others, the manufacture of a tobacco product;
- (b) for any fiscal year of the person, derives at least 10% of revenues, determined on a consolidated basis in accordance with generally accepted accounting principles in Canada, from the manufacture or promotion of tobacco products by that person or by other persons;
- (c) engages in, or causes, directly or indirectly, other persons to engage in the promotion of a tobacco product, or
- (d) is a trade association primarily engaged in
 - (i) the advancement of the interests of manufacturers,
 - (ii) the promotion of a tobacco product, or
 - (iii) causing, directly or indirectly, other persons to engage in the promotion of a tobacco product;

The third-party notices allege that Canada grew (manufactured) tobacco and licensed it to the tobacco industry for a profit, and that Canada “promoted” the use of mild or light cigarettes to the industry and the public. These facts, they say, bring Canada within the definition of “manufacturer” of the *CRA*.

[119] Canada submits that it is not a manufacturer under the Act. In the alternative, it submits that it is immune from the operation of this provincial statute at common law and alternatively under the Constitution.

[120] For the reasons that follow, I conclude that Canada is not a manufacturer under the Act. Indeed,

- a) directement ou indirectement, fait ou a fait fabriquer un produit du tabac dans le cadre d’ententes conclues avec des entrepreneurs, des sous-traitants, des titulaires de licence, des franchisés ou d’autres personnes;
- b) au cours d’un de ses exercices, tire ou a tiré au moins 10 % de ses revenus, calculés sur une base consolidée conformément aux principes comptables généralement reconnus au Canada, de la fabrication ou de la promotion de produits du tabac par elle-même ou par d’autres personnes;
- c) se livre ou s’est livrée à la promotion d’un produit du tabac ou fait ou a fait, directement ou indirectement, que d’autres personnes s’y livrent;
- d) est une association commerciale se consacrant principalement :
 - (i) à l’avancement des intérêts des fabricants,
 - (ii) à la promotion d’un produit du tabac, ou
 - (iii) à faire faire, directement ou indirectement, la promotion par d’autres personnes d’un produit du tabac.

« fabrication » Est assimilé à la fabrication d’un produit du tabac sa production, son assemblage ou son empaquetage;

On allègue dans les avis de mise en cause que le Canada a cultivé (fabriqué) du tabac et octroyé des licences visant celui-ci à l’industrie du tabac à des fins lucratives, et qu’il a « fait la promotion » des cigarettes douces ou légères auprès de l’industrie et de la population. Selon les compagnies de tabac, ces faits font en sorte que le Canada répond à la définition de « fabricant » qui figure dans la *CRA*.

[119] Le Canada dit ne pas être un fabricant au sens de la *CRA*. Subsiliairement, il affirme être soustrait à l’application de cette loi provinciale en vertu de la common law et, sinon, en vertu de la Constitution.

[120] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que le Canada n'est pas un fabricant au sens de la

holding Canada accountable under the *CRA* would defeat the legislature's intention of transferring the health-care costs resulting from tobacco related wrongs from taxpayers to the tobacco industry. This conclusion makes it unnecessary to consider Canada's arguments that it would in any event be immune from liability under the provincial Act. I would also reject the tobacco companies' argument for contribution under the *HCCRA* and the *Negligence Act*, and the common law contribution argument.

(1) Could Canada Qualify as a Manufacturer Under the Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act?

[121] The Court of Appeal held that the definition of "manufacturer" could not apply to the Government of Canada. I agree. While the argument that Canada could qualify as a manufacturer under the *CRA* has superficial appeal, when the Act is read in context and all of its provisions are taken into account, it is apparent that the British Columbia legislature did not intend for Canada to be liable as a manufacturer. This is confirmed by the text of the statute, the intent of the legislature in adopting the Act, and the broader context of the relationship between the province and the federal government.

(a) *Text of the Statute*

[122] The definition of manufacturer in s. 1(1) "manufacturer" (b) of the Act includes a person who "for any fiscal year of the person, derives at least 10% of revenues, determined on a consolidated basis in accordance with generally accepted accounting principles in Canada, from the manufacture or promotion of tobacco products by that person or by other persons". Hall J.A. held that this definition indicated that the legislature intended the Act to apply to companies involved in the tobacco industry, and not to governments.

CRA. En effet, si l'on tenait le Canada responsable en application de la *CRA*, cela contrecarrerait l'intention de la législature de faire passer des contribuables à l'industrie du tabac la responsabilité des coûts des soins de santé résultant d'une « faute d'un fabricant ». Vu cette conclusion, nul n'est besoin d'étudier les arguments du Canada voulant qu'il soit en tout état de cause exonéré de toute responsabilité en vertu de la loi provinciale. Je suis également d'avis de rejeter l'argument des compagnies de tabac en faveur d'une contribution au titre de la *HCCRA* et de la *Negligence Act*, ainsi que l'argument en faveur d'une contribution en common law.

(1) Le Canada peut-il être un fabricant au sens de la Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act?

[121] La Cour d'appel a affirmé que le gouvernement canadien ne pouvait pas être visé par la définition de « fabricant ». Je suis du même avis. L'argument selon lequel le Canada peut être un fabricant au sens de la *CRA* a un attrait superficiel, mais, lorsqu'on interprète la *CRA* dans son contexte eu égard à l'ensemble de ses dispositions, il appert que la législature de la Colombie-Britannique ne voulait pas imposer au Canada la responsabilité d'un fabricant. C'est ce que confirment le texte de la loi, l'intention qu'avait le législateur au moment d'adopter la *CRA* et le contexte plus général des rapports entre la province et le gouvernement fédéral.

a) *Le texte de la loi*

[122] Aux termes de l'al. b) de la définition de [TRADUCTION] « fabricant » qui se trouve à l'art. 1(1) de la *CRA*, ce terme s'entend d'une personne qui, « au cours d'un de ses exercices, tire ou a tiré au moins 10 % de ses revenus, calculés sur une base consolidée conformément aux principes comptables généralement reconnus au Canada, de la fabrication ou de la promotion de produits du tabac par elle-même ou par d'autres personnes ». Le juge Hall a conclu que, selon cette définition, le législateur souhaitait que la *CRA* s'applique aux compagnies membres de l'industrie du tabac, et non aux gouvernements.

[123] The tobacco companies respond that the definition of “manufacturer” is disjunctive since it uses the word “or”, such that an individual will qualify as a manufacturer if it meets any of the four definitions in (a) to (d). Even if Canada is incapable of meeting the definition in (b) of the Act (deriving 10% of its revenues from the manufacture or promotion of tobacco products), Canada qualifies under subparagraphs (a) (causing the manufacture of tobacco products) and (c) (engaging in or causing others to engage in the promotion of tobacco products) on the facts pled, they argue.

[124] Like the Court of Appeal, I would reject this argument. It is true that s. 1 must be read disjunctively, and that an individual will qualify as a manufacturer if it meets any of the four definitions in (a) to (d). However, the Act must nevertheless be read purposively and as a whole. A proper reading of the Act will therefore take each of the four definitions into account. It will also consider the rest of the statutory scheme, and the legislative context. When the Act is read in this way, it is clear that the B.C. legislature did not intend to include the federal government as a potential manufacturer under the *CRA*.

[125] The fact that one of the statutory definitions is based on revenue percentage suggests that the term “manufacturer” is meant to capture businesses or individuals who earn profit from tobacco-related activities. This interpretation is reinforced by the provisions of the Act that establish the liability of defendants. Section 3(3)(b) provides that “each defendant to which the presumptions [provided in s. 3(2) of the *CRA*] apply is liable for the proportion of the aggregate cost referred to in paragraph (a) equal to its market share in the type of tobacco product”. This language cannot be stretched to include the Government of Canada.

[126] I conclude that the text of the *CRA*, read as a whole, does not support the view that Canada is a “manufacturer” under the Act.

[123] Les compagnies de tabac répondent que la définition du mot « *manufacturier* » (« fabricant ») est disjonctive, vu qu’elle renferme le mot « *or* » (habituellement rendu en français par l’expression « selon le cas »), de telle sorte qu’une personne sera considérée comme un fabricant si elle répond à l’une des quatre définitions qui figurent aux al. a) à d). Même si le Canada ne peut répondre à la définition de l’al. b) de la *CRA* (tirer 10 % de ses revenus de la fabrication ou de la promotion de produits du tabac), elles soutiennent que, à la lumière des faits allégués, le Canada répond aux définitions des al. a) (fait fabriquer un produit du tabac) et c) (fait ou fait faire la promotion d’un produit du tabac).

[124] À l’instar de la Cour d’appel, je suis d’avis de rejeter l’argument susmentionné. Il est vrai qu’il faut interpréter de façon disjonctive la définition de fabricant à l’article premier, et qu’un particulier sera assimilé à un fabricant s’il répond à l’une ou l’autre des quatre définitions des al. a) à d). Il faut néanmoins interpréter de manière téléologique la *CRA* dans son ensemble. Par conséquent, une interprétation adéquate de la *CRA* tient compte de chacune des quatre définitions. Elle prend aussi en considération le reste du régime législatif et le contexte législatif. Interprétée ainsi, la *CRA* indique clairement que la législature de la Colombie-Britannique ne voulait pas faire du gouvernement fédéral un fabricant potentiel au sens de cette loi.

[125] Le fait qu’une des définitions de la *CRA* repose sur un pourcentage des revenus donne à penser que le mot « fabricant » est censé viser des entreprises ou des particuliers qui tirent profit des activités liées au tabac. Les dispositions de la *CRA* établissant la responsabilité des défendeuses renforcent cette interprétation. Aux termes de l’al. 3(3)b), [TRADUCTION] « chaque défendeur auquel s’appliquent les présomptions [créées par le par. 3(2) de la *CRA*] est responsable du coût global visé à l’alinéa a) au prorata de sa part de marché du type de produit du tabac ». On ne saurait considérer cette disposition comme visant le gouvernement du Canada.

[126] J’estime que, interprété dans son ensemble, le texte de la *CRA* n’ôte pas la thèse selon laquelle le Canada est un « fabricant » au sens de cette loi.

(b) *Legislative Intention*

[127] I agree with Canada that considerations related to legislative intent further support the view that Canada does not fall within the definition of “manufacturer”. When the *CRA* was introduced in the legislature, the Minister responsible stated that “the industry” manufactured a lethal product, and that “the industry” composed of “tobacco companies” should accordingly be held accountable (*B.C. Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, at p. 16314). It is plain and obvious that the Government of Canada would not fit into these categories.

[128] Imperial submits that it is improper to rely on excerpts from *Hansard* on an application to strike a pleading, since evidence is not admissible on such an application. However, a distinction lies between evidence that is introduced to prove a point of fact and evidence of legislative intent that is provided to assist the court in discerning the proper interpretation of a statute. The former is not relevant on an application to strike; the latter may be. Applications to strike are intended to economize judicial resources in cases where on the facts pled, the law does not support the plaintiff’s claim. Courts may consider all evidence relevant to statutory interpretation in order to achieve this purpose.

(c) *Broader Context*

[129] The broader context of the statute strongly supports the conclusion that the British Columbia legislature did not intend the federal government to be liable as a manufacturer of tobacco products. The object of the Act is to recover the cost of providing health care to British Columbians from the companies that sold them tobacco products. As held by this Court in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473:

b) *L’intention du législateur*

[127] Je suis d’accord avec le Canada pour dire que les considérations liées à l’intention du législateur appuient davantage la thèse voulant que la définition de [TRADUCTION] « fabricant » ne vise pas le Canada. Quand la *CRA* a été présentée à l’assemblée législative, le ministre responsable a affirmé que [TRADUCTION] « l’industrie » fabriquait un produit mortel, et que les « compagnies de tabac » qui en faisaient partie devraient en être tenues responsables pour cette raison (*C.-B., Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, 4^e sess., 36^e lég., 7 juin 2000, p. 16314). Il est évident et manifeste que le gouvernement du Canada n’appartient pas à cette catégorie.

[128] Selon Imperial, il ne convient pas d’invoquer des extraits du *Hansard* dans le cadre d’une requête en radiation d’une allégation, étant donné que des éléments de preuve ne peuvent être présentés à l’occasion d’une telle demande. Il y a toutefois une distinction entre une preuve produite pour établir un fait et une preuve de l’intention du législateur qui est produite pour aider la cour à déterminer l’interprétation que doit recevoir une loi. La première n’est pas pertinente dans le cadre d’une requête en radiation, mais la seconde peut l’être. Les requêtes en radiation visent à économiser les ressources judiciaires dans les cas où la loi n’appuie pas une demande compte tenu des faits allégués. Les tribunaux peuvent prendre en considération tous les éléments de preuve pertinents à l’interprétation de la loi pour arriver à cette fin.

c) *Le contexte plus général*

[129] Le contexte plus général de la loi étaye fortement la conclusion que la législature de la Colombie-Britannique n’avait pas l’intention d’imposer au gouvernement fédéral la responsabilité d’un fabricant de produits du tabac. La *CRA* a pour objet le recouvrement du coût des soins de santé fournis aux Britanno-Colombiens auprès des compagnies qui leur ont vendu des produits du tabac. Comme l’a affirmé notre Cour dans *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473 :

[T]he driving force of the Act's cause of action is compensation for the government of British Columbia's health care costs, not remediation of tobacco manufacturers' breaches of duty. While the Act makes the existence of a breach of duty one of several necessary conditions to a manufacturer's liability to the government, it is not the mischief at which the cause of action created by the Act is aimed. [para. 40]

The legislature sought to transfer the medical costs from provincial taxpayers to the private sector that sold a harmful product. This object would be fundamentally undermined if the funds were simply recovered from the federal government, which draws its revenue from the same taxpayers.

[130] The tobacco companies' proposed application of the *CRA* to Canada is particularly problematic in light of the long-standing funding relationship between the federal and provincial governments with regards to health care. The federal government has been making health transfer payments to the provinces for decades. As held by Hall J.A.:

If the *Costs Recovery Act* were to be construed to permit the inclusion of Canada as a manufacturer targeted for the recovery of provincial health costs, this would permit a direct economic claim to be advanced against Canada by British Columbia to obtain further funding for health care costs. In light of these long-standing fiscal arrangements between governments, I cannot conceive that the legislature of British Columbia could ever have envisaged that Canada might be a target under the *Costs Recovery Act*. [para. 33]

[131] Imperial argues that the only way to achieve the object of the *CRA* is to allow the province to recover from all those who participated in the tobacco industry, including the federal government. I disagree. Holding the federal government accountable under the Act would defeat the legislature's intention of transferring the cost of medical treatment from taxpayers to the tobacco industry.

[L']élément déterminant de la cause d'action créée par la Loi demeure l'indemnisation des coûts engagés par le gouvernement de la Colombie-Britannique au titre des soins de santé, et non la correction des manquements aux obligations des fabricants de produits du tabac. La Loi fait de l'existence d'une violation d'une obligation une des diverses conditions préalables à l'établissement de la responsabilité du fabricant envers le gouvernement, mais ce n'est pas cette faute que vise la cause d'action créée par la Loi. [par. 40]

La législature cherchait à transférer la responsabilité des frais médicaux des contribuables provinciaux aux entreprises privées qui vendaient un produit nocif. Cet objectif serait gravement compromis si l'on recouvrerait simplement les fonds auprès du gouvernement fédéral, qui tire son revenu des mêmes contribuables.

[130] L'assujettissement du Canada à la *CRA* que font valoir les compagnies de tabac est particulièrement problématique compte tenu des rapports de longue date entre le gouvernement fédéral et les provinces en matière de financement des soins de santé. Depuis des décennies, le gouvernement fédéral verse aux provinces des paiements de transfert relatifs à la santé. Comme l'a mentionné le juge Hall :

[TRADUCTION] Si l'on interprétait la *Costs Recovery Act* comme permettant de qualifier le Canada de fabricant visé aux fins du recouvrement des coûts engagés par les provinces au titre des soins de santé, il serait possible pour la Colombie-Britannique d'exercer un recours pécuniaire direct contre le Canada en vue d'obtenir des fonds supplémentaires au titre des soins de santé. Étant donné ces accords fiscaux de longue date entre les gouvernements, je ne puis imaginer que la législature de la Colombie-Britannique ait pensé à quelque moment que ce soit à la possibilité que le Canada soit poursuivi en vertu de la *Costs Recovery Act*. [par. 33]

[131] Imperial soutient que le seul moyen de réaliser l'objet de la *CRA* est d'autoriser la province à recouvrer le coût des soins de santé auprès de tous les participants à l'industrie du tabac, dont le gouvernement fédéral. Je ne puis retenir cet argument. Si l'on tenait le gouvernement fédéral responsable en vertu de la *CRA*, cela contrecarrerait l'intention du législateur de transférer le coût des traitements médicaux des contribuables à l'industrie du tabac.

(d) *Summary*

[132] For the foregoing reasons, I conclude that it is plain and obvious that the federal government does not qualify as a manufacturer of tobacco products under the *CRA*. This pleading must therefore be struck.

(2) Could Canada Be Found Liable Under the Health Care Costs Recovery Act?

[133] The tobacco companies submit that if Canada is not liable under the *CRA*, it would be liable under the *HCCRA*, which creates a cause of action for the province to recover health care costs generally from wrongdoers (s. 8(1)). Canada submits that the *HCCRA* is inapplicable because it provides that the cause of action does not apply to cases that qualify as “tobacco related wrong[s]” under the *CRA* (s. 24(3)(b)). RBH and Philip Morris respond that a “tobacco related wrong” under the *CRA* may only be committed by a “manufacturer”. Consequently, if the *CRA* does not apply to Canada because it cannot qualify as a manufacturer, it is not open to Canada to argue that the more general *HCCRA* does not apply either.

[134] In my view, the tobacco companies cannot rely on the *HCCRA* in a *CRA* action for contribution. While it is true that Canada is incapable of committing a tobacco-related wrong itself if it is not a manufacturer, the underlying cause of action in this case is that it is the defendants who are alleged to have committed a tobacco-related wrong. The *HCCRA* specifies that it does not apply in cases “arising out of a tobacco related wrong as defined in the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*” (s. 24(3)(b)). This precludes contribution claims arising out of that Act.

d) *Résumé*

[132] Pour les motifs qui précèdent, j'estime qu'il est manifeste et évident que le gouvernement fédéral n'est pas un fabricant de produits du tabac au sens de la *CRA*. Cette allégation doit donc être radiée.

(2) Le Canada peut-il être tenu responsable en vertu de la *Health Care Costs Recovery Act*?

[133] Les compagnies de tabac affirment que si la responsabilité du Canada n'est pas engagée au titre de la *CRA*, elle le serait en vertu de la *HCCRA*, qui confère à la province un droit d'action pour recouvrer auprès de l'auteur d'une faute le coût des soins de santé dans la plupart des cas (par. 8(1)). Selon le Canada, la *HCCRA* est inapplicable parce qu'elle dispose que le droit d'action ne peut être exercé dans les cas de [TRADUCTION] « faute d'un fabricant » au sens de la *CRA* (al. 24(3)b)). RBH et Philip Morris rétorquent qu'une [TRADUCTION] « faute d'un fabricant » au sens de la *CRA* ne peut être commise que par un [TRADUCTION] « fabricant ». Par conséquent, si la *CRA* ne s'applique pas au Canada parce que ce dernier ne peut être un fabricant, il n'est pas loisible au Canada de faire valoir que la *HCCRA* — une loi plus générale — ne trouve pas application non plus.

[134] À mon avis, les compagnies de tabac ne peuvent s'appuyer sur la *HCCRA* dans le cadre d'une action intentée en vertu de la *CRA* pour obtenir une contribution. Certes, le Canada n'est pas en mesure de commettre lui-même une faute d'un fabricant s'il n'est pas un fabricant, mais la cause d'action sous-jacente en l'espèce est la faute d'un fabricant qu'auraient commise les défenderesses. Il est précisé dans la *HCCRA* que cette loi ne s'applique pas dans les affaires [TRADUCTION] « découlant d'une faute d'un fabricant au sens de la *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* » (al. 24(3)b)), ce qui fait obstacle aux demandes de contribution présentées en application de cette loi.

(3) Could Canada Be Liable for Contribution Under the *Negligence Act* if It Is Not Directly Liable to British Columbia?

[135] RBH and Philip Morris submit that even if Canada is not liable to British Columbia, it can still be held liable for contribution under the *Negligence Act*. They argue that direct liability to the plaintiff is not a requirement for being held liable in contribution.

[136] As noted above, I agree with Canada's submission that, following *Giffels*, a party can only be liable for contribution if it is also liable to the plaintiff directly.

[137] Accordingly, I would reject the argument that the *Negligence Act* in British Columbia allows recovery from a third party that could not be liable to the plaintiff.

(4) Could Canada Be Liable for Common Law Contribution?

[138] RBH and Philip Morris submit that if this Court rejects the contribution claim under the *Negligence Act*, it should allow a contribution claim under the common law. They rely on this Court's decisions in *Bow Valley* and *Blackwater v. Plint*, 2005 SCC 58, [2005] 3 S.C.R. 3, in which this Court recognized claims of contribution which were not permitted by statute.

[139] I would reject this argument. In my view, the cases cited by RBH and Philip Morris support common law contribution claims only if the third party is directly liable to the plaintiff. In *Bow Valley*, the Court recognized a limited right of contribution "between tortfeasors", and noted that the defendants were "jointly and severally liable to the plaintiff" (paras. 101 and 102). A similar point was made by this Court in *Blackwater* (*per McLachlin C.J.*), which stated that a "common law right of contribution between tortfeasors may exist" (para. 68

(3) Le Canada peut-il être tenu à une contribution en application de la *Negligence Act* s'il n'est pas directement responsable envers la Colombie-Britannique?

[135] RBH et Philip Morris affirment que, même si le Canada n'est pas responsable envers la Colombie-Britannique, il peut néanmoins être tenu à une contribution au titre de la *Negligence Act*. Elles font valoir que le défendeur n'a pas à être directement responsable envers le demandeur pour être condamné à verser une contribution.

[136] Comme je l'ai déjà mentionné, je souscris à l'argument du Canada que, depuis l'arrêt *Giffels*, une partie ne peut être condamnée à verser une contribution que si elle est aussi directement responsable envers le demandeur.

[137] Je suis donc d'avis de rejeter l'argument selon lequel la *Negligence Act* de la Colombie-Britannique permet de recouvrer des sommes d'argent auprès d'un tiers qui ne pouvait pas être responsable envers le demandeur.

(4) Le Canada peut-il être tenu en common law de verser une contribution?

[138] D'après RBH et Philip Morris, si notre Cour rejette la demande de contribution présentée en vertu de la *Negligence Act*, elle devrait faire droit à une telle demande en common law. Elles invoquent les arrêts *Bow Valley* et *Blackwater c. Plint*, 2005 CSC 58, [2005] 3 R.C.S. 3, où notre Cour a accueilli des demandes de contribution non permises par la loi.

[139] Je suis d'avis de rejeter cet argument. Les décisions citées par RBH et Philip Morris me semblent n'appuyer les demandes de contribution en common law que dans les cas où le tiers est directement responsable envers le demandeur. Dans *Bow Valley*, la Cour a reconnu un droit restreint à la contribution « entre coauteurs d'un délit », et a fait remarquer que les défenderesses étaient « solidiairement responsables envers la demanderesse » (par. 101 et 102). Notre Cour a fait une observation semblable dans *Blackwater* (la juge en chef

(emphasis added)). There is no support in our jurisprudence for allowing contribution claims in cases where the third party is not liable to the plaintiff.

G. *Liability Under the Trade Practice Act and the Business Practices and Consumer Protection Act*

[140] In the *Knight* case, Imperial alleges that Canada satisfies the definition of a “supplier” under the *Trade Practice Act* (“TPA”) and the *Business Practices and Consumer Protection Act* (“BPCPA”). The *TPA* was repealed and replaced by the *BPCPA* in 2004. Imperial argues that the Court of Appeal erred in striking its claim against Canada under these statutes.

[141] In my view, Canada could not qualify as a “supplier” under the Acts on the facts pled. Section 1 of the *TPA* defined “supplier” as follows:

1 . . .

“supplier” means a person, other than a consumer, who in the course of the person’s business solicits, offers, advertises or promotes the disposition or supply of the subject of a consumer transaction or who engages in, enforces or otherwise participates in a consumer transaction, whether or not privity of contract exists between that person and the consumer, and includes the successor to, and assignee of, any rights or obligations of the supplier.

Section 1(1) of the *BPCPA* defines “supplier” as follows:

1 (1) . . .

“supplier” means a person, whether in British Columbia or not, who in the course of business participates in a consumer transaction by

McLachlin), affirmant que, « en common law, les coauteurs d'un délit pouvaient se réclamer mutuellement une contribution » (par. 68 (je souligne)). Rien dans notre jurisprudence ne permet d'accueillir des demandes de contribution en l'absence de responsabilité du tiers envers le demandeur.

G. *Responsabilité en vertu de la Trade Practice Act et de la Business Practices and Consumer Protection Act*

[140] Dans l'*Affaire Knight*, Imperial prétend que le Canada répond aux définitions de « *supplier* » (« fournisseur ») qui figurent dans la *Trade Practice Act* (« *TPA* ») et la *Business Practices and Consumer Protection Act* (« *BPCPA* »). La *TPA* a été abrogée et remplacée par la *BPCPA* en 2004. Imperial fait valoir que la Cour d'appel a radié à tort la poursuite qu'elle avait intentée contre le Canada en vertu de ces lois.

[141] À mon avis, le Canada ne peut être un « *fournisseur* » au sens de ces deux lois compte tenu des faits allégués. L'article 1 de la *TPA* définissait ainsi le mot « *fournisseur* » :

[TRADUCTION]

1 . . .

« **fournisseur** » Une personne autre qu'un consommateur qui, dans le cours de ses affaires, sollicite, offre ou annonce l'aliénation ou la fournit de l'objet d'une opération commerciale ou se livre à des activités promotionnelles à cet égard, prend part à une opération commerciale, l'exécute ou y participe autrement, qu'il y ait ou non un lien contractuel entre cette personne et le consommateur. Sont également visés par la présente définition le successeur du fournisseur et le cessionnaire de ses droits et obligations.

Pour sa part, l'art. 1(1) de la *BPCPA* le définit ainsi :

[TRADUCTION]

1 (1) . . .

« **fournisseur** » Une personne, se trouvant en Colombie-Britannique ou ailleurs qui, dans le cours de ses affaires, prend part à une opération commerciale

- (a) supplying goods or services or real property to a consumer, or
- (b) soliciting, offering, advertising or promoting with respect to a transaction referred to in paragraph (a) of the definition of “consumer transaction”,

whether or not privity of contract exists between that person and the consumer, and includes the successor to, and assignee of, any rights or obligations of that person and, except in Parts 3 to 5 [*Rights of Assignees and Guarantors Respecting Consumer Credit; Consumer Contracts; Disclosure of the Cost of Consumer Credit*], includes a person who solicits a consumer for a contribution of money or other property by the consumer;

[142] The Court of Appeal unanimously held that neither definition could apply to Canada because its alleged actions were not undertaken “in the course of business”. The court held that the pleadings allege that Canada promoted the use of mild or light cigarettes, but only in order to reduce the health risks of smoking, not in the course of a business carried on for the purpose of earning a profit (*Knight* case, para. 35).

[143] Imperial submits that it is not necessary for Canada to have been motivated by profit to qualify as a “supplier” under the Acts, provided it researched, designed and manufactured a defective product. Canada responds that its alleged purpose of improving the health of Canadians shows that it was not acting in the course of business. This was not a case where a public authority was itself operating in the private market as a business, but rather a case where a public authority sought to regulate the industry by promoting a type of cigarette.

[144] I accept that Canada’s purpose for developing and promoting tobacco as described in the third-party notice suggests that it was not acting “in the course of business” or “in the course of the person’s business” as those phrases are used in

- a) soit en fournissant des biens ou des services à un consommateur,
- b) soit en sollicitant, en offrant ou en annonçant l’opération visée à l’alinéa a) de la définition d’« opération commerciale » ou en se livrant à des activités promotionnelles à cet égard,

qu’il y ait ou non un lien contractuel entre cette personne et le consommateur. Sont également visés par la présente définition le successeur de cette personne, le cessionnaire de ses droits et obligations et, sauf aux parties 3 à 5 [*Droits des cessionnaires et garants en matière de crédit au consommateur; Contrats de consommation; Communication du coût du crédit au consommateur*], la personne qui demande une somme d’argent ou un bien à un consommateur;

[142] La Cour d’appel a jugé à l’unanimité qu’aucune de ces définitions ne pouvait s’appliquer au Canada, parce que celui-ci n’a pas commis les actes qu’on lui reproche [TRADUCTION] « dans le cours de ses affaires ». Selon la Cour d’appel, il est allégué dans les actes de procédure que le Canada a encouragé la consommation de cigarettes douces et légères, mais uniquement dans le but de réduire les risques que présente l’usage du tabac pour la santé, et non dans le cadre d’une activité exercée en vue de réaliser un profit (l’*Affaire Knight*, par. 35).

[143] Imperial soutient que le Canada n’avait pas à être motivé par le profit pour être un « fournisseur » au sens des lois applicables, pourvu qu’il ait conçu et fabriqué un produit défectueux et fait des recherches à cet égard. Le Canada répond que son intention d’améliorer la santé des Canadiens et Canadiennes démontre qu’il n’agissait pas dans le cours de ses affaires. Il n’était pas question en l’espèce d’un organisme public exerçant les activités d’une entreprise du secteur privé, mais plutôt d’un organisme public qui cherche à réglementer l’industrie en faisant la promotion d’un type de cigarette.

[144] Je reconnais que le but recherché par le Canada lorsqu’il a développé et promu le tabac, comme l’indique l’avis de mise en cause, tend à indiquer que le Canada n’agissait pas [TRADUCTION] « dans le cours de ses affaires », dans le sens où

the *TPA* or the *BPCPA*, and therefore that Canada could not be a “supplier” under either of those statutes. The phrases “in the course of business” and “in the course of the person’s business” may have different meanings, depending of the context. On the one hand, they can be read as including all activities that an individual undertakes in his or her professional life: e.g., see discussion of the indicia of reasonable reliance above. On the other, they can be understood as limited to activities undertaken for a commercial purpose. In my view, the contexts in which the phrases are used in the *TPA* and the *BPCPA* support the latter interpretation. The definitions of “supplier” in both Acts refer to “consumer transaction[s]”, and contrast suppliers, who must have a commercial purpose, with consumers. It is plain and obvious from the facts pleaded that Canada did not promote the use of low-tar cigarettes for a commercial purpose, but for a health purpose. Canada is therefore not a supplier under the *TPA* or the *BPCPA*, and the contribution claim based on this ground and the *Negligence Act* should be struck.

[145] Having concluded that Canada is not liable under the *TPA* and the *BPCPA*, it is unnecessary to consider whether, if it were, Canada would be protected by Crown immunity.

H. *The Claim for Equitable Indemnity*

[146] RBH and Philip Morris submit that if the tobacco companies are found liable in the *Costs Recovery* case, Canada is liable for “equitable indemnity” on the facts pleaded. They submit that whenever a person requests or directs another person to do something that causes the other to incur liability, the requesting or directing person is liable to indemnify the other for its liability. Imperial adopts this argument in the *Knight* case.

cette expression est employée dans la *TPA* ou la *BPCPA*, et que le Canada ne peut donc être un « fournisseur » au sens de l’une ou l’autre de ces lois. L’expression [TRADUCTION] « dans le cours de ses affaires » peut avoir des significations différentes selon le contexte. D’une part, il est possible de considérer qu’elle englobe toutes les activités auxquelles se livre un particulier durant sa carrière professionnelle : voir notamment l’analyse ci-dessus des indices de confiance raisonnable. D’autre part, elle peut être interprétée comme visant seulement les activités exercées à une fin commerciale. J’estime que les contextes dans lesquels cette expression est employée dans la *TPA* et la *BPCPA* appuient la deuxième interprétation. Les définitions de [TRADUCTION] « fournisseur » figurant dans les deux lois renvoient à des [TRADUCTION] « opérations commerciales » et font la distinction entre les fournisseurs — qui poursuivent une fin commerciale — et les consommateurs. Il ressort de façon évidente et manifeste des faits allégués que le Canada a promu la consommation de cigarettes à faible teneur en goudron non pas à une fin commerciale, mais à une fin liée à la santé. Le Canada n’est donc pas un fournisseur au sens de la *TPA* ou de la *BPCPA*, et la demande de contribution fondée sur ce motif et sur la *Negligence Act* doit être radiée.

[145] Vu ma conclusion que la responsabilité du Canada n'est pas engagée en application de la *TPA* ou de la *BPCPA*, point n'est besoin de déterminer si le Canada serait, dans l'affirmative, protégé par l'immunité de l'État.

H. *La demande d'indemnité fondée sur l'equity*

[146] RBH et Philip Morris soutiennent que, si les compagnies de tabac sont tenues responsables dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, le Canada doit verser une [TRADUCTION] « indemnité en equity » compte tenu des faits allégués. Selon elles, chaque fois qu'une personne demande ou ordonne à une autre de faire quelque chose qui engage la responsabilité de cette dernière, la personne qui demande ou ordonne de faire cette chose est tenue d'indemniser l'autre pour sa responsabilité. C'est ce que fait valoir Imperial dans l'*Affaire Knight*.

[147] Equitable indemnity is a narrow doctrine, confined to situations of an express or implied understanding that a principal will indemnify its agent for acting on the directions given. As stated in *Parmley v. Parmley*, [1945] S.C.R. 635, claims of equitable indemnity “proceed upon the notion of a request which one person makes under circumstances from which the law implies that both parties understand that the person who acts upon the request is to be indemnified if he does so” (p. 648, quoting Bowen L.J. in *Birmingham and District Land Co. v. London and North Western Railway Co.* (1886), 34 Ch. D. 261, at p. 275).

[148] In my view, the Court of Appeal, *per* Hall J.A., correctly held that the tobacco companies could not establish this requirement of the claim:

[I]f the notional reasonable observer were asked whether or not Canada, in the interaction it had over many decades with the appellants, was undertaking to indemnify them from some future liability that might be incurred relating to their business, the observer would reply that this could not be a rational expectation, having regard to the relationship between the parties. Likewise, if Canada through its agents had been specifically asked or a suggestion had been made to its agents by representatives of the appellants that Canada might in future be liable for any such responsibility or incur such a liability, the answer would have been firmly in the negative. [*Costs Recovery case*, para. 57]

When Canada directed the tobacco industry about how it should conduct itself, it was doing so in its capacity as a government regulator that was concerned about the health of Canadians. Under such circumstances, it is unreasonable to infer that Canada was implicitly promising to indemnify the industry for acting on its request.

I. Procedural Considerations

[149] In the courts below, the tobacco companies argued that even if the claims for compensation against Canada are struck, Canada should

[147] La doctrine de l’indemnité fondée sur l’equity est une doctrine restreinte qui ne s’applique que dans les cas où le mandant s’engage expressément ou implicitement à indemniser son mandataire pour avoir agi conformément à ses directives. Comme le mentionne l’arrêt *Parmley c. Parmley*, [1945] R.C.S. 635, les demandes d’indemnité fondées sur l’equity [TRADUCTION] « reposent sur l’idée qu’une personne fait une demande dans des circonstances où la loi présume que les deux parties sont conscientes de l’obligation d’indemniser la personne donnant suite à la demande » (p. 648, citant le juge Bowen, *Birmingham and District Land Co. c. London and North Western Railway Co.* (1886), 34 Ch. D. 261, p. 275).

[148] À mon avis, le juge Hall de la Cour d’appel avait raison de conclure que les compagnies de tabac n’étaient pas en mesure d’établir cette condition de la demande :

[TRADUCTION] [S]i l’on demandait à l’observateur raisonnable hypothétique si, dans les rapports qu’il a entretenus pendant de nombreuses décennies avec les appétantes, le Canada s’était engagé à les indemniser pour une quelconque responsabilité ultérieure susceptible de découler de leurs activités, l’observateur répondrait que cette attente ne pourrait être rationnelle, eu égard à la relation entre les parties. De même, si les représentants des appétantes avaient demandé explicitement ou suggéré au Canada, par l’entremise de ses mandataires, d’indemniser les appétantes pour une telle responsabilité ou d’engager pareille responsabilité, le Canada aurait répondu fermement par la négative. [L’Affaire du recouvrement des coûts, par. 57]

Lorsque le Canada a donné à l’industrie du tabac des directives sur la manière dont elle devrait se comporter, il le faisait à titre d’autorité de réglementation du gouvernement qui se souciait de la santé des Canadiens et des Canadiennes. Dans ces circonstances, il est déraisonnable de déduire que le Canada avait promis implicitement d’indemniser l’industrie pour avoir donné suite à sa demande.

I. Considérations d’ordre procédural

[149] Les compagnies de tabac ont fait valoir devant les juridictions inférieures que, même si les demandes d’indemnisation présentées à l’encontre

remain a third party in the litigation for procedural reasons. The tobacco companies argued that their ability to mount defences against British Columbia in the *Costs Recovery* case and the class members in the *Knight* case would be severely prejudiced if Canada was no longer a third party. This argument was rejected in chambers by both Wedge J. and Satanove J. The majority of the Court of Appeal found it unnecessary to consider the question, while Hall J.A. would have affirmed the holdings of the chambers judges.

[150] The tobacco companies did not pursue this issue on appeal. I would affirm the findings of Wedge J., Satanove J. and Hall J.A. and strike the claims for declaratory relief.

V. Conclusion

[151] I conclude that it is plain and obvious that the tobacco companies' claims against Canada have no reasonable chance of success, and should be struck out. Canada's appeals in the *Costs Recovery* case and the *Knight* case are allowed, and the cross-appeals are dismissed. Costs are awarded throughout against Imperial in the *Knight* case, and against the tobacco companies in the *Costs Recovery* case. No costs are awarded against or in favour of British Columbia in the *Costs Recovery* case.

Appeals allowed and cross-appeals dismissed with costs.

Solicitor for the appellants/respondents on cross-appeal (33559-33563): Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Imperial Tobacco Canada Limited (33559):

du Canada étaient radiées, la mise en cause du Canada devrait se poursuivre en l'espèce pour des motifs d'ordre procédural. Toujours selon les compagnies de tabac, leur capacité de se défendre contre la Colombie-Britannique dans l'*Affaire du recouvrement des coûts* ainsi que contre le groupe dans l'*Affaire Knight* serait gravement compromise si la mise en cause du Canada prenait fin. Les juges Wedge et Satanove, qui siégeaient en cabinet, ont toutes deux rejeté cet argument. La Cour d'appel a conclu à la majorité qu'il était inutile d'examiner la question, alors que le juge Hall était d'avis de confirmer les conclusions des juges siégeant en cabinet.

[150] Les compagnies de tabac n'ont pas débattu cette question dans le pourvoi. Je suis d'avis de confirmer les conclusions des juges Wedge, Satanove et Hall, et de radier les demandes de jugement déclaratoire.

V. Conclusion

[151] Je conclus qu'il est manifeste et évident que les allégations des compagnies de tabac visant le Canada n'ont aucune possibilité raisonnable d'être retenues et doivent être radiées. Les appels interjetés par le Canada dans l'*Affaire du recouvrement des coûts* et l'*Affaire Knight* sont accueillis, et les appels incidents sont rejettés. Imperial est condamnée aux dépens devant toutes les cours dans l'*Affaire Knight*, et les compagnies de tabac sont condamnées aux dépens devant toutes les cours dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*. Aucuns dépens ne sont adjugés contre la Colombie-Britannique ou en faveur de celle-ci dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*.

Pourvois accueillis et pourvois incidents rejettés avec dépens.

Procureur des appellants/intimés au pourvoi incident (33559-33563) : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada Limitée

Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen in Right of British Columbia (33563): Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Imperial Tobacco Canada Limited (33563): Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Rothmans, Benson & Hedges Inc. and Rothmans Inc. (33563): Affleck Hira Burgoyne, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company and R.J. Reynolds Tobacco International Inc. (33563): Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal B.A.T. Industries p.l.c. and British American Tobacco (Investments) Limited (33563): Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Carreras Rothmans Limited (33563): Harper Grey, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Philip Morris U.S.A. Inc. (33563): Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Philip Morris International Inc. (33563): McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitor for the intervenor the Attorney General of Ontario (33559-33563): Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervenor Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick (33563): Bennett Jones, Toronto.

(33559) : Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (33563) : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada Limitée (33563) : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident Rothmans, Benson & Hedges Inc. et Rothmans Inc. (33563) : Affleck Hira Burgoyne, Vancouver.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company et R.J. Reynolds Tobacco International Inc. (33563) : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident B.A.T. Industries p.l.c. et British American Tobacco (Investments) Limited (33563) : Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident Carreras Rothmans Limited (33563) : Harper Grey, Vancouver.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident Philip Morris U.S.A. Inc. (33563) : Davis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident Philip Morris International Inc. (33563) : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario (33559-33563) : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick (33563) : Bennett Jones, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia (33559-33563): Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique (33559-33563) : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.