

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** R. *c.* Imperial Tobacco Canada Ltée, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45 | **Date :** 20110729**Dossier :** 33559, 33563 |

**Entre :**

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada**

Appelante / Intimée au pourvoi incident

et

**Imperial Tobacco Canada Limitée**

Intimée / Appelante au pourvoi incident

- et -

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

Intervenants

**Et entre :**

**Procureur général du Canada**

Appelant / Intimé au pourvoi incident

et

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

Intimée

**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

**Traduction française officielle**

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

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**(par. 1 à 151) | La juge en chef McLachlin (avec l’accord des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell) |

R. *c.* Imperial Tobacco Canada Ltée, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45

**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*

**Répertorié : R. *c.* Imperial Tobacco Canada Ltée**

**2011 CSC 42**

Nos 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 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 prétendue 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 prétendue 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.

 *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 fumeursdoivent 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 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 fieraient aux déclarations et que cette confiance serait raisonnable dans les circonstances alléguées.

 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 allégation 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 allégation. Bien que le délit 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 prétendu lien 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 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.

**Jurisprudence**

 **Arrêts appliqués :** *Succession Odhavji 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.

**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 (4e 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*, 5e 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 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* et *Angela M. Juba*, pour l’intimée/appelante au pourvoi incident Philip Morris International Inc. (33563).

 *Malliha 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** |
|  Paragraphe |
| [I. Introduction](#_Toc314735105) 1[II. Demandes initiales et historique judiciaire](#_Toc314735106) 6[A. *L’Affaire Knight*](#_Toc314735107) 6[B. *L’Affaire du recouvrement des coûts*](#_Toc314735108) 11[III. Questions en litige](#_Toc314735109) 15[IV. Analyse](#_Toc314735110) 17[A. *Le critère applicable à la radiation d’une demande*](#_Toc314735111) 17[B. *Les prétendues obligations de diligence du Canada envers les fumeurs dans l’Affaire du recouvrement des coûts*](#_Toc314735112) 27[C. *Les demandes fondées sur des déclarations inexactes faites par négligence*](#_Toc314735113) 32[(1) Première étape de l’analyse : le lien de proximité et la prévisibilité](#_Toc314735114) 40[(2) Deuxième étape de l’analyse : considérations de politique générale opposées](#_Toc314735115) 61[a) *Décisions de politique générale du gouvernement*](#_Toc314735116) 63[(i) La conduite en cause](#_Toc314735117) 67[(ii) La pertinence de la preuve](#_Toc314735118) 68[(iii) Les décisions de politique générale soustraites au contrôle judiciaire](#_Toc314735119) 72[(iv) Conclusion sur l’argument relatif à la politique générale](#_Toc314735120) 92[b) *Responsabilité indéterminée*](#_Toc314735121) 97[c) *Résumé quant aux arguments de politique générale soulevés à la deuxième étape de l’analyse*](#_Toc314735122) 102[D. *Le défaut de mise en garde*](#_Toc314735123) 103[(1) L’allégation relative à l’étiquetage](#_Toc314735124) 104[(2) Le défaut de mettre Imperial en garde contre les dangers pour la santé](#_Toc314735125) 106[E. *La conception négligente*](#_Toc314735126) 110[(1) Obligation de diligence *prima facie*](#_Toc314735127) 112[(2) Considérations de politique générale soulevées à la deuxième étape de l’analyse](#_Toc314735128) 116[F. *Les allégations directes faites en vertu des lois sur le recouvrement des coûts*](#_Toc314735129) 117[(1) Le Canada peut‑il être un fabricant au sens de la *Tobacco Damages and Health Care* *Costs Recovery Act*?](#_Toc314735130) 121[a) *Le texte de la loi*](#_Toc314735131) 122[b) *L’intention du législateur*](#_Toc314735132) 127[c) *Le contexte plus général*](#_Toc314735133) 129[d) *Résumé*](#_Toc314735134) 132[(2) Le Canada peut‑il être tenu responsable en vertu de la *Health Care Costs Recovery Act*?](#_Toc314735135) 133[(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?](#_Toc314735136) 135[(4) Le Canada peut‑il être tenu en common law de verser une contribution?](#_Toc314735137) 138[G. *Responsabilité en vertu de la Trade Practice Act et de la Business Practices and Consumer Protection Act*](#_Toc314735138) 140[H. *La demande d’indemnité fondée sur l’equity*](#_Toc314735139) 146[I. *Considérations d’ordre procédural*](#_Toc314735140) 149[V. Conclusion](#_Toc314735141) 151 |

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 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 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*

1. 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.
2. 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.
3. 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).
4. 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 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*.

1. 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 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*

1. 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.
2. 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.
3. 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 [traduction] « 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.

1. 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 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

1. 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.
2. 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. 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. Analyse

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

1. 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 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 Odhavji*; *Hunt*; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.
2. 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.
3. 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.
4. 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 plaideurs 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.
5. 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 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.
6. 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.
7. 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.
8. 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.
9. 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 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.
10. C’est en tenant compte de ce cadre que j’entame 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*

1. 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.
2. 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 surla 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.
3. 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 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.]

1. 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.
2. 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*

1. 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 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.
2. Le Canada demande la radiation des demandes parce qu’il n’existe aucune possibilité raisonnable qu’elles soient accueillies.
3. 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.
4. 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.
5. Imperial et les autres compagnies de tabac prétendent que, vu les faits allégués contre le Canada, les paramètres définis du délit de 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).
6. 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.
7. 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. 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 appliqué de façon constante par la Cour, notamment dans l’arrêt *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79,[2001] 3 R.C.S. 537.
8. 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

1. 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 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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.
5. 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 *Fullowka c. Pinkerton’s of Canada Ltd*.,2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132, par. 39).
6. 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 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.
7. 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.
8. 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’écarter l’obligation de diligence *prima facie* à la deuxième étape de l’analyse.
9. 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 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.
10. 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 découler des lois applicables : *Cooper*, par. 43.
11. 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 (4e 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.
12. 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.
13. 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.
14. 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 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.
15. 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 étayant la conclusion que la confiance accordée était raisonnable dans les circonstances alléguées.
16. 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 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.
17. 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] « [l]e 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).
18. 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 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).
19. 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).
20. 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.
21. 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 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

1. 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).
2. 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*

1. Le Canada prétend qu’il avait pour politique générale d’encourager les fumeurs à consommer 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 politiquedevraient 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).
2. 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.
3. 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 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 sous-tendaient l’ensemble des diverses activités susmentionnées entreprises par les ministères fédéraux. [par. 100]

1. Pour régler la question de savoir si la nature censément « politique » de la conduite du Canada a pour effet d’écarter 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

1. 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

1. 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 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.
2. 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.
3. 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 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.
4. 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

1. La question de savoir en quoi consiste une décision de politique générale qui écarte généralement toute responsabilité pour négligence est une question épineuse 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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).
5. 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 responsabilité civile délictuelle » : *Just*, p. 1239*.* La difficulté, encore une fois, consiste à formuler un critère juridique équitable et utile.
6. 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.
7. 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.
8. 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 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.
9. 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 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.
10. 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).

1. 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 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).
2. 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 ».
3. 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.
4. 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.
5. 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.
6. 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 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.
7. 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.
8. 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 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.
9. 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.
10. 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 sur l’argument relatif à la politique générale

1. 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.
2. 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 éponger une partie de leurs pertes.
3. 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.
4. 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 » 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.
5. 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*

1. 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.
2. Les compagnies de tabac répondent que la responsabilité à laquelle s’expose le Canada est 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.
3. 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 d’aucun moyen pour les contrôler » (par. 54). Cette affirmation constituait une remarque incidente, mais il s’agit d’un argument convaincant.
4. 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.
5. 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 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*

1. 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*

1. 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

1. 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 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.
2. 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

1. 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.
2. 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 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.
3. 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).

1. 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*

1. Les compagnies de tabac ont soulevé à l’encontre du Canada deux types d’allégations 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.
2. 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*

1. 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.
2. 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 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]

1. 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.
2. 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

1. 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 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*

1. 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).
2. 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 :

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*.

1. Le Canada dit ne pas être un fabricant au sens de la *CRA*. Subsidiairement, il affirme être soustrait à l’application de cette loi provinciale en vertu de la common law et, sinon, en vertu de la Constitution.
2. Pour les motifs exposés ci‑après, je conclus que le Canada n’est pas un fabricant au sens de la *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*?

1. 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*

1. 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.
2. Les compagnies de tabac répondent que la définition du mot « *manufacturer* » (« 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).
3. 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.
4. 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 défenderesses 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.
5. J’estime que, interprété dans son ensemble, le texte de la *CRA* n’étaye pas la thèse selon laquelle le Canada est un « fabricant » au sens de cette loi.

b) *L’intention du législateur*

1. 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. 20,4e sess., 36e lég., 7 juin 2000, p. 16314). Il est évident et manifeste que le gouvernement du Canada n’appartient pas à cette catégorie.
2. 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*

1. 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:

 [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 recouvrait simplement les fonds auprès du gouvernement fédéral, qui tire son revenu des mêmes contribuables.

1. 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]

1. 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) *Résumé*

1. 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*?

1. 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.
2. 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) 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?

1. 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.
2. 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.
3. 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?

1. 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.
2. 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 « solidairement responsables envers la demanderesse » (par. 101 et 102). Notre Cour a fait une observation semblable dans *Blackwater* (la juge en chef 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*

1. 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.
2. 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 fourniture 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) 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;

1. La Cour d’appel a jugé à l’unanimité qu’aucune de ces définitions ne pouvaient 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).
2. 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.
3. 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 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*, etla demande de contribution fondée sur ce motif et sur la *Negligence Act* doit être radiée.
4. 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*

1. 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*.
2. 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.
3. 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 appelantes, 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 appelantes avaient demandé explicitement ou suggéré au Canada, par l’entremise de ses mandataires, d’indemniser les appelantes 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*

1. Les compagnies de tabac ont fait valoir devant les juridictions inférieures que, même si les demandes d’indemnisation présentées à l’encontre 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.
2. 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

1. 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 rejetés. 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 rejetés avec dépens.*

 *Procureur des appelants/intimés au pourvoi incident (33559‑33563) : Procureur général du Canada, Ottawa.*

 *Procureurs de l’intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada Limitée (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.*

 *Procureur de l’intervenant le procureur général de la Colombie‑Britannique (33559‑33563) : Procureur général de la Colombie‑Britannique, Victoria.*