

T-1416-88

T-1416-88

**Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Plaintiff)****Rothmans, Benson & Hedges Inc. (demanderesse)**

v.

c.

**Attorney General of Canada (Defendant)****a Procureur général du Canada (défendeur)****INDEXED AS: ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Rouleau J.—Toronto, April 7; Ottawa, May 19, 1989.

**b** Section de première instance, juge Rouleau—Toronto, 7 avril; Ottawa, 19 mai 1989.

*Practice — Parties — Intervention — Institute of Canadian Advertising (ICA) seeking to intervene in action attacking constitutionality of legislation prohibiting advertising of tobacco products in Canada — ICA speaking for Canadian advertising industry in response to legislative and regulatory measures appearing to threaten industry's independence and freedom to advertise — Necessary to look to provincial practice and procedure as no Federal Court Rule expressly permitting intervention — Ontario Rule permitting nonparty to intervene where interest in subject-matter or outcome — Application dismissed — ICA not meeting criteria established by case law — Direct financial interest in outcome of main action insufficient alone to justify intervention — Plaintiff's allegation legislation contravening freedom of expression basically same as ICA's argument — Applicant's views adequately represented by plaintiff — Interests of justice not better served by allowing intervention as no evidence ICA privy to information not accessible to parties.*

*Pratique — Parties — Intervention — Demande d'intervention de l'Institut de la publicité canadienne (IPC) dans une action attaquant la constitutionnalité de la loi interdisant la publicité des produits du tabac au Canada — L'IPC représente l'industrie de la publicité au Canada en réponse aux mesures législatives et réglementaires qui menacent l'indépendance et la liberté de publicité de l'industrie — Nécessité d'examiner la procédure et la pratique provinciales puisqu'il n'existe aucune règle de la Cour fédérale permettant expressément l'intervention — Règle ontarienne permettant à une personne qui n'est pas partie à l'instance d'intervenir lorsqu'elle a un intérêt dans l'objet ou l'issue du litige — Demande rejetée — L'IPC ne répond pas aux critères établis par la jurisprudence — L'existence d'un intérêt financier direct dans l'issue de l'action principale ne suffit pas en soi pour justifier l'intervention — La prétention de la demanderesse que la Loi contrevient à la liberté d'expression est essentiellement la même que l'argument de l'IPC — Les opinions de la requérante sont correctement défendues par la demanderesse — Les intérêts de la justice ne seront pas mieux servis si on permet l'intervention puisqu'il n'existe aucune preuve que l'IPC détient des renseignements qui ne sont pas accessibles aux parties.*

**STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED****LOIS ET RÈGLEMENTS**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 2(b), 15(1).*  
*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 1010, 1101.*  
*Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, R. 13.01(1),(2) (as am. by O. Reg. 221/86, s. 1).*  
*Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, R. 18.*  
*Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20.*

*Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 2b), 15(1).*  
*Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, chap. 20.*  
*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 1010, 1101.*  
*Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, Règle 18.*  
*Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, Règle 13.01(1),(2) (mod. par O. Reg. 221/86, art. 1).*

**COUNSEL:****i AVOCATS:**

*Edward P. Belobaba* for plaintiff.  
*Claude R. Thomson, Q.C.* and *Robert W. Staley* for proposed intervenor.

*Edward P. Belobaba* pour la demanderesse.  
*Claude R. Thomson, c.r.* et *Robert W. Staley* pour l'intervenant proposé.  
*Robert W. Staley* pour l'Institut de la publicité canadienne.  
*Paul J. Evraire, c.r.* pour le défendeur.

*Paul J. Evraire, Q.C.* for defendant.

**j**

*Duncan McDuff* agent for Canadian Cancer Society.

*Duncan McDuff* représentant pour la Société canadienne du cancer.

## SOLICITORS:

*Gowling & Henderson*, Toronto, for plaintiff.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

ROULEAU J.: This is an application brought by the Institute of Canadian Advertising ("ICA") seeking an order allowing it to participate or intervene in the action. The issue relates to an attack by the plaintiff on the constitutional validity of the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 which prohibits the advertising of tobacco products in Canada.

The plaintiff Rothmans, Benson & Hedges Inc. ("Rothmans") has challenged the constitutional validity of the Act on the basis that it is *ultra vires* and offends paragraph 2(b) and subsection 15(1) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)]. Rothmans also asserts that the legislation cannot be upheld under section 1 of the Charter. It seeks to establish the right to advertise its product based principally upon the theory that its advertising does not promote more tobacco consumption, but rather encourages existing tobacco consumers to choose between competing tobacco manufacturers.

The ICA, the applicant in this motion, is Canada's national association representing full-service advertising agencies. The institute is made up of sixty-two member agencies who contribute annually for its maintenance. As part of its activities, it has been an active spokesperson on behalf of the Canadian advertising industry in response to various legislative and regulatory measures which appear to threaten the industry's independence and freedom to advertise. The ICA has been involved in the public debate concerning advertising restrictions on such products as beer, alcohol, lotteries, feminine hygiene products, toys and tobacco, and

## PROCUREURS:

*Gowling & Henderson*, Toronto, pour l'appelante.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE ROULEAU: La Cour est saisie d'une demande présentée par l'Institut de la publicité canadienne (IPC) en vue d'obtenir une ordonnance l'autorisant à intervenir dans l'action. La demanderesse conteste la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, chap. 20, qui interdit la publicité en faveur des produits du tabac au Canada.

La demanderesse est la firme Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Rothmans). Elle conteste la constitutionnalité de la Loi, qu'elle considère *ultra vires* et contraire à l'alinéa 2b) et au paragraphe 15(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)]. Elle prétend aussi que la Loi n'est pas sauvée par l'article premier de la Charte. Elle cherche à établir que le droit d'annoncer les produits qu'elle fabrique repose principalement sur la théorie voulant que cette publicité ne favorise pas la consommation accrue de produits du tabac, mais encourage plutôt ceux qui en font usage à faire un choix entre des fabricants de tabac en situation de concurrence.

L'IPC, qui est le requérant en l'espèce, est une association nationale qui représente des agences de publicité offrant toute une gamme de services. Il est composé de 62 membres dont les cotisations annuelles en assurent le fonctionnement. Dans le cadre de ses activités, il défend activement l'industrie canadienne de la publicité contre les mesures législatives et réglementaires qui semblent menacer l'indépendance et la liberté d'action de ce secteur d'activité. L'IPC est intervenu dans les débats publics auxquels ont donné lieu les restrictions publicitaires qui ont frappé des produits comme la bière, l'alcool, les loteries, les produits

has made representations to governments and government agencies in support of its mandate.

It is the applicant's contention that the Court should allow it to intervene in order to voice its concerns about the constitutional validity of the *Tobacco Products Control Act* and the effect of this legislation on commercial free speech and the right to advertise lawful products. The ICA maintains that it is important and useful for it to participate as an intervenor in support of the legitimate role of advertising in society. According to the applicant the Rothmans' statement of claim suggests that its arguments based upon paragraph 2(b) and subsection 15(1) of the Charter are relatively narrow in focus and may not take into account the broader concerns raised by the Act regarding the regulation of commercial advertising. The institute maintains that the Act has a direct financial impact on ICA members retained by the tobacco industry and this indirectly affects the ICA's finances by reducing membership revenue received from these agencies.

The applicant contends that it has satisfied the criteria applied by the courts in intervention applications. The institute and its members are directly affected by the outcome of the actions; the ICA's position is different in some respects from that of Rothmans and permitting it to argue its position would enable the Court to more fully consider the constitutionality of the *Tobacco Products Control Act*; that the important matters in issue in this action and their broad ramifications suggest that a party with an interest in commercial free speech should be permitted to intervene.

Finally, the applicant argues that the courts have recognized in Charter cases that the principles normally applied in intervention motions need not be strictly adhered to and other considerations may apply. The ICA argues that it is well placed to assist the Court in considering the full range of arguments applicable to the constitutionality of the *Tobacco Products Control Act* and since the

d'hygiène féminine, les jouets et les produits du tabac, et il a fait des démarches auprès de gouvernements et d'organismes gouvernementaux dans le cadre de l'exécution de son mandat.

<sup>a</sup> Le requérant fait valoir que la Cour doit l'autoriser à intervenir dans l'action pour qu'il puisse se faire entendre au sujet de la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac* et des répercussions de cette Loi sur la liberté d'expression commerciale et le droit d'annoncer des produits licites. L'IPC soutient qu'il est important et utile de lui permettre d'intervenir dans l'action pour défendre le rôle légitime que joue la publicité dans la société. Selon lui, les arguments fondés sur l'alinéa 2b) et le paragraphe 15(1) de la Charte que Rothmans invoque dans sa déclaration auraient une portée assez resreinte et pourraient ne pas tenir compte des questions plus générales que soulève la Loi au sujet de la réglementation de la publicité commerciale. L'IPC soutient que la Loi a des conséquences financières directes sur ceux de ses membres dont les services sont retenus par les fabricants de produits du tabac et a, par ricochet, des conséquences sur sa propre situation financière car elle provoque une baisse du revenu provenant des cotisations que ces membres lui versent.

<sup>f</sup> Le requérant plaide qu'il satisfait aux critères appliqués par les tribunaux lorsqu'ils sont saisis d'une demande d'intervention: l'Institut et ses membres sont directement touchés par l'issue du litige; la position de l'IPC est différente, à certains égards, de celle de la demanderesse, et si la Cour lui permettait d'exposer son point de vue, celle-ci serait mieux placée pour examiner la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac*; et compte tenu des questions importantes qui sont en jeu dans cette affaire et de leurs nombreuses ramifications, il conviendrait d'autoriser une partie désireuse de défendre la liberté d'expression commerciale à intervenir.

<sup>i</sup> En dernier lieu, le requérant prétend que les tribunaux ont reconnu dans des causes portant sur la Charte qu'il n'était pas obligatoire de respecter à la lettre les principes qui s'appliquent normalement aux requêtes en intervention, et que d'autres facteurs pourraient entrer en ligne de compte. L'IPC soutient qu'il est bien placé pour aider la Cour à prendre en considération l'ensemble des

Court's ultimate decision in this regard will impact more than the immediate parties to the proceedings, the Court should allow intervention by the ICA.

The defendant argues against the ICA being allowed to intervene in the action on the ground that the ICA's application for intervention is premature for three reasons. First, the cross-examination of Mr. Keith McKerracher, President and Chief Executive Officer of the ICA, revealed that it proposes to wait and see if Rothmans' attack will be sufficiently broad or whether the ICA itself would need to expand on it. Second, while the ICA has "information" presently available to it, there is no clearly identifiable evidence that the ICA wishes to adduce any which may be different. Third, the defendant maintains that the ICA wishes to determine on an *ad hoc* basis what role it will play in the litigation.

It is the defendant's position that the ICA cannot satisfy the test set out in the jurisprudence which would justify allowing it to intervene nor has it demonstrated that the parties are unable to adequately address the issues before the Court.

Federal Court Rule [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] 1101 provides for interventions by various Attorneys General when constitutional questions are involved; Admiralty Rule 1010 allows intervention of persons interested in the *rem* or in the monies paid into Court where a ship is involved. There is, however, no specific provision in the *Federal Court Rules* providing for intervenors generally, such as Rule 18 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* [SOR/83-74].

However, Rule 5 of the *Federal Court Rules*, which is often referred to as the "gap" rule, provides that where any matter arising is not otherwise provided for by any provision in any Act of the Rules and Orders of the Court, the practice and procedure shall be determined by analogy either to other provisions of the Rules or to the practice and procedure in force for similar proceedings in the court of the province to which the subject matter most particularly relates. In this regard Rule 13.01(1) of the *Ontario Rules of Civil*

arguments relatifs à la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac* et que la Cour devrait l'autoriser à intervenir car la décision qu'elle rendra à ce sujet ne touchera pas uniquement les parties immédiates.

Le défendeur s'oppose à la demande d'intervention de l'IPC car il la considère prématurée pour trois raisons. Premièrement, le contre-interrogatoire du président et directeur général de l'IPC, M. Keith McKerracher, indique que celui-ci se propose d'attendre pour voir si les arguments de la demanderesse auront un caractère assez général ou s'il faudra qu'il élargisse le débat. Deuxièmement, même si l'IPC possède actuellement certains «renseignements», rien ne permet véritablement de croire qu'il compte soumettre des éléments de preuve différents. Troisièmement, le défendeur prétend que l'IPC souhaite définir de façon ponctuelle le rôle qu'il jouera dans le litige.

Selon le défendeur, l'IPC ne répond pas aux critères énoncés dans la jurisprudence et qui justifieraient qu'on l'autorise à intervenir, et il n'a pas établi que les parties sont incapables de débattre adéquatement les questions dont la Cour est saisie.

La Règle 1101 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] autorise les procureurs généraux à intervenir dans une action lorsqu'il s'agit de questions d'ordre constitutionnel. La Règle 1010 (Amirauté) permet l'intervention des personnes qui prétendent avoir un droit afférent à des biens ou à l'argent consigné à la Cour lorsqu'il s'agit d'un navire. Toutefois, les *Règles de la Cour fédérale* ne contiennent aucune disposition spécifique sur les interventions en général, qui s'apparenterait à la Règle 18 des *Règles de la Cour suprême du Canada* [DORS/83-74].

Quoi qu'il en soit, la Règle 5 des *Règles de la Cour fédérale*, souvent appelée règle des «lacunes» prévoit que lorsque se pose une question non autrement visée par une disposition d'une loi du Parlement du Canada ni par une règle ou ordonnance générale de la Cour, celle-ci détermine la pratique et la procédure à suivre pour cette question par analogie avec les autres dispositions des *Règles* ou avec la pratique et la procédure en vigueur pour des procédures semblables devant les tribunaux de la province à laquelle se rapporte plus particulière-

*Procedure*, O. Reg. 560/84 as amended [by O. Reg. 221/86, s. 1], permits the Court to grant leave to a nonparty to intervene in a proceeding on the ground that it has an interest in the subject-matter of the proceeding or its outcome. That rule provides as follows:

**13.01** (1) Where a person who is not a party to a proceeding claims,

- (a) an interest in the subject matter of the proceeding;
- (b) that he or she may be adversely affected by a judgment in the proceedings; or
- (c) that there exists between him or her and one or more of the parties to the proceeding a question of law or fact in common with one or more of the questions in issue in the proceeding,

the person may move for leave to intervene as an added party.

(2) On the motion, the court shall consider whether the intervention will unduly delay or prejudice the determination of the rights of the parties to the proceeding and the court may add the person as a party to the proceeding and may make such order as is just.

In addition to the gap rule, a number of criteria established by the jurisprudence must be taken into account in considering such a motion.

- (1) Is the proposed intervenor directly affected by the outcome of the trial?
- (2) Is the position of the proposed intervenor adequately defended by one of the parties to the case?
- (3) Are the interests of justice better served by the intervention of the proposed intervenor?
- (4) Can the Court hear and decide the cause on its merits without the intervention of the proposed intervenor?

In my view, the applicant in this case has not satisfied these criteria. The only criteria which it has satisfied is the first one; there seems little question that the ICA has a direct financial interest in the outcome of the main action. However, that is not sufficient in and of itself to justify permitting the ICA to intervene. I cannot see any position taken by the applicant which will not ultimately be argued by the plaintiff; the plaintiff is alleging the constitutional invalidity of the legislation because it interferes with the plaintiff's freedom of expression. In my opinion, this is basically the same argument being submitted by the ICA and I am satisfied that the applicant's views will be adequately represented by the plaintiff in the main action.

ment l'objet des procédures. À cet égard, la Règle 13.01(1) des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario, O. Reg. 560/84, dans sa forme modifiée [O. Reg. 221/86, art. 1], habilite les tribunaux à autoriser une personne qui n'est pas partie à l'instance à intervenir dans une action si elle a un intérêt dans ce qui fait l'objet de l'instance ou dans son issue. Cette règle est libellée ainsi:

**13.01** (1) Une personne qui n'est pas partie à l'instance et qui prétend, selon le cas:

- a) avoir un intérêt dans ce qui fait l'objet de l'instance;
- b) qu'elle risque d'être lésée par le jugement;

c) qu'il existe entre elle et une ou plusieurs des parties à l'instance une question de droit ou de fait commune avec une ou plusieurs des questions en litige dans l'instance,

peut demander, par voie de motion, l'autorisation d'intervenir en qualité de partie jointe.

(2) Après avoir étudié si l'intervention risque de retarder indûment la décision sur les droits des parties à l'instance ou de lui nuire, le tribunal peut joindre l'auteur de la motion comme partie à l'instance et rendre une ordonnance juste en ce qui concerne les actes de procédure et l'enquête préalable.

Outre la règle des lacunes, il y a d'autres critères établis par la jurisprudence dont il faut tenir compte dans l'examen d'une telle requête.

- (1) La personne qui se propose d'intervenir est-elle directement touchée par l'issue du litige?
- (2) La position de cette personne est-elle défendue adéquatement par l'une des parties au litige?
- (3) L'intérêt de la justice serait-il mieux servi si l'intervention demandée est autorisée?
- (4) La Cour peut-elle entendre l'affaire et statuer sur le fond sans autoriser l'intervention?

À mon avis, le requérant ne répond à aucun de ces critères, sauf le premier; en effet, il semble ne pas faire de doute que l'IPC est directement intéressé sur le plan financier par l'issue du litige. Toutefois, cet intérêt n'est pas suffisant en soi pour que la Cour accède à sa demande. À mon avis, tout argument que le requérant pourrait faire valoir sera invoqué, en fin de compte, par la demanderesse; cette dernière prétend que la loi est inconstitutionnelle parce qu'elle brime sa liberté d'expression. Selon moi, c'est aussi ce que plaide l'IPC, et je suis convaincu que la demanderesse saura défendre adéquatement le point de vue du requérant dans l'action principale.

Furthermore, I am not convinced that the interests of justice will be better served by allowing the applicant to intervene. No evidence was presented at the hearing demonstrating that the ICA was privy to information which the plaintiff or the defendant could not access. It is my opinion that the Court will be able to hear and decide the case on its merits without the intervention of the ICA.

For the above reasons the applicant's motion is dismissed. Costs to the defendant.

D'autre part, je ne pense pas que l'intérêt de la justice sera mieux servi si le requérant est autorisé à intervenir. Rien de ce qui a été dit à l'audience n'établit que l'IPC possède des renseignements que ni la demanderesse ni le défendeur ne peuvent obtenir. J'estime que la Cour pourra entendre l'affaire et statuer sur le fond sans l'intervention de l'IPC.

Pour des raisons précitées, la requête en intervention du requérant est rejetée. Les dépens sont adjugés au défendeur.