



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services Branch

Direction des acquisitions et
des services bibliographiques

395 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0N4

395, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0N4

Your file *Votre référence*

Our file *Notre référence*

NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

AVIS

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.

Canada

LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS
ET LE DOMAINE CONSTITUTIONNEL DE L'EXPRESSION COMMERCIALE

CLAIRE SAINT-LOUIS MARCOUILLER

Thèse réalisée sous la supervision du professeur Daniel Proulx
et présentée à l'École des études supérieures et de
la recherche en vue de l'obtention de
la maîtrise en droit (L.L.M.)

Université d'Ottawa

30 DÉCEMBRE 1993



Claire Saint-Louis Marcouiller, Ottawa Canada, 1994



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services Branch

395 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0N4

Bibliothèque nationale
du Canada

Direction des acquisitions et
des services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0N4

Your file *Votre référence*

Our file *Notre référence*

THE AUTHOR HAS GRANTED AN
IRREVOCABLE NON-EXCLUSIVE
LICENCE ALLOWING THE NATIONAL
LIBRARY OF CANADA TO
REPRODUCE, LOAN, DISTRIBUTE OR
SELL COPIES OF HIS/HER THESIS BY
ANY MEANS AND IN ANY FORM OR
FORMAT, MAKING THIS THESIS
AVAILABLE TO INTERESTED
PERSONS.

L'AUTEUR A ACCORDE UNE LICENCE
IRREVOCABLE ET NON EXCLUSIVE
PERMETTANT A LA BIBLIOTHEQUE
NATIONALE DU CANADA DE
REPRODUIRE, PRETER, DISTRIBUER
OU VENDRE DES COPIES DE SA
THESE DE QUELQUE MANIERE ET
SOUS QUELQUE FORME QUE CE SOIT
POUR METTRE DES EXEMPLAIRES DE
CETTE THESE A LA DISPOSITION DES
PERSONNE INTERESSEES.

THE AUTHOR RETAINS OWNERSHIP
OF THE COPYRIGHT IN HIS/HER
THESIS. NEITHER THE THESIS NOR
SUBSTANTIAL EXTRACTS FROM IT
MAY BE PRINTED OR OTHERWISE
REPRODUCED WITHOUT HIS/HER
PERMISSION.

L'AUTEUR CONSERVE LA PROPRIETE
DU DROIT D'AUTEUR QUI PROTEGE
SA THESE. NI LA THESE NI DES
EXTRAITS SUBSTANTIELS DE CELLE-
CI NE DOIVENT ETRE IMPRIMES OU
AUTREMENT REPRODUITS SANS SON
AUTORISATION.

ISBN 0-612-00502-X

Canada



UNIVERSITÉ D'OTTAWA
UNIVERSITY OF OTTAWA

*À mon époux, Robert et à mes deux
enfants, Bobby et Valérie.*

REMERCIEMENTS

La rédaction de ce mémoire de maîtrise ne fut rendue possible que grâce au soutien et à la collaboration de plusieurs personnes dont aucune ne peut être passée sous silence.

Mes remerciements les plus sincères sont adressés à mon directeur de thèse, le professeur Daniel Proulx. N'eurent été sa disponibilité et ses commentaires judicieux, la réalisation de ce mémoire aurait été sérieusement compromise. Son professionnalisme et sa sensibilité aux droits de la personne ont orienté ma réflexion et continueront à me servir de balises intellectuelles.

Je suis de plus vivement reconnaissante envers Madame Ophélie Méza, bibliothécaire à la bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa. Son aide précieuse, son oreille attentive de même que son soutien moral furent grandement appréciés tout au long de mon travail de recherche et de rédaction.

Je tiens également à exprimer toute ma gratitude à mon époux et à mes deux enfants lesquels, depuis cinq longues années, ont accepté mon éloignement de même que le fait que l'étude des droits de la personne, en devenant l'élément central de ma vie, les reléguait au second plan.

Je voudrais finalement remercier d'une façon toute spéciale ma belle-mère, Madame Marie-Claire Gélina Marcouiller, sans laquelle mon chemin académique se serait arrêté bien avant la réalisation de ce mémoire.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	III	
RÉSUMÉ	VII	
INTRODUCTION	8	
CHAPITRE 1	Le domaine constitutionnel par l'analyse des valeurs justifiant la protection constitutionnelle de l'expression commerciale	20
Section 1	Une reconnaissance constitutionnelle difficile à acquérir	21
	1) L'expérience canadienne avant la <i>Charte</i> , un certain activisme judiciaire	21
	2) L'expérience américaine	37
Section 2	Les valeurs justificatives	53
	1) Les valeurs sociales: la démocratie et le libre marché des idées	55
	2) Les valeurs individualistes: le développement et l'épanouissement personnels	63
Section 3	L'expression commerciale et sa protection constitutionnelle par les valeurs justificatives	71
	1) L'arrêt <i>Ford</i> : l'expression commerciale et sa valeur personnaliste	73
	2) L'arrêt <i>Irwin Toy</i> : l'expression commerciale et sa valeur sociale	77

CHAPITRE 2	Le domaine constitutionnel par la délimitation de la sphère d'exercice de l'expression commerciale	85
Section 1	Le premier pôle analytique: la portée de l'expression commerciale	88
	1) Les critères d'inclusion	88
	2) Les critères d'exclusion	105
Section 2	Le second pôle analytique: la portée de la règle de droit litigieuse	112
	1) L'objet de la règle de droit	113
	2) L'effet de la règle de droit	118
CHAPITRE 3	Le domaine constitutionnel par la contextualisation dans le cadre de l'article premier	122
Section 1	L'objectif suffisamment important et la contextualisation des valeurs	129
	1) De la bipolarité à l'unipolarité de l'expression commerciale: une contextualisation des valeurs justificatives	130
	2) La recherche d'un équilibre: la contextualisation des valeurs concurrentes	134
Section 2	Le contrôle judiciaire de l'atteinte minimale et la contextualisation du groupe vulnérable	141
	1) La délimitation du groupe vulnérable par la preuve contradictoire	145
	2) La délimitation de la situation de vulnérabilité en relation avec l'objet de l'expression commerciale	154

CONCLUSION 163

BIBLIOGRAPHIE 166

LISTE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE 190

RÉSUMÉ

Le caractère fondamental de la liberté d'expression fut consacré par son enchâssement à l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'interprétation large et libérale de l'alinéa 2 b) fait en sorte que toute catégorie d'expression est constitutionnellement protégée.

La liberté d'expression commerciale, constituant dorénavant une catégorie d'expression bénéficiant d'une telle protection, l'auteure s'est alors intéressée à la délimitation de son domaine constitutionnel. Cette recherche de délimitation prendra ainsi l'aspect d'une démarche présentant trois phases différenciées: dans le cadre de l'alinéa 2 b), une délimitation par l'analyse des valeurs justifiant la liberté d'expression commerciale de même qu'une délimitation de la sphère d'exercice de cette catégorie d'expression et, en vertu de l'article premier, une délimitation par suite de l'approche contextuelle de cette forme de liberté.

L'auteure prétend donc, qu'en définitive, c'est lors de l'analyse effectuée dans le cadre de l'article premier que se précise effectivement le domaine constitutionnel de l'expression commerciale. Elle souligne ainsi, qu'en raison d'une approche contextuelle du caractère commercial de l'expression, autant lors de l'analyse de l'objectif de la règle de droit que lors de l'étude de l'atteinte minimale, le domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale s'en trouve fortement réduit.

INTRODUCTION

"Je désapprouve ce que vous dites mais je défendrai jusqu'à la mort votre droit de le dire."¹

Voltaire

Depuis plus d'un siècle, la liberté d'expression est considérée comme une liberté fondamentale au Canada. Traditionnellement, la liberté d'expression eut pour finalité de garantir le fonctionnement du système démocratique en "[...] assurant la possibilité d'un authentique débat [...]"² sur les questions touchant le gouvernement, le système démocratique. La liberté d'expression est ainsi une valeur profondément enracinée dans notre système démocratique³. En fait, il est difficile "[...] d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante

¹*Young v. American Mini Theaters*, 427 U.S. 50 (1976), par. 70 où le juge Stevens cite ce commentaire de Voltaire.

²JOSÉ WOEHLING, "La réglementation linguistique de l'affichage public et la liberté d'expression, *P. G. Québec c. Chaussures Brown's Inc.*", (1986-87) 32 *Rev. de Droit de McGill*, page 887.

³*Fraser c. Commission des relations de travail de la fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, pages 462 et 463, juge Dickson, ci-après l'arrêt *Fraser*. Le juge Dickson précise qu'il s'agit "[...] d'un principe de notre Constitution de *Common Law*, que nous avons hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*." Voir également: CLARE F. BECKTON, "La liberté d'expression" dans GÉRALD-A. BEAUDOIN et EDWARD RATUSHNY (sous la direction de), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson & Laflleur Ltée, 1989, page 225 où l'auteure mentionne également qu'avant 1982, la protection de l'expression politique était "[...] profondément ancrée dans les structures de la société canadienne."

que la liberté d'expression dans une société démocratique."⁴ Bien avant l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵, la Cour suprême du Canada avait d'ailleurs reconnu l'importance de la liberté d'expression dans notre société⁶. Cette liberté, comme d'ailleurs l'affirmait le juge Rand dans l'arrêt *Switzman c. Elbling*, est "[...] aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu."⁷ C'est ainsi que

⁴*Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, page 1336, juge Cory, ci-après l'arrêt *Edmonton Journal*. Voir également: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, pages 726 et 727, juge Dickson, ci-après l'arrêt *Keegstra*; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, pages 170 et 171, juge L'Heureux-Dubé, ci-après l'arrêt *Comité pour la République du Canada*.

⁵*Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *Loi de 1982 sur le Canada*, Annexe B, 1982, (R.-U.), c.11, reproduit dans *L.R.C. 1985*, app.11, no 44, ci-après la *Charte canadienne* ou la *Charte*.

⁶*Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, page 133, juge Duff où celui-ci précise: "[...] le droit de libre discussion des affaires publiques, malgré les difficultés qu'il peut causer à l'occasion, est au coeur même de nos institutions parlementaires."; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, page 288, juge Rand, ci-après l'arrêt *Boucher*; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, page 330, juge Rand, ci-après l'arrêt *Saumur*. Voir: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 573, page 583, juge McIntyre, ci-après l'arrêt *Dolphin Delivery*; *Keegstra*, *supra*, note 4, page 726, juge Dickson. Voir également: MARIE FINKELSTEIN, "Commercial expression" dans NEIL R. FINKELSTEIN et BRIAN MACLEOD ROGERS (ed. by), *Charter issues in civil cases*, Toronto, Carswell, 1988, pages 200 et 201; RICHARD MOON, "The scope of freedom expression", (1985) 23 *Osgoode Hall L. J.*, pages 333 à 335.

⁷*Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, page 306, juge Rand et page 326, juge Abbott, ci-après l'arrêt *Switzman*.

reconnaissant l'importance⁸ de la liberté d'expression en l'absence⁹ d'une *Charte des droits et libertés*, la Cour suprême octroya uniquement à la liberté d'expression politique, sur la base de la protection du système démocratique, une certaine reconnaissance constitutionnelle¹⁰.

⁸De nombreux arrêts ont fait état de l'importance de la liberté d'expression. C'est ainsi que la Cour suprême des États-Unis, sous la plume du juge Cardozo dans l'arrêt *Falko v. State of Connecticut*, 302 U.S. 319, 327 (1937), nous précise que la liberté d'expression est l'élément essentiel de presque toute autre forme de liberté: "[...] the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom." Voir également: *Dolphin Delivery*, *supra*, note 6, pages 585 et 586, juge McIntyre; *Edmonton Journal*, *supra*, note 4, pages 1336 et 1337, juge Cory; *Renvoi relatif au Code criminel (Man)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, page 1135, juge Dickson et page 1189, juge Lamer; *Keegstra*, *supra*, note 4, page 726, juge Dickson et pages 807 et 809, juge McLachlin; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, page 362, juge Estey.

⁹Il est intéressant de constater que même en présence d'un document constitutionnel protégeant les droits et libertés, des libertés peuvent être mises en doute. C'est ainsi qu'aux États-Unis, malgré les termes du *Bill of Rights*, lequel date de 1791, il y a eu des moments dans l'histoire constitutionnelle américaine où on s'est demandé si le droit de parole et la liberté de presse existaient vraiment. En 1798, plus de 7 ans après le *Bill of Rights*, le Congrès américain avait promulgué les "*Alien and Sedition Acts*", lesquels rendaient possible la condamnation et l'emprisonnement de ceux qui s'étaient exprimés contre le Président ou contre le parti au pouvoir. Voir sur ce sujet: EDWARD G. HUDON, "Expressions incitant à la violence: le droit américain, le droit canadien et l'affaire *Dupuis c. La Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal*", (1986) 17 R. G. D., page 523.

¹⁰*Canada (C.D.P.) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, page 951, juge McLachlin, ci-après l'arrêt *Taylor*. En fait, la juge McLachlin parle d'un statut quasi constitutionnel accordé à la liberté d'expression avant l'adoption de la *Charte canadienne*. Voir également: *Keegstra*, *supra*, note 4, page 806 où la juge McLachlin mentionne ce qui suit: "La liberté d'expression et la liberté de la presse avaient acquis un statut quasi constitutionnel bien avant l'adoption de la *Charte* en 1982." Cependant dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, *supra*, note 6, page 584, le juge McIntyre avait toutefois fait état du fait que la Cour suprême avait conféré un statut constitutionnel à la liberté de parole et d'expression. La notion de quasi constitutionnalité fera ultérieurement l'objet de commentaires spécifiques.

Le caractère fondamental de la liberté d'expression fut d'ailleurs consacré¹¹ par son enchâssement à l'alinéa 2 b)¹² de la *Charte canadienne*. L'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*, protège ainsi une liberté fondamentale, une liberté primaire et première¹³, la quintessence des libertés, celle de laquelle dérivent nombre de libertés¹⁴, l'essence même de notre société démocratique¹⁵. La liberté d'expression constitue en fait l'élément le plus important¹⁶ de notre *Constitution*. Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, le premier jugement de la Cour suprême traitant de l'alinéa 2 b) de la *Charte*, la Cour suprême réitéra l'importance de la liberté d'expression en spécifiant qu'elle repose sur le "[...] développement historique

¹¹*Taylor, supra*, note 10, page 951, juge McLachlin.

¹²Article 2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes: [...] b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de presse et des autres moyens de communication; [...].

¹³CLAUDE-ALBERT COLLIARD, *Libertés publiques*, 6e éd., Paris, Dalloz, 1982, page 400.

¹⁴*Ibid.* Voir: *R. v. Andrews et al*, [1988] 65 O.R. (2d) 161 (C.A.), page 167 où la juge Cory soulignait l'importance de la liberté d'expression en ces termes: "Freedom of thought is of limited value without the freedom to express that thought, to advocate the adoption of a new concept or the termination of an institution that has become outmoded or unfair. The exchange of ideas is vital to a democratic form of government and to its citizens. Without it democracy simply cannot survive." Voir également: *Edmonton Journal, supra*, note 4, pages 1336 et 1337, juge Cory; *Keegstra, supra*, note 4, pages 802 et 803, juge McLachlin: "[...], sans la liberté de commenter et de critiquer, d'autres droits et libertés fondamentaux pourraient être anéantis par l'État. Cet argument privilégie donc la liberté d'expression par rapport aux autres libertés."

¹⁵MORRIS MANNING, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery Ltd, 1983, page 204. Voir également: GRAHAM ZELICK, "The European Convention on Human Rights: Its Significance for Charter Litigation" dans ROBERT J. SHARPE (ed. by), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1987, page 104.

¹⁶MORRIS MANNING, *op. cit.*, note 15, page 204; CLARE F. BECKTON, "Freedom of Expression-Access to the Courts", (1983) 61 *Can. Bar Rev.*, page 104.

des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale."¹⁷. L'adoption de l'alinéa 2 b) représente à la fois la continuité de la tradition politique¹⁸ dans laquelle s'insère la *Charte* et les perspectives plus vastes de la liberté d'expression du fait de sa constitutionnalisation¹⁹.

C'est ainsi que dans l'arrêt *Ford c. Québec (P. G.)*²⁰, le premier jugement traitant de la liberté d'expression commerciale, la Cour suprême établit que la liberté d'expression

¹⁷*Dolphin Delivery, supra*, note 6, page 583, juge McIntyre.

¹⁸*R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295, pages 346 et 347, juge Dickson, ci-après l'arrêt *Big M Drug Mart*. Dans *Keegstra, supra*, note 4, page 765, le juge Dickson précise que l'idéal démocratique est un élément fondamental de la raison d'être de l'alinéa 2 b) de la *Charte*. Voir également: PATRICE GARANT, *Droit administratif, Les Chartes*, Vol. 3, 3e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1992, page 53.

¹⁹Dans *Dolphin Delivery, supra*, note 6, page 583, le juge McIntyre mentionne que la liberté d'expression est profondément enracinée dans notre société et qu'elle joue un rôle-clé dans l'évolution démocratique de celle-ci. Dans *Keegstra, supra*, note 4, page 810, la juge McLachlin précise que les justifications classiques ont un rôle limité dans l'interprétation de l'alinéa 2 b) mais qu'elle prendra un essor du fait de sa constitutionnalisation. Voir également: JOSÉ WOERLING, *loc. cit.*, note 2, page 888.

²⁰*Ford c. Québec (P. G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, pages 766 et 767, la Cour, ci-après l'arrêt *Ford*. Les juges Dickson, Beetz, McIntyre, Lamer et Wilson ont pris part à ce jugement. Les pages 754 à 767 ont trait spécifiquement à la liberté d'expression commerciale.

garantie par l'alinéa 2 b)²¹ de la *Charte canadienne*, doit recevoir une interprétation large et libérale. Par conséquent, la Cour précise qu'il n'existe aucune raison d'exclure la liberté d'expression commerciale de la garantie constitutionnelle de l'alinéa 2 b)²². En fait, l'expression politique ne constitue qu'une forme d'expression dans la grande "[...] diversité des types d'expressions [...]"²³ méritant une protection constitutionnelle. La liberté d'expression prit alors de l'expansion puisque sa portée fut élargie en faisant bénéficier une large gamme d'expressions²⁴ de cette garantie constitutionnelle. En effet, l'interprétation large et libérale de l'alinéa 2b) fit en sorte que le domaine constitutionnel de la liberté d'expression glissa du domaine politique vers celui incluant toute forme d'expression.

²¹Dans l'arrêt *Ford*, *supra*, note 20, page 748, la Cour suprême précise que les termes "liberté d'expression" employés à l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* de même qu'à l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec possèdent la même signification. Il s'ensuit indéniablement que les commentaires de la Cour, relatifs à l'expression commerciale, prévalent pour ces deux documents. En l'espèce, nous ne ferons référence qu'à l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*.

²²*Id.*, pages 766 et 767. Voir également: *Keegstra*, *supra*, note 4, page 807, juge McLachlin; *Comité pour la République du Canada*, *supra*, note 4, page 229 où la juge McLachlin s'exprime ainsi: "[...] j'estime que les droits garantis par la *Charte* ne sauraient être restreints à l'étendue des droits qui les ont précédés. Ainsi, la garantie de liberté d'expression peut avoir une portée plus grande que les droits de liberté de parole qui existaient avant l'adoption de la *Charte*."

²³*Ford*, *supra*, note 20, page 764, la Cour; *Keegstra*, *supra*, note 4, page 760, juge Dickson.

²⁴*Taylor*, *supra*, note 10, page 951, juge McLachlin. Voir également WAYNE A. MACKAY, "Freedom of expression: is it all just talk?", (1989) 68 *Can. Bar. Rev.*, page 714 où l'auteur mentionne que la liberté d'expression bien que n'étant pas une création de la *Charte* a acquis de nouvelles dimensions du fait de son enchaînement dans la *Constitution canadienne*.

La Cour suprême n'ayant d'ailleurs pas eu beaucoup de difficultés à reconnaître la constitutionnalité de l'expression commerciale²⁵, il sera dès lors fort intéressant de délimiter le domaine constitutionnel de cette catégorie d'expression.

C'est ainsi que, dans un premier temps, nous tenterons de circonscrire les valeurs justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale. En effet, la reconnaissance constitutionnelle de l'expression politique trouvant sa justification dans le maintien et la sauvegarde de notre système démocratique, il n'était pas évident que cette valeur puisse justifier la protection constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale ou tout autre type d'expression constitutionnellement protégée par l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*. La liberté d'expression ne visant à protéger que ce qui est relié au processus démocratique dans notre société, le domaine constitutionnel de la liberté d'expression ne permettait ainsi d'y inclure qu'une expression véhiculant un contenu politique²⁶.

S'inspirant de la jurisprudence américaine de même que de la pensée philosophique de certains théoriciens, la Cour suprême, dans les arrêts *Dolphin Delivery*, *Ford* et *Irwin Toy*, présenta alors diverses précisions relativement aux valeurs justifiant la protection constitutionnelle de toute forme d'expression incluse dans le domaine constitutionnel de l'alinéa 2 b) de la *Charte*.

²⁵Les principaux arrêts de la Cour suprême relatifs à l'expression commerciale sont les suivants: *Dolphin Delivery*, *supra*, note 6; *Ford*, *supra*, note 20; *Irwin Toy Ltd c. Québec (P. G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, ci-après l'arrêt *Irwin Toy*; *Rocket c. Collège Royal des chirurgiens dentistes*, [1990] 2 R.C.S. 232, ci-après l'arrêt *Rocket*.

²⁶*Keegstra*, *supra*, note 4, page 802, juge McLachlin.

La Cour suprême proposa ainsi trois valeurs²⁷ visant à justifier la protection constitutionnelle de toute catégorie d'expression: la valeur sociale du maintien du système démocratique, la valeur sociale du libre marché des idées et la valeur personnaliste de l'épanouissement personnel. Nombreux sont maintenant les arrêts de la Cour suprême²⁸ à avoir protégé la liberté d'expression sur la base de telles justifications. Cependant, appliquées à l'expression commerciale dans les arrêts *Dolphin Delivery*, *Ford* et *Irwin Toy*, nous allons déterminer que la valeur sociale de la démocratie moderne, telle que précisée dans les arrêts *Dolphin Delivery* et *Irwin Toy*, de même que la valeur personnaliste soulevée dans l'arrêt *Ford*, servent de base à la justification à la protection constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale. Ceci nous permettra de constater que le domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale est fort étendu puisqu'il comprend toute expression commerciale dont la valeur justificative est soit la démocratie moderne une valeur sociale, soit le développement et l'épanouissement de la personne, une valeur personnaliste.

²⁷Ces trois valeurs furent d'ailleurs confirmées dans de nombreux d'arrêts de la Cour suprême. Voir à cet effet: *Taylor*, *supra*, note 10, page 921, juge Dickson et page 952, juge McLachlin; *Keegstra*, *supra*, note 4, pages 762 à 766, juge Dickson et pages 802 à 806, juge McLachlin.

²⁸L'histoire constitutionnelle de la liberté d'expression en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* se retrouve entre autres dans les arrêts suivants: *Dolphin Delivery*, *supra*, note 6; *Ford*, *supra*, note 20; *Irwin Toy*, *supra*, note 25; *Edmonton Journal*, *supra*, note 4; *Renvoi relatif au Code criminel*, *supra*, note 8; *Rocket*, *supra*, note 25; *Keegstra*, *supra*, note 4; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, *supra*, note 4; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, ci-après l'arrêt *Osborne*; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, ci-après l'arrêt *Butler*; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, ci-après l'arrêt *Zundel*; *La corporation de la ville de Peterborough c. Kenneth Ramsden*, Cour suprême du Canada, No. 22787, 2 septembre 1993, ci-après l'arrêt *Ramsden*.

Passé cette première phase où le domaine constitutionnel de la liberté d'expression est délimité par les valeurs justificatives, nous allons, dans un deuxième temps, mettre en relief les considérations établies dans les arrêts *Ford* et *Irwin Toy*, lesquelles sont applicables²⁹ à la deuxième phase d'analyse ayant trait à la détermination de la sphère d'exercice de toute liberté d'expression constitutionnellement garantie par l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*. La Cour suprême a établi un schème d'analyse comportant deux pôles distincts³⁰. Le premier pôle a trait à l'analyse de la portée de l'expression. La Cour suprême y a circonscrit des critères d'inclusion et d'exclusion. Il fut ainsi déterminé que toute forme non violente d'expression, transmettant ou tentant de transmettre une signification, constitue une expression constitutionnellement protégée par l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*. Bien que délimitée par cette analyse plus restrictive, nous constaterons cependant que la liberté d'expression commerciale jouit tout de même, en vertu de l'alinéa 2 b), d'un vaste domaine constitutionnel puisque toute forme d'expression non violente, transmettant ou tentant de transmettre une signification, est constitutionnellement protégée.

Une fois que l'on a déterminé que nous sommes bien en présence d'une expression constitutionnellement protégée par l'alinéa 2 b), le second pôle analytique prend tout son

²⁹Ceci fut d'ailleurs confirmé dans les arrêts suivants: *Renvoi relatif au Code criminel*, *supra*, note 8, pages 1180 et 1181, juge Lamer; *Rocket*, *supra*, note 25, page 245, juge McLachlin; *Keegstra*, *supra*, note 4, pages 729 et 730, juge Dickson; *Comité pour la République du Canada*, *supra*, note 4, pages 186 et 187, juge L'Heureux-Dubé; *Taylor*, *supra*, note 10, pages 953 et 954, juge McLachlin; *Ramsden*, *supra*, note 28, pages 11, 12 et pages 21 et 22, juge Jacobucci.

³⁰La séparation de ces deux démarches analytiques fut établie dans les arrêts suivants: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, ci-après l'arrêt *Hunter*; *Big M Drug Mart*, *supra*, note 18; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, ci-après l'arrêt *Oakes*; *R. c. Edwards Books and Art Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 713, ci-après l'arrêt *Edwards Books*.

effet. Il faut dès lors se tourner vers la règle de droit litigieuse et chercher à déterminer si son objet vise à restreindre l'expression commerciale. Si tel est le cas, il y a violation d'une liberté constitutionnellement garantie et l'analyse de cette règle de droit doit se poursuivre dans le cadre de l'article premier. Si tel n'est point le cas cependant, il faut dès lors déterminer si l'effet de la règle litigieuse n'a pas pour effet de produire une telle violation. Il s'agit, pour la partie alléguant l'atteinte à la liberté d'expression commerciale, de démontrer que l'expression ainsi restreinte sert à étayer les principes et les valeurs sur lesquels repose la liberté d'expression. Lorsque une telle démonstration s'avère positive, l'analyse de la règle de droit litigieuse doit alors se poursuivre dans le cadre de l'article premier.

C'est ainsi que dans un troisième temps, dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne*, s'effectuera la dernière analyse permettant de délimiter le domaine constitutionnel de l'expression commerciale. L'article premier, en concédant le droit de lever des barrières restrictives raisonnables, suscitera lors de l'évaluation de l'objectif suffisamment important de la règle de droit contestée, la confrontation entre les valeurs sous-tendant la liberté d'expression commerciale et celles véhiculées par cette règle de droit. Dans le cadre de l'analyse de ces valeurs concurrentes, la Cour suprême précise cependant qu'il faut procéder en tenant compte du contexte³¹ du litige. La Cour préconise ainsi une approche contextuelle du litige par opposition à une approche abstraite.

³¹*Edmonton Journal*, *supra*, note 4, pages 1355 et 1356, juge Wilson; *Keegstra*, *supra*, note 4, page 767, juge Dickson; *Rocket*, *supra*, note 25, page 247, juge McLachlin; *Comité pour la République du Canada*, *supra*, note 4, pages 192 et 193, juge L'Heureux-Dubé; *Taylor*, *supra*, note 10, page 916, juge Dickson et page 968, juge McLachlin.

Le caractère commercial de l'expression, constituant un élément primordial d'une approche contextuelle de la liberté d'expression commerciale³², nous amènera à préciser que dans un tel contexte, la valeur véhiculée par la règle de droit visant la protection des consommateurs en tant que groupe vulnérable, s'oppose non à une valeur concurrente mais, à un intérêt, l'intérêt pécunier servant de justification à toute expression commerciale.

En définitive, l'analyse du critère de l'atteinte minimale du test de l'arrêt *Oakes*, nous apportera l'occasion de cerner, d'une part, les justifications relatives à la retenue judiciaire dans un contexte d'expression commerciale. Nous constaterons ainsi que lorsque l'État circonscrit raisonnablement, sur la base d'une preuve contradictoire solide, le groupe vulnérable qu'il entend protéger par l'intermédiaire d'une règle de droit restrictive, les tribunaux feront preuve, dans ces circonstances, d'une certaine retenue judiciaire.

Cette démarche nous permettra de réaliser, d'autre part, que dans l'éventualité où une telle délimitation du groupe vulnérable fait défaut, la situation de vulnérabilité pourra être analysée en fonction de l'objet de l'expression commerciale. Nous verrons ainsi qu'une publicité relative à un service professionnel ou à un produit non normalisé placera les consommateurs dans une situation de vulnérabilité réelle. Dans ces circonstances, les tribunaux feront preuve d'une plus grande retenue judiciaire à l'endroit de la règle de droit restrictive. Toutefois, lorsque la publicité ne concerne qu'un produit normalisé ou un service connexe au service professionnel, le niveau de vulnérabilité des consommateurs sera de moindre importance. Dans cette éventualité, les tribunaux seront enclins à invalider une restriction à la liberté d'expression commerciale. En définitive, en dépit du fait que l'alinéa

³²*Rocket, supra*, note 25, pages 242 à 244, juge McLachlin.

2 b) véhicule une interprétation large et libérale de la liberté d'expression commerciale, son véritable domaine constitutionnel s'avère toutefois quelque peu limité en raison de l'approche contextuelle préconisée dans la cadre de l'article premier de la *Charte*.

CHAPITRE I

LE DOMAINE CONSTITUTIONNEL PAR L'ANALYSE DES VALEURS JUSTIFIANT LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DE L'EXPRESSION COMMERCIALE

Avant l'avènement de la *Charte*, seule l'expression politique pouvait bénéficier d'une certaine protection constitutionnelle. La protection constitutionnelle de la liberté d'expression et par la suite, celle de la liberté d'expression commerciale, ne s'étant pas produite en vase clos, nous devons ainsi, dans un premier temps, nous attarder quelque peu sur la position constitutionnelle de nos instances judiciaires avant l'avènement de la *Charte canadienne* tout en jetant un regard, un tant soit peu furtif, sur l'expérience américaine relative à l'expression commerciale durant cette même période. Cette approche nous permettra alors de préciser que seule l'expression politique se voyait accorder une certaine reconnaissance constitutionnelle.

Puis, dans un deuxième temps, nous prendrons connaissance des valeurs justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression pour, dans un troisième temps, en préciser l'implication dans la reconnaissance constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale.

SECTION 1 UNE RECONNAISSANCE CONSTITUTIONNELLE DIFFICILE À ACQUÉRIR

Afin de bien discerner le chemin constitutionnel parcouru par nos instances judiciaires, nous allons donc, premièrement, nous pencher sur l'évolution de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression avant la *Charte canadienne*. Puis, deuxièmement, nous porterons notre attention sur l'expérience américaine. Relativement à la reconnaissance constitutionnelle de l'expression commerciale, l'expérience américaine s'avèrera être une source intarissable d'éléments théoriques opportuns.

1) L'expérience canadienne avant la Charte, un certain activisme judiciaire

Jusqu'en 1949, le Comité judiciaire du Conseil privé fut l'instance finale d'appel au Canada. Le Conseil privé eut ainsi à traiter de nombreux litiges constitutionnels canadiens. Toutefois, "[...] ce dernier n'a rien déclaré d'important à propos de la liberté d'expression [...]"³³. Pour le Conseil privé, "[...] le seul motif pour invalider une loi était l'incompétence matérielle découlant du contexte fédéral."³⁴ C'est ainsi que dans l'arrêt *Union Colliery Co.*

³³FRANÇOIS CHEVRETTE et HERBERT MARX, *Droit constitutionnel, Notes et Jurisprudence*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, page 1273; GÉRALD-A. BEAUDOIN, *Essais sur la Constitution*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1979, page 288; BORA LASKIN, *Canadian Constitutional Law*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1966, pages 973 et 974: "Strangely enough, the Privy Council was never required to face squarely any issue of legislative power in respect of the traditional political freedoms."

³⁴HENRI BRUN et GUY TREMBLAY, *Droit public fondamental, textes commentés*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1973, page 206.

of *B.C. Ltd v. Bryden*³⁵, le Conseil privé déclara invalide une loi provinciale discriminatoire qui restreignait le droit des Chinois de travailler dans les mines de charbon et ce, en invoquant l'incompétence de la législature provinciale de légiférer dans un domaine de compétence fédérale soit, en l'occurrence, la naturalisation et les aubains³⁶. Pour le Conseil privé, seul comptait ainsi la compétence fédérale ou provinciale. Les litiges se jugeaient sans qu'on ne fasse aucunement de liens avec les libertés fondamentales.

Cette approche britannique de même que la règle du *stare decisis* eurent une influence³⁷ sur la façon dont furent résolus, par la Cour suprême du Canada, certains litiges touchant les libertés fondamentales. Toutefois, bien avant l'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la *Constitution* en 1982, la Cour suprême s'était toujours

³⁵[1899] A.C. 580. Dans cet arrêt, on avait soulevé que la législation provinciale relevait de l'article 92.13 de la *Loi constitutionnelle de 1867* alors que le Conseil privé détermina plutôt que c'était l'article 91.25 qui était en cause. Voir également: *Cunnigham and Att.-Gen. of B.C. v. Tommey Homma and Att.-Gen. of Canada*, [1903] A.C. 151, ci-après l'arrêt *Tommey Homma*; *Cooperative Committee on Japanese Canadians v. Att.-Gen. of Canada*, [1947] A.C. 87.

³⁶Article 91, paragraphe 25 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au gouvernement fédéral une compétence exclusive relativement à la naturalisation et aux aubains. En ce qui regarde l'immigration, il existe toutefois une compétence fédérale et provinciale concurrente avec cependant une prépondérance fédérale et ce, en vertu de l'article 95. Le gouvernement fédéral possède néanmoins une compétence exclusive relativement à la citoyenneté. Voir: *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd*, [1951] R.C.S. 887; *Morgan c. Le Procureur Général de la province de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1976] 2 R.C.S. 349.

³⁷Dans *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd*, *supra*, note 36, le juge Rand, à la page 919 de sa décision, réfère à l'arrêt *Colliery Co. of B.C. Ltd v. Bryden*, *supra*, note 35 de même qu'à l'arrêt *Tommey Homma*, *supra*, note 35.

efforcée de protéger³⁸ la liberté de parole³⁹ au Canada. En effet, la protection constitutionnelle de la liberté d'expression n'est pas une création de la *Charte canadienne*.⁴⁰

Cependant, la Cour suprême du Canada, sur la base de l'importance fondamentale de la liberté d'expression, élaborera un cadre analytique basé sur deux perspectives distinctes:

³⁸Voir *Dolphin Delivery*, *supra*, note 6, page 586, les remarques du juge McIntyre relativement à cet effort de protection par les juges canadiens. Le juge McIntyre s'appuie sur les commentaires du professeur Hogg lorsque celui-ci précisait que les juges, avant l'adoption de la *Charte*, s'efforçaient de protéger la liberté d'expression avec les moyens juridiques alors disponibles. Voir: PETER W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1985, page 713; du même auteur, *Constitutional Law of Canada*, Vol. 2, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, page 40-7. Dans *Keegstra*, *supra*, note 4, page 726, le juge Dickson souligne également le fait, qu'avant la *Charte*, les tribunaux canadiens ont toujours protégé la liberté de parole "[...] dans la mesure du possible [...]".

³⁹Avant la *Charte*, la jurisprudence nous parle de liberté de parole. La liberté de parole serait une notion plus restreinte que la liberté d'expression. Voir à cet effet: *Irwin Toy*, *supra*, note 25, page 948, juges majoritaires; *Renvoi relatif au Code criminel*, *supra*, note 8, page 1180, juge Lamer. Le juge Lamer, aux pages 1146 et 1147 de son jugement, cite les commentaires du juge Huband de la Cour d'appel du Manitoba, à l'effet que le terme "expression" fut utilisé afin de faire ressortir qu'une déclaration pouvait s'exprimer autant par des mots que par des actes. D'où, il faut conclure que la liberté de parole aurait comme sphère d'exercice les déclarations par des mots; et, la liberté d'expression, des déclarations par des mots ou des actes. Dans l'arrêt *Fraser*, *supra*, note 3, pages 462 et 463, le juge Dickson, parlant au nom de la Cour, précise que cette affaire ne porte pas sur la liberté d'expression en vertu de la *Charte canadienne*, mais sur la liberté de parole, "[...] valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique." Cependant, les valeurs sous-jacentes à la liberté de parole peuvent servir afin de déterminer les valeurs justifiant la liberté d'expression: *Keegstra*, *supra*, note 4, page 806, juge McLachlin.

⁴⁰*Dolphin Delivery*, *supra*, note 6, page 583, juge McIntyre; *Edmonton Journal*, *supra*, note 4, page 1337, le juge Cory cite les commentaires exprimés par le juge McIntyre aux pages 583 et 584 de l'arrêt *Dolphin Delivery*; *Keegstra*, *supra*, note 4, page 810, la juge McLachlin cite les mêmes commentaires du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*. Voir également CLARE F. BECKTON, *op. cit.*, note 3, page 225; RENÉ PÉPIN, "La vérité et la liberté d'expression", (1987) 18 *R.G.D.*, page 870; NICOLE DUPLÉ, "Les libertés d'opinion et d'expression: nature et limites", (1987) 21 *R. J. T.*, page 582; WAYNE A. MACKAY, *loc. cit.*, note 24, page 714.

le partage des pouvoirs entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales et la reconnaissance d'une *Charte* implicite des droits dans le préambule de l'*A.A.N.B.* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*).

En 1938, dans le renvoi *Reference re Alberta Statutes*⁴¹, la Cour suprême décida que la législature de la province de l'Alberta, relativement entre autres à un projet de loi ayant trait à la publication des journaux, ne pouvait décréter une loi qui aurait pour effet d'interférer⁴² sur le fonctionnement de nos institutions démocratiques⁴³ en brimant le droit à la libre discussion. Cette approche constitutionnelle est fondée sur le partage des pouvoirs. Selon cette théorie, autant le Parlement fédéral que les législatures ont le pouvoir

⁴¹*Reference re Alberta Statutes, supra*, note 6, page 134, juge Duff. Pour des réflexions supplémentaires sur cet arrêt voir: CLARE F. BECKTON, *op. cit.*, note 3, page 225; ROBERT SHARPE, "Commercial expression and the *Charter*", (1987) 37 *U.T.L.J.*, pages 232 et 249; RENÉ PÉPIN, *loc. cit.*, note 40, pages 870 et 871; MARIE FINKELSTEIN, *op. cit.*, note 6, pages 200 à 202; WAYNE A. MACKAY, *loc. cit.*, note 24, pages 715 et 716; RICHARD MOON, *loc. cit.*, note 6, pages 333 et 334; NICOLE DUPLÉ, *loc. cit.*, note 40, pages 549, 551 et 560.

⁴²Il est intéressant de noter qu'à la fin du siècle dernier dans l'arrêt *Brassard et al. v. Langevin*, [1877] 1 R.C.S. 145, la Cour suprême du Canada avait déjà reconnu l'importance de protéger nos institutions démocratiques. Dans cet arrêt, à l'unanimité, les juges de la Cour suprême déclarèrent que l'élection de l'Hon. H. Langevin était nulle en raison du fait que des sermons prononcés par certains curés du comté de Charlevoix, lors des offices religieux ayant eu lieu plusieurs dimanches consécutifs précédant l'élection et lors de certaines de leurs conversations privées, constituaient une influence indue, un système général d'intimidation et qu'ainsi les électeurs ne furent point libres dans leur exercice électoral. Au sujet de la loi électorale, le juge Taschereau nous dit à la page 195 de son jugement: "This law is the just sequence to the excellent institution which we have borrowed from England, institutions which, as regards civil and religious liberty, leave to Canadians nothing to envy in other countries".

⁴³Dans ce renvoi, le juge Cannon a toutefois traité le litige différemment. Il a ainsi soutenu que la liberté de presse, relevant du droit criminel, constituait un sujet de compétence fédérale. Sur la compétence fédérale en matière de liberté d'expression, voir: BORA LASKIN, *An inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights*, (1959) 37 *Can. Bar. Rev.*, pages 99 à 125.

de sauvegarder ou de limiter les libertés ou les droits fondamentaux. Toutefois, chaque palier gouvernemental se doit de respecter les limites de son pouvoir. C'est ainsi que dans les arrêts *Boucher*⁴⁴, *Saumur*⁴⁵, *Birks*⁴⁶, *Chaput*⁴⁷ et *Switzman*⁴⁸, des lois provinciales, limitant des libertés fondamentales, furent invalidées au motif que celles-ci, dans les circonstances précises de chacun des litiges, relevaient du Parlement fédéral.

Dans *Reference re Alberta Statutes*, on a de plus affirmé que le préambule de l'A.A.N.B. recelait une *Charte des droits* implicite⁴⁹. En effet, on a soutenu que ce préambule contenait une mention à l'effet que notre *Constitution* était similaire, en principe, à celle du Royaume-Uni laquelle reconnaissait la souveraineté parlementaire, les institutions démocratiques de même que le principe de la reconnaissance des libertés fondamentales⁵⁰. Il fut ainsi déterminé que le fonctionnement des institutions démocratiques requérant la liberté de discussion sur des sujets de matières publiques de même que sur la valeur des candidats et des partis politiques, la liberté d'expression ne pouvait être limitée par une

⁴⁴*Boucher, supra*, note 6.

⁴⁵*Saumur, supra*, note 6.

⁴⁶*Birks & Sons Ltd v. City of Montreal*, [1955] R.C.S. 799.

⁴⁷*Chaput v. Romain*, [1955] R.C.S. 834.

⁴⁸*Switzman, supra*, note 7.

⁴⁹*Reference re Alberta Statutes, supra*, note 6, page 133, juge Duff. Dans l'arrêt *Ford, supra*, note 20, page 764, la Cour suprême mentionne, qu'avant la *Charte*, les contestations étaient le plus souvent fondées sur le partage des pouvoirs et sur la *Charte des droits* implicite. Voir également: GEOFFREY MARSHALL, "Taking Rights for an Override: Free Speech and Commercial Expression", (1989) *Public Law*, page 8.

⁵⁰*Reference re Alberta Statutes, supra*, note 6, page 133, juge Duff.

législature provinciale sur la base des affaires locales ou privées⁵¹. L'existence d'une *Charte des droits* implicite fut également invoquée par la Cour suprême dans les arrêts *Saumur*⁵² et *Switzman*⁵³. C'est ainsi que l'effet combiné, d'une part, d'une *Charte des droits* implicite⁵⁴ et d'autre part, du partage des compétences⁵⁵ a initialement servi de fondement à la protection constitutionnelle de la liberté d'expression.

Dans *Dolphin Delivery*, le juge McIntyre en référant aux commentaires du juge Abbott dans l'arrêt *Switzman*⁵⁶, exprime l'idée que la liberté de parole et la liberté d'expression bénéficiaient, avant l'adoption de la *Charte canadienne* "[...] d'un statut qu'on pourrait décrire comme un statut constitutionnel."⁵⁷

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, les juges majoritaires parlent plutôt d'un statut "virtuellement constitutionnel"⁵⁸. En qualifiant ainsi le statut constitutionnel de la liberté d'expression, ils

⁵¹*Id.*, page 133.

⁵²*Saumur, supra*, note 6, pages 355 et 356, juge Kellock; pages 371 à 375, juge Locke; pages 324 et 325, juge Kervin; pages 329 à 333, juge Rand; page 359, juge Estey.

⁵³*Switzman, supra*, note 7, pages 321 et 322, juge Abbott.

⁵⁴L'existence d'une *Charte des droits* implicite fut aussi mentionnée dans les arrêts suivants: *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1964] 41 D.L.R. (2d) 1; *McKay et al v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798.

⁵⁵Sur le partage des compétences, voir également: *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S., page 685, juge Laskin et page 699, juge Ritchie; *Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S., pages 793 et 794, juge Beetz, ci-après l'arrêt *Dupond*; *SEFPO c. Ontario (Procureur Général)*, [1987] 2 R.C.S., pages 16 à 20, juge Dickson.

⁵⁶*Switzman, supra*, note 7, pages 326 à 328.

⁵⁷*Dolphin Delivery, supra*, note 6, page 586.

⁵⁸*Irwin Toy, supra*, note 25, page 1007.

se rapportent aux propos du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*. Or, dans cet arrêt, le juge McIntyre parle d'un statut qu'on "pourrait presque décrire comme un statut constitutionnel"⁵⁹ et non d'un statut "virtuellement constitutionnel".

Nous savons ce que signifie un statut constitutionnel. Nous connaissons également le sens des termes "quasi constitutionnel"⁶⁰ lorsque la Cour suprême mentionne que les instruments relatifs au droit de la personne sont des lois quasi constitutionnelles⁶¹. Que veut-on donc désigner par les termes "virtuellement constitutionnel"?

Le Dictionnaire *Petit Robert* nous précise que le qualificatif "virtuel" et son adverbe "virtuellement" font référence à ce qui est en puissance, qui a en soi toutes les conditions essentielles à sa réalisation. Appliquée au domaine constitutionnel, cette définition a pour

⁵⁹*Dolphin Delivery*, *supra*, note 6, page 586.

⁶⁰Voir sur ce sujet: DANIEL PROULX, "La suprématie des droits et libertés de la personne et la question constitutionnelle au Canada", (1981) 12 *R. G. D.*, pages 414 à 422; DANIEL TURP, "La suprématie de la *Convention européenne des droits de l'homme* et des *Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés*" dans GÉRALD-A. BEAUDOIN (sous la direction de), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Actes des Journées strasbourgeoises (1988), Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, pages 48 à 51.

⁶¹Seule la *Charte canadienne* est constitutionnelle. Les instruments législatifs relatifs au droit de la personne furent qualifiés de quasi constitutionnels. Dans l'arrêt *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, page 597, le juge Laskin reconnaît le statut de quasi constitutionnel à la *Déclaration canadienne des droits*. Ils sont quasi constitutionnels à cause de leur caractère exceptionnel et en raison du fait qu'une simple loi est nécessaire pour les abroger ou les modifier. Voir: *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Craton c. Winnipeg School Division no.1*, [1985] 2 R.C.S. 150, *Singh c. M.E.I.*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Ford*, *supra*, note 20. Voir également: GÉRALD-A BEAUDOIN, *La Constitution du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1990, pages 643 et 644.

effet de faire en sorte, qu'avant la *Charte*, la liberté d'expression ne pouvait bénéficier que d'une protection constitutionnelle en puissance. Est-ce que ceci reflète la pensée des juges majoritaires dans l'arrêt *Irwin Toy* ?

Le caractère indistinct des termes utilisés nous incite à répondre négativement à cette interrogation. Nous sommes plus encline à croire que les juges majoritaires ont ainsi qualifié la protection constitutionnelle de la liberté d'expression pour nous faire comprendre que même en l'absence d'instruments constitutionnels spécifiques, telle la *Charte canadienne*, la liberté d'expression pouvait prétendre à une certaine reconnaissance constitutionnelle⁶².

Les juges majoritaires s'inscrivent ainsi dans le courant jurisprudentiel développé dans les arrêts *Saumur* et *Switzman* à l'effet que le préambule de l'*A.A.N.B.* contenait une *Charte des droits implicite*.

⁶²D'ailleurs, dans l'arrêt *Keegstra*, *supra*, note 4, page 726, le juge Dickson mentionne qu'avant la *Charte canadienne*, la liberté d'expression avait une valeur presque constitutionnelle.

Or, cette approche ne fit cependant pas l'unanimité dans la jurisprudence canadienne⁶³. C'est ainsi que dans l'arrêt *Dupond*⁶⁴, le juge Beetz au nom de la majorité, rejeta l'argument à l'effet que le préambule de l'*A.A.N.B.* contenait une *Charte des droits* implicite. S'étant refusée de qualifier le sujet de matière impliquant la liberté d'expression⁶⁵, la Cour suprême valida un règlement anti-manifestation de la ville de Montréal aux motifs que ledit règlement était en relation avec les pouvoirs provinciaux relatifs aux sujets de nature privée dans la province.

⁶³Il est intéressant de noter qu'à la fin du siècle dernier, dans l'arrêt *Re Criblin and Toronto (City)*, [1892] O.R. 325, la Cour, s'appuyant sur l'arrêt *Baily v. Williamson*, L.R. 8 B. 118, refusait de reconnaître que le Conseil municipal de Toronto ne pouvait édicter un règlement municipal interdisant de tenir des assemblées et de faire des discours dans les parcs publics. Dans l'arrêt *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, *supra*, note 55, la Cour Suprême a validé la législation de censure utilisée pour interdire le film "Last Tango in Paris" aux motifs qu'elle constituait une législation en relation avec la propriété. La Cour rejeta sommairement l'argument à l'effet que cette législation impliquait une violation des libertés fondamentales. Sur cet arrêt, voir: NOEL LYON, "The Teleological Mandate of the Fundamental Freedoms Guarantee: What to do with Vague but Meaningful Generalities", (1982) 4 *Supreme Court L. Rev.*, pages 60 à 65. Un autre arrêt, ayant trait cependant à la liberté de religion, *R. v. Harrold*, [1971] 19 D.L.R. (3d) 417, a reconnu la validité d'un règlement anti-bruit de la municipalité de Vancouver. Ce règlement avait pour but d'empêcher les disciples de Krishna de chanter dans les rues de la ville. La Cour a soutenu que le règlement était d'application générale et qu'il ne visait pas directement la liberté de religion.

⁶⁴*Dupond*, *supra*, note 55. Pour de plus amples commentaires sur cet arrêt, voir: NICOLE DUPLÉ, *loc. cit.*, note 40, page 550. Voir également: HERBERT MARX, "The Montreal Anti-Demonstration By-Law-Bad Everywhere", (1970-71) 4 *Man. L. J.*, pages 347 à 354; FRANÇOIS CHEVRETTE et ANDRÉ MOREL, "Censure provinciale du film et contrôle municipal des manifestations", (1978) 38 *R. du B.* pages 222 à 227. Dans *O.P.S.E.U. c. Procureur Général de l'ontario*, [1987] 2 R.C.S. 57, le juge Beetz a ravivé la théorie éliminée dans l'arrêt *Dupond* et ainsi précisé qu'il y avait une *Charte des droits* implicite dans le préambule de l'*A.A.N.B.*

⁶⁵*Dupond*, *supra*, note 55, page 797, juge Beetz.

Il ressort ainsi de cette analyse jurisprudentielle, qu'avant l'avènement de la *Charte canadienne*, relativement à la protection constitutionnelle de la liberté d'expression, seul le critère de la compétence fédérale et provinciale en matière de liberté d'expression semblait obtenir l'unanimité⁶⁶.

Toutefois, la liberté d'expression jouissait cependant d'une protection constitutionnelle de peu d'envergure. En effet, une loi fédérale violant la liberté d'expression pouvait être jugée valide sur la base du partage des compétences alors qu'une telle loi, mais de juridiction provinciale, serait invalidée aux motifs que la liberté d'expression constituait un sujet de matière fédérale⁶⁷.

Ce critère d'analyse juridictionnelle, tout en permettant aux tribunaux de sauvegarder le principe de la souveraineté parlementaire, servait également à protéger les libertés fondamentales de toute atteinte législative inopportune. C'est ainsi qu'une législation provinciale, limitant la liberté d'expression par exemple, pouvait être déclarée

⁶⁶Il est intéressant de noter que dans l'arrêt *Fraser, supra*, note 3, aux pages 462 et 463, le juge Dickson fait référence à la présence d'une *Charte des droits* implicite dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Précisant préalablement que le litige ne portait aucunement sur la *Charte canadienne* ou sur la *Déclaration canadienne des droits*, il émet alors le commentaire suivant: "Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il ne s'agit pas, du moins en partie, d'une affaire portant sur la "liberté de parole". Elle s'y rapporte. Comme M. Fraser l'a à juste titre souligné, la "liberté de parole" est une valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique. Il s'agit d'un principe de notre constitution de *common law*, que nous avons hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*."

⁶⁷IRWIN COTLER, "Freedom of expression" dans ARMAND de MESTRAL (sous la direction de), *Limitations des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, pages 354 et 355. Voir également: *Nova Scotia Board of censors of Canada v. McNeil, supra*, note 55; *Dupond, supra*, note 55.

inconstitutionnelle parce qu'elle outrepassait le champ de compétence provinciale et non en raison du fait qu'elle violait la liberté personnelle de s'exprimer⁶⁸.

En vertu d'une telle analyse, le domaine constitutionnel de la liberté d'expression, en tant que liberté fondamentale, s'en trouvait fort restreint. En effet, en raison d'un tel constitutionnalisme régi par le droit⁶⁹ et en l'absence d'une protection explicite dans un texte constitutionnel, seule l'expression politique, en tant que liberté de parole touchant des domaines d'ordre politique, s'était vue attribuée une certaine protection constitutionnelle.

Nos cours de justice analysèrent l'expression uniquement en relation avec un cadre constitutionnel politique⁷⁰ et ce, en dépit du fait que dans l'arrêt *Boucher*⁷¹, le juge Rand

⁶⁸Dans *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 4e éd. rev., par ALBERT S. ABEL, Toronto, Carswell, 1975, page 900.21, le professeur Laskin nous indique qu'à cette époque la seule question litigieuse était de savoir lequel des deux paliers gouvernementaux avait la compétence législative requise pour créer une injustice au lieu de s'interroger sur la prohibition de l'injustice en elle-même. Dans *Saumur*, *supra*, note 6, à la page 384, le juge Catwright mentionne également ceci: "There are thus no rights possessed by the citizens of Canada which cannot be modified by either Parliament or the Legislature, but it may often be a matter of difficulty to decide which of such bodies has legislative power in a particular case."

⁶⁹*Reference re Alberta Statutes*, *supra*, note 6, page 133, le juge Duff mentionne que la liberté de parole est une liberté régie par le droit.

⁷⁰Avant la *Charte*, la liberté d'expression fut surtout appliquée à l'expression politique puisqu'en raison du fait que les contestations étaient fondées sur le partage du pouvoir, seule l'expression politique pouvait être rattachée au maintien et au fonctionnement du système démocratique. Voir à cet effet: *Ford*, *supra*, note 20, page 764, la Cour; *Keegstra*, *supra*, note 4, page 727, juge Dickson, majorité et page 809 pour des commentaires identiques livrés par la juge McLachlin, mais dissidente sur d'autres points. Voir également: CLARE BECKTON, *op. cit.*, note 3, pages 226 et 227.

⁷¹*Boucher v. The King*, *supra*, note 18. Dans *Keegstra*, *supra*, note 1, page 810, la juge McLachlin mentionne que dans les visées d'une interprétation large et libérale de la liberté d'expression en vertu de l'alinéa 2b) de la *Charte*, "[...], notre Cour a manifesté sa préférence pour l'interprétation large exposée par le juge Rand dans l'arrêt *Boucher*."

semble avoir voulu ouvrir la voie à d'autres catégories d'expression. En effet, en optant pour une interprétation beaucoup plus libérale de la liberté d'expression, le juge Rand en précise l'importance non seulement dans notre système politique mais également dans notre vie en général. Il s'exprime d'ailleurs en ces termes:

Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs,
on every conceivable subject, are of essence of our life.⁷²

La Cour suprême fut toutefois réticente⁷³ à adopter cette conception plus libérale de la liberté d'expression. Celle-ci aurait cependant permis un élargissement substantiel du domaine d'analyse de la liberté d'expression.

⁷²*Boucher v. The King supra*, note 6, page 288. Voir également: *Fabien c. Dimanche Matin Ltée*, [1979] C.S. 928, page 932 où le juge Chevalier mentionne, relativement à des commentaires journalistiques publiés dans un quotidien, que: "[...] la liberté d'expression d'opinion admise et reconnue dans notre civilisation occidentale et nord-américaine est extrêmement vaste."

⁷³Dans l'arrêt *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd*, [1979] 1 R.C.S. 1067, ci-après l'arrêt *Chernesby*, la Cour suprême nous laisse voir son indisposition relativement à une conception plus élargie de la liberté de presse au Canada. Il nous semble juste de supposer que la Cour suprême aurait réagi de la même façon si on avait soulevé la liberté de parole ou d'expression.

C'est ainsi que dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*⁷⁴, où l'on traitait de la publicité commerciale des avocats, la Cour suprême, à l'unanimité sous la plume du juge Estey, déclarait que ce genre d'expression, n'étant pas en relation avec le processus électoral et le fonctionnement des institutions démocratiques, ne jouissait dès lors aucunement de la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'expression politique.

Cette protection constitutionnelle accordée à la liberté d'expression politique, dont le domaine d'exercice comportait les libertés de débat, de presse, de parole et d'expression⁷⁵, était toutefois susceptible de limitation⁷⁶. Dans l'arrêt *Fraser*⁷⁷, dans lequel on

⁷⁴*Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia, supra*, note 8, page 364. En l'espèce, la Cour suprême a maintenu comme valide une réglementation provinciale concernant la publicité des avocats et rejeta l'argument que de telles restrictions étaient *ultra vires* en raison du fait qu'elles relevaient de la liberté d'expression, sujet de compétence fédérale. Le juge Estey mentionne que la publicité est une expression économique et non politique et que les pouvoirs de réglementer les aspects financiers, éthiques, moraux et économiques d'une marque de commerce ou d'une profession sont de compétence provinciale. D'ailleurs dans *Cowen c. Attorney General for British Columbia*, [1941] R.C.S. 321, la Cour suprême reconnaissait la validité d'une loi provinciale qui limitait l'exercice du droit des dentistes de faire de la publicité. Voir également: *Law Society of Manitoba v. Savino*, [1984] 1 D.L.R. (4th) 285 (Man. C.A.).

⁷⁵*Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia, supra*, note 8, page 363, juge Estey.

⁷⁶Dans *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia, supra*, note 8, page 363, le juge Estey mentionne que si la liberté d'expression se limitait à la liberté de débat, laquelle était solidement enracinée dans notre droit en tant que liberté de débat dans les Chambres du Parlement ou enchâssée dans une *Constitution* comme le *Premier Amendement* américain, cette liberté d'expression était moins susceptible d'être limitée que la liberté d'expression à laquelle on voulait, en l'espèce, attribuer une interprétation plus élargie. Toutefois, dans *Fort Frances Pulp and Power Co. v. Manitoba Free Press Co.*, [1923] A.C. 695, la Cour avait admis qu'en cas de crise, elle pouvait limiter de telles libertés fondamentales.

⁷⁷*Fraser, supra*, note 3, à la page 462, le juge Dickson pour la Cour, mentionne que le

discutait de la liberté d'expression des fonctionnaires, la Cour suprême à l'unanimité déclara qu'en dépit du fait que la liberté de parole constituait une valeur importante profondément enracinée dans notre système démocratique, elle n'était pas une valeur absolue⁷⁸ et que "[...] toutes les valeurs importantes devraient être restreintes et évaluées en fonction d'autres valeurs importantes et souvent concurrentes"⁷⁹.

En l'espèce, la Cour suprême détermina que la liberté de parole des fonctionnaires, valeur importante mais non absolue, devait être restreinte relativement à la nécessité pour un gouvernement d'avoir une fonction publique efficace et impartiale, valeur indéniablement plus importante dans les circonstances. Selon le juge Dickson⁸⁰, le fonctionnaire jouit d'une certaine liberté d'expression lui permettant de critiquer le gouvernement en place, mais cette liberté n'est pas absolue. Le juge Dickson précisa néanmoins qu'il ne serait pas raisonnable pour un gouvernement de congédier un commis ayant manifesté dans une foule un dimanche après-midi, au sujet d'un problème lié à la gestion des garderies, alors qu'il

litige ne porte ni sur la *Charte canadienne des droits* ni sur la *Déclaration canadienne des droits*.

⁷⁸*Id.*, pages 463, 467 et 468. Dans les arrêts suivants, la Cour suprême avait également reconnu, avant l'avènement de la *Charte canadienne*, que la liberté d'expression n'était pas une valeur absolue: *Reference re Alberta Statutes*, *supra*, note 6; *Saumur*, *supra*, note 6; *Switzman*, *supra*, note 13; *Boucher v. The King*, *supra*, note 18. Voir également: JOHN STUART MILL, *De la liberté*, Zurich, Éditions du Grand-Midi, 1987, traduction de Gilbert Boss, pages 17 et 18: "[...] les hommes ne sont autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque que pour assurer leur propre protection. [...] Le seul aspect de la conduite de quelqu'un qui relève de la société est celui qui concerne les autres. En ce qui le concerne seul, son indépendance est, de droit, absolue."

⁷⁹*Fraser*, *supra*, note 3, page 463, juge Dickson. Voir également : *SEFPO c. Ontario (Procureur Général)*, *supra*, note 55, page 25 et 26, juge Dickson.

⁸⁰*Fraser*, *supra*, note 3, page 468.

aurait un motif raisonnable de le faire pour un sous-ministre des affaires sociales ayant posé un geste identique⁸¹.

Il ressort de ces observations, qu'avant l'avènement de la *Charte canadienne*, il s'avérait fort ardu de développer le domaine constitutionnel de la liberté d'expression et ce, en vue d'y inclure une catégorie d'expression autre que l'expression politique. Nous avons vu, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*⁸², qu'en ce qui a trait à la liberté d'expression commerciale, il n'était aucunement question, pour la Cour suprême, de lui reconnaître une protection constitutionnelle. En revanche, les tribunaux américains avaient, dès 1976, dans l'arrêt *Virginia State Board of Pharmacy v.*

⁸¹*Ibid.* Il est intéressant de noter ici que le juge Dickson introduit le concept de raisonnable. Or, lorsque fut rendu ce jugement, la Cour suprême n'était pas sans savoir que la *Charte canadienne des droits et libertés* allait comprendre un article centré sur un tel concept. Voir CLARE F. BECKTON, *op. cit.* note 3, page 226 où l'auteure nous suggère un tel raisonnement.

⁸²*Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 8. Voir aussi les commentaires à la note 74.

*Virginia Citizens Consumer Council*⁸³, reconnu la constitutionnalité du "commercial speech"⁸⁴. Pouvant s'avérer d'une quelconque utilité, permettons-nous de jeter un bref regard

⁸³*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976), ci-après l'arrêt *Virginia Pharmacy*. Sur cet arrêt, voir: JACK W. DECKER, "Commercial Speech and the First Amendment: *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*", (1977) *Capital University L. Rev.*, pages 75 à 93; ROBERT C. ERICKSON, "The Consumers Right to Know: An Analysis of *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* and the Effect of the First Amendment Right to Receive Information on Lawyers' Advertising", (1976-77) 12 *New England L. Rev.*, pages 991 à 1020; PAUL M. LOHMANN, "Constitutional Law-First Amendment-Protection of Commercial Speech", (1976-77) 60 *Marquet L. Rev.*, pages 138 à 152; RITA M. NOVAK, "The Erosion of Commercial Speech-The Right to Know and The Informed Consumer-*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*", (1976-77) 26 *DePaul L. Rev.*, pages 134 à 145; STEVEN G. PARMELEE, "Constitutional Law-First Amendment-Commercial Speech falls within the Protection of First Amendment-*Virginia State of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 96 S. CT. 1817 (1976)", (1976-77) *Creighton L. Rev.*, pages 362 à 377; THOMAS M. SCHNEIDER, "Prior Restraints and Restrictions on Advertising after *Virginia Pharmacy Board*: The Commercial Speech Doctrine Reformulated", (1978) 43 *Missouri L. Rev.*, pages 64 à 89.

⁸⁴Dans l'arrêt *Ford*, *supra*, note 20, page 755, la Cour suprême mentionne les termes "commercial speech", c'est-à-dire "discours commercial", sans faire de distinction entre ceux-ci et les termes "expression commerciale". Il semble que la Cour suprême les ait alors utilisés comme des synonymes en dépit du fait qu'aux États-Unis, le "commercial speech" jouit d'une protection constitutionnel moindre. Voir également: *Rocket*, *supra*, note 25, page 242 où la juge McLachlin emploie également les mots "discours commercial" en parlant de la liberté d'expression commerciale.

analytique sur la jurisprudence américaine relative au "*commercial speech*"⁸⁵.

2) *L'expérience américaine*

Le "*commercial speech*" a suscité beaucoup de jugements et alimenté, depuis de nombreuses années, l'imaginaire juridique américain⁸⁶. Nous allons toutefois porter uniquement notre attention sur les principaux jugements rendus par la Cour suprême des États-Unis au moment où les tribunaux canadiens d'instance inférieure abordèrent le problème de la protection constitutionnelle de l'expression commerciale en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*.

⁸⁵Pour le développement de la théorie du "*commercial speech*" aux États-Unis, voir: JOHN S. WERTS, "The *First Amendment* and Consumer Protection Commercial Advertising as Protected Speech", (1970-71) 50 *Oregon L. Rev.*, pages 177 à 196; JONATHAN WEINBERG, "Constitutional Protection of Commercial Speech"; (1982) 82 *Columbia L. Rev.*, pages 720 à 750; SAMUEL A. DILULLO, "The Present Status of Commercial Speech: Looking for a Clear Definition", (1986) 90 *Dickinson L. Rev.*, pages 705 à 730; DONALD E. LIVELY, "The Supreme Court and Commercial speech: New Worlds with an Old Message", (1987) 72 *Minnesota L. Rev.*, pages 289 à 310; MARY B. NUTT, "Recent Development-Trends in *First Amendment* Protection of Commercial Speech", (1988) 41 *Vanderbilt L. Rev.*, pages 173 à 206; BARBARA M. MACK, "Commercial speech: A Historical Overview of its *First Amendment* Protections and an Analysis of its Futur Constitutional Safeguards", (1989) 38 *Drake L. Rev.*, pages 59 à 73; DAVID F. MCGOWAN, "A Critical Analysis of Commercial Speech", (1990) 78 *California L. Rev.*, pages 359 à 446; ALBERT P. MAURO Jr., "Commercial Speech after *Posadas* and *Fox*: A Rational Basis Wolf in Intermediate Sheep's Clothing", (1992) 66 *Tulane L. Rev.*, pages 1931 à 1969; ALEX KOZINSKI & STUART BANNER, "The Anti-History and Pre-History of Commercial Speech", (1993) *Texas L. Rev.*, pages 747 à 775.

⁸⁶ALLAN C. HUTCHINSON, "Money talk: against Constitutionalizing (Commercial) Speech", (1990) 17 *Canadian Business L. J.*, page 13. Voir: LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola, New York, The Foundation Press Inc., 1988, pages 890 à 904.

En 1942⁸⁷, la Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt *Valentine v. Chrestensen*⁸⁸, refusa d'attribuer au "*commercial speech*" une protection constitutionnelle en vertu du *Premier Amendement*⁸⁹ et ce, aux motifs que la distribution de matériel publicitaire n'était qu'une occupation lucrative et non un langage, un discours comme tel⁹⁰. Ne justifiant pas ainsi une telle protection constitutionnelle, le discours commercial, ne contribuait à soutenir aucune valeur importante.

L'arrêt *Valentine* eut pour effet de diviser la liberté de parole en deux catégories: le discours commercial non protégé par le *Premier Amendement* et le discours non commercial jouissant d'une telle protection. L'arrêt *Valentine* n'établit cependant aucun

⁸⁷Il est intéressant de noter qu'avant cette date, les tribunaux américains avaient déjà reconnu que la publicité ne pouvait être constitutionnellement garantie en vertu du *Premier Amendement*. Voir à cet effet: ALEX KOZINSKI & STUART BANNER, *loc. cit.*, note 85, pages 763 et 764. Voir également: ROBERT NEAL PLATT, "Commercial Speech and the *First Amendment*: An Emerging Doctrine", (1976-77) 5 *Hofstra L. Rev.*, pages 655 à 658.

⁸⁸*Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942), ci-après l'arrêt *Valentine*. Dans cette affaire, un propriétaire d'un sous-marin amarré dans le port de la ville de New York, distribuait des pamphlets, dans les rues de la ville. Dans ses pamphlets, ce sous-marinier, tout en protestant contre l'attitude négative des autorités portuaires à son égard, y faisait également de la publicité au sujet de son sous-marin.

⁸⁹La liberté de parole est ainsi protégée dans le *Bill of Rights* américain: "Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press; [...], *U.S. Constitutional Amendment 1 [1791]*."

⁹⁰*Valentine, supra*, note 88, par. 54. Suite à l'arrêt *Valentine*, la Cour suprême appliqua la doctrine du "*commercial speech*" dans les affaires suivantes: *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943) dans lequel la distribution de porte-à-porte de pamphlets relatifs à la religion y fut protégée en vertu du *Premier Amendement*; *Breard v. Alexander*, 341 U.S. 622 (1951) où la vente de porte-à-porte de brosses domestiques ne put être garantie par le *Premier Amendement* aux motifs que la communication avait un but économique, une recherche de profit.

schème de référence permettant de les distinguer⁹¹. Le seul critère distinctif alors mis en évidence fut le fait que le "*commercial speech*" véhicule un but fondamentalement économique⁹². Or, dans l'arrêt *New York Times Co. v. Sullivan*⁹³, une brèche est cependant apparue dans ce raisonnement.

Dans cette affaire, il s'agissait d'une action en libelle diffamatoire intentée par un commissaire de police insatisfait d'un éditorial paru dans le *New York Times*. Distinguant entre la publicité commerciale et éditoriale, la Cour suprême détermina que l'éditorial en cause, n'ayant que partiellement une motivation commerciale, contenait toutefois des opinions sur un sujet de matière publique, lesquelles méritaient une protection constitutionnelle⁹⁴.

⁹¹THOMAS H. NIENOW, "In re *R.J. Reynolds Tobacco Co., Inc.*: The "Common Sense" Distinction between Commercial and Noncommercial Speech", (1986-87) 14 *Hastings Constitutional L.Q.*, page 876.

⁹²MARTIN H. REDISH, "The *First Amendment* in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression", (1970-71) 39 *George Washington L. Rev.*, pages 451. Dans l'arrêt *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943), la Cour suprême avait affirmé que le fait que de la littérature religieuse était vendue plutôt que donnée ne transformait pas cette vente en une entreprise commerciale.

⁹³*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), ci-après l'arrêt *Sullivan*. Pour des commentaires sur cet arrêt, voir: Harry KALVEN Jr, "New York Times Case: A Note on The Central Meaning of the *First Amendment*", (1964) *Sup. Ct. Rev.*, pages 191 à 221.

⁹⁴*Sullivan, supra*, note 93, par. 266. Voir également: MARY B. NUTT, *loc. cit.*, note 85, page 177; GEORGE H. WILCOX, "Toward a Definition of Commercial Speech", (1988) 23 *New England L. Rev.*, page 598.

Trente ans plus tard⁹⁵, en 1976, dans *Virginia Pharmacy*⁹⁶, la Cour suprême américaine reconnaissait que le discours commercial jouissait de la protection constitutionnelle du *Premier Amendement* au motif que la libre circulation de l'information commerciale,

⁹⁵Des auteurs ont soumis l'hypothèse que l'arrêt à l'origine de la théorie du "*commercial speech*" serait le suivant: *Thornill v. State of Alabama*, 310 U.S. 88 (1940), par. 95 à 102, où la Cour suprême, en déclarant que le piquetage était protégé par le *Premier amendement*, aurait ainsi fait pénétrer le "*commercial speech*" dans le domaine constitutionnel de celui-ci. Au paragraphe 102, la Cour suprême s'exprimait ainsi: "Freedom of discussion, if it would fulfill its historic function in this nation, must embrace all issues about which information is needed or appropriate to enable the members of society to cope with the exigencies of their period." Voir sur ce sujet: JOHN S. WERTS, *loc. cit.*, note 85, page 184; SAMUEL A. DILULLO, *loc. cit.*, note 85, pages 705 et 706.

⁹⁶*Virginia Pharmacy*, *supra*, note 83. Des cours d'instance inférieure avaient, dès 1969, octroyé une certaine protection au "*commercial speech*" dans les arrêts suivants: *Rawan v. United States Post Office Department*, 300 F. Supp. 1036 (1969); *United States v. Pelligrino*, 467 F. 2d 41 (1972); *Barrick Realty Inc. v. City of Gary Indiana*, 491 F. 2d 161 (1974). Il est intéressant de noter que même la Cour suprême, avant l'arrêt *Virginia Pharmacy*, avait fait bénéficier le "*commercial speech*" d'une certaine protection constitutionnelle. Voir *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 U.S. 376 (1973). Sur cet arrêt, voir: ELLEN EDGE KATZ, "Constitutional Law-Freedom of Speech-Commercial Speech Doctrine-Use of Sex-designated Classified Advertising Column Headings", (1973-74) 12 *Duquesne L. Rev.*, pages 1000 à 1008. Dans *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975), la Cour suprême, sans rejeter l'arrêt *Valentine*, précisa toutefois que toute loi relative à la publicité commerciale n'était pas immédiatement exclue du cadre constitutionnel du *Premier Amendement*. La Cour décida que l'annonce publicitaire en cause contenait une information d'ordre public (par. 823 du jugement) et, sur ces motifs, conclua à l'inconstitutionnalité de la loi interdisant la promotion de l'avortement. Au paragraphe 825 du jugement, la Cour suprême précisa clairement qu'elle pourrait, le cas échéant, reviser l'arrêt *Valentine*. Pour des commentaires sur l'arrêt *Bigelow*, voir: ELLEN S. PODGOR, "Constitutional Law-First Amendment-*Bigelow v. Virginia*", (1974-75) 8 *Indiana L. Rev.*, pages 890 à 897; JAMES E. TOWERY, "Freedom of the Press, The Commercial speech Doctrine Applied to Abortion Advertisement, *Bigelow v. Virginia*, (1975) 24 *Emory L.J.*, pages 1165 à 1190.

activité légale, constituait un élément indispensable à l'intérêt public général⁹⁷. La Cour suprême affirmait ainsi que la libre circulation de l'information, dans le contexte d'une démocratie représentative, aidait les citoyens à être bien éclairés et bien informés lorsque venait le temps de prendre des décisions⁹⁸. La Cour mentionnait également que l'information relative aux produits et aux services pouvait être plus importante que des décisions sur des sujets d'ordre politique⁹⁹. Par cette reconnaissance constitutionnelle, reposant toutefois sur la conception économique de la libre entreprise, la Cour suprême accorda cependant une protection constitutionnelle moindre à l'expression commerciale¹⁰⁰.

Par la suite, la Cour suprême des États-Unis, apporta certains raffinements aux motifs présentés dans l'arrêt *Virginia Pharmacy*.

⁹⁷*Virginia Pharmacy, supra*, note 83, par. 763 à 765. C'est d'ailleurs cette approche économique qui fut la base de la dissidence du juge Renhquist dans cet arrêt. Le juge Renhquist se refusait d'accorder une protection constitutionnelle au discours commercial. Il considérait que ceci constituait un contrôle judiciaire de la législation et de la réglementation à caractère économique (par. 783 et 784). Selon lui, une telle façon de procéder aurait pour effet inéluctable de réactiver le courant jurisprudentiel ("*substantive economic due process*") suscité par l'arrêt *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1904), dans lequel, en déclarant inconstitutionnelle la législation instaurant la semaine de 60 heures de travail, au motif qu'elle violait la liberté individuelle de contracter selon la théorie du libéralisme économique, la Cour suprême précisait que les tribunaux se devaient d'invalidier une telle loi. La jurisprudence née de l'arrêt *Lochner* fut mise de côté dans l'affaire *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). Sur la doctrine du "*substantive economic due process*", voir: DANIEL A. FARBER, "Commercial Speech and First Amendment Theory", (1979) 74 *North Western. U. L. Rev.*, pages 372 à 408; THOMAS H. JACKSON and JOHN CALVIN JEFFRIES Jr, "Commercial Speech: Economic Due Process and the *First Amendment* (1979) 65 *Virginia L. Rev.*, pages 1 à 41; JOHN E. NOWAK, RONALD D. ROTUNDA and NELSON J. YOUNG, *Constitutional Law*, 2e éd., St-Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1983, pages 436 à 461.

⁹⁸*Virginia Pharmacy, supra*, note 83, par. 748.

⁹⁹*Id.*, par. 763.

¹⁰⁰*Id.*, par. 771, n.4.

C'est ainsi que dans l'arrêt *Linmark Associates Inc. v. Township of Willingboro*¹⁰¹, où on tentait d'invalider un règlement municipal interdisant d'annoncer la mise en vente de résidences privées au moyen d'affiches installées devant les propriétés¹⁰², la Cour suprême invalida un tel règlement en soutenant que l'État ne pouvait contrôler le choix des citoyens en cherchant à supprimer une information véridique. La Cour jugea que l'information en cause était primordiale pour celui qui recevait une telle information puisqu'elle portait sur une des décisions les plus importantes dans la vie d'un individu: choisir l'endroit où il vivra et où il élèvera sa famille¹⁰³. Dans cet arrêt, on a mis l'accent sur l'autonomie individuelle de celui qui reçoit l'information, de celui qui écoute: le "*listener*"¹⁰⁴.

En 1977, dans deux jugements portant sur la publicité faite par les avocats, la Cour suprême atténua l'étendue de la protection constitutionnelle accordée au discours

¹⁰¹*Linmark Associates Inc. v. Township of Willingboro*, 431 U.S. 85 (1977), ci-après l'arrêt *Linmark*. Sur cet arrêt, voir: AMY TURNER, "Constitutional Law-First Amendment-Commercial Speech-*Linmark Associates, Inc. v. Township of Willingboro*", (1978-79) 24 *New York Law School L. Rev.*, pages 225 à 246.

¹⁰²*Linmark, supra*, note 101, par. 86 à 88 et par. 97. La municipalité de Willingboro avait édicté une telle réglementation afin d'empêcher les citoyens de race blanche de vendre leurs maisons. Suite à l'arrivée massive de citoyens de race noire dans leur quartier, les citoyens de race blanche prétendaient que la valeur de leurs résidences en serait grandement affectée et désiraient ainsi vendre leur propriété avant que la baisse soit devenue dramatique. Le règlement visait à restreindre, voire à carrément empêcher, que les citoyens de race blanche quittent le quartier.

¹⁰³*Id.*, par. 95 et 96.

¹⁰⁴*Id.*, par. 92. Dans *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678, 671 (1977) une affaire portant sur la validité d'une loi interdisant la publicité postale destinée à des personnes de moins de 16 ans et concernant des produits contraceptifs, la Cour suprême invalida une telle loi en s'appuyant également sur l'autonomie individuelle de celui qui reçoit l'information, le "*listener*".

commercial. C'est ainsi que dans l'arrêt *Bates v. State Bar of Arizona*¹⁰⁵, une affaire touchant la publicité relative aux prix encourus pour des services juridiques, la Cour suprême précisa que le *Premier Amendement* ne protégeait que la publicité véridique, la publicité non trompeuse. La Cour décida également que la thèse de l'"*overbreadth*"¹⁰⁶ ne pouvait s'appliquer au discours commercial. Le discours commercial, suscité par des motivations économiques, serait moins vulnérable que d'autres catégories d'expression et ainsi n'aurait aucunement besoin de ce genre de protection¹⁰⁷. Le rejet de cette théorie eut pour effet de créer deux niveaux dans la protection constitutionnelle accordée à l'expression: les catégories d'expression d'un niveau supérieur, celles jouissant de la protection de l'"*overbreadth*" et, les catégories d'expression d'un niveau moindre, celles n'en

¹⁰⁵*Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977), ci-après l'arrêt *Bates*. Pour un commentaire sur cet arrêt voir: THOMAS J. MEEKS, "Commercial Speech: Foreclosing on the Overbreadth Doctrine", (1977-78) 30 *U. of Florida L. Rev.*, pages 479 à 490.

¹⁰⁶Selon la théorie de l'"*overbreadth*", il est permis aux tribunaux d'invalider des lois ou des règlements relatifs à des sujets ne jouissant d'aucune protection constitutionnelle en vertu du *Premier Amendement* mais ayant des incidences sur ceux possédant une telle protection. La doctrine de l'"*overbreadth*" vise à éviter qu'indirectement on porte atteinte aux libertés protégées par le *Premier Amendement*. Elle empêche également que ne se crée de l'incertitude relativement à l'étendue du domaine d'exercice d'une telle liberté, laquelle incertitude aurait pour effet de freiner les revendications des justiciables advenant une violation de leur liberté d'expression. L'application jurisprudentielle de cette doctrine a permis d'octroyer un statut privilégié à la liberté d'expression. Sur ce sujet, voir: NOTE, "The First Amendment Overbreadth Doctrine", (1970) 83 *Harvard L. Rev.*, pages 844 à 927; THOMAS J. MEEKS, *loc. cit.*, note 105; HENRY PAUL MONAGHAN, "Overbreadth", (1981) *The Sup. Ct. Rev.*, pages 1 à 39; JOHN E. NOWAK, RONALD D. ROTUNDA and NELSON J. YOUNG, *op. cit.*, note 97, pages 867 à 871; ROBERT J. SHARPE, *loc. cit.*, note 41, page 242.

¹⁰⁷*Bates*, *supra*, note 105, par. 380 et 381.

jouissant aucunement. L'expression commerciale fait partie de cette dernière classification. La Cour suprême venait ainsi de créer la catégorisation dans la protection constitutionnelle de l'expression.

Un an plus tard, dans l'arrêt *Ohralik v. Ohio State Bar Association*¹⁰⁸, une affaire portant sur une sanction disciplinaire imposée par le Barreau de l'État de l'Ohio à l'un de ses membres ayant pratiqué une sollicitation directe de clientèle en centre hospitalier, la Cour suprême précisa qu'elle ne pouvait octroyer au discours commercial, en conformité avec l'arrêt *Virginia Pharmacy*, une protection constitutionnelle équivalente à celle octroyée aux autres catégories¹⁰⁹ d'expression en vertu du *Premier Amendement*¹¹⁰. En reconnais-

¹⁰⁸*Ohralick v. Ohio State Bar Association*, 436 U.S. 447 (1978), ci-après l'arrêt *Ohralick*. Dans cet arrêt, la Cour suprême jugea valide une réglementation de l'État de l'Ohio qui interdisait aux avocats de solliciter directement des personnes hospitalisées: l'"*ambulance chasing*". La Cour suprême trouvait que cette forme de sollicitation directe demandait au sollicité de prendre immédiatement une décision sans possibilité de comparer l'information reçue. Dans *Re Primus*, 436 U.S. 412 (1978), rendu en même temps que l'arrêt *Ohralick*, la Cour suprême déclara inconstitutionnelle une sanction imposée par le Barreau de l'État de l'Ohio à l'un de ses membres en raison du fait que celui-ci avait directement sollicité une personne afin d'avoir une cause pour tester la validité d'une loi. La Cour suprême estima que cette sollicitation directe de personne à personne était, en l'espèce, une forme d'expression politique et non un discours commercial. Elle invalida la sanction disciplinaire. Il importe de préciser, que dans l'affaire *Ohralick*, l'activité jugée nuisible n'était pas un discours commercial mais une activité commerciale. Elle fut déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle demandait l'aide du discours commercial pour son initiation et sa réalisation.

¹⁰⁹Pour des commentaires sur l'approche par catégories développée aux États-Unis relativement à la protection constitutionnelle offerte par le *Premier Amendement*, voir: THOMAS M. SCANLON, "Freedom of Expression and Categories of Expression", (1978-79) 40 *U. of Pittsburg L. Rev.*, pages 519 à 550; FREDERICK SCHAUER, "Categories and the *First Amendment*: A Play in Three Acts", (1981) 34 *Vanderbilt L. Rev.*, pages 265 à 307; PIERRE J. SCHLAG, "An Attack on Categorical Approaches to Freedom of Speech", (1982-83) 30 *U.C.L.A. L. Rev.*, pages 671 à 739.

sant l'intérêt de l'État à régulariser la sollicitation des services de droit, la Cour suprême s'est ainsi dégagée du mode de protection constitutionnelle accordée au "*commercial speech*" dans l'arrêt *Virginia Pharmacy*. L'arrêt *Ohlarick* pava ainsi la voie à l'arrêt *Central Hudson*¹¹⁰. La Cour suprême précisa de nouveau que la théorie de l'"*overbreadth*" ne pouvait s'appliquer au discours commercial¹¹².

En 1980, une décision importante de la Cour suprême des États-Unis, l'arrêt *Central Hudson Gas and Electric Corporation v. Public Service Commission*¹¹³ réitéra que le Premier Amendement protégeait le discours commercial en autant que celui-ci soit une activité légale

¹¹⁰*Ohlarick, supra*, note 108, par. 455 et 456. Au paragraphe 456, la Cour s'exprime en ces termes: "[...] we instead have afforded commercial speech a limited measure of protection, commensurate with its subordinate position in the scale of *First Amendment* values [...]". Voir également *Friedman v. Rogers*, 440 U.S. 1 (1979) où la Cour suprême valida une loi de l'État du Texas qui empêchait les optométristes de pratiquer leur profession sous un nom commercial. Relativement à l'arrêt *Friedman*, voir: JONATHAN J. FLEUCHAUS, "*First Amendment* protection for Commercial Speech: An Optical Illusion?", (1978-79) 31 *U. of Florida L. Rev.*, pages 799 à 814; MICHAEL A. ST-PIERRE, "Constitutional Law-*First Amendment*-Narrowing the Scope of *First Amendment*-Protection for Commercial Expression-*Friedman v. Rogers* 99 S. Ct. 887 (1979)", (1979) 13 *Suffolk U. L. Rev.*, pages 1503 à 1523.

¹¹¹MARY B. NUTT, *loc. cit.*, note 85, page 186.

¹¹²*Ohralick, supra*, note 108, par. 457.

¹¹³*Central Hudson Gas and Electric Corporation v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980), ci-après l'arrêt *Central Hudson*. Concernant cet arrêt, voir: KATHLEN MCKEON, "*Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 100 S.Ct. 2343 (1980)", (1981) 11 *Environmental Law*, pages 767 à 783; STEVEN ALAN CHILDRESS, "*Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York: The Commercial Speech Doctrine under the First Amendment*", (1980-81) 12-13 *U. of West Los Angeles L. Rev.*, pages 297 à 305; NATHALIE ABRAMS, "The Sham Exception to the Noerr-Pennington Doctrine: A Commercial Speech Interpretation", (1982-83) 49 *Brooklin L. Rev.*, pages 573 à 603; ELLEN MARIE VAN RIPER, "*Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Compagny: Rolling the Dice with Central Hudson*", (1987-1988) 40 *Rutgers L. Rev.*, pages 241 à 281; BARBARA M. MACK, *loc. cit.*, note 85, pages 65 à 73; GEORGE H. WILCOX, *loc. cit.*, note 94, pages 600 à 606.

et non mensongère. En définitive, selon la Cour suprême, ce que protège le *Premier Amendement*, c'est la fonction informative de la publicité. On ne peut donc pas s'opposer à l'absence de protection constitutionnelle d'un discours commercial qui n'informerait pas le public, qui véhiculerait une information mensongère ou qui constituerait une activité illégale.

La Cour suprême réaffirma également que le discours commercial bénéficiait d'une protection moindre que celle accordée à une autre catégorie de discours¹¹⁴. Il est vrai toutefois que la Cour suprême avait déjà fait une telle mention dans des arrêts antérieurs. Néanmoins, aucun n'avait explicitement précisé la façon dont devait s'activer la protection constitutionnelle spécifique au "*commercial speech*". Bien que l'arrêt *Central Hudson* ne s'applique qu'une fois que l'on a déterminé que le litige porte sur le "*commercial speech*"¹¹⁵, l'importance de celui-ci réside dans le fait que la Cour suprême y façonna une méthode d'analyse en quatre volets permettant de déterminer la constitutionnalité du "*commercial speech*". En définitive, l'arrêt *Central Hudson* a permis de clarifier le degré de protection constitutionnelle que méritait le "*commercial speech*"¹¹⁶. Mentionnons néanmoins que lorsque furent rendus les premiers jugements en vertu de la *Charte*

¹¹⁴*Central Hudson, supra*, note 113, par. 562: "The Constitution therefore accords a lesser protection to commercial speech than to other constitutionally guaranteed expression".

¹¹⁵*Id.*, par. 566. Voir également: GEORGE H. WILCOX, *loc. cit.*, note 94, page 602. Cet auteur fait également part du fait que l'arrêt *Central Hudson* n'a pas établi ce en quoi constituait exactement le "*commercial speech*" puisque les critères d'analyse proposés dans cet arrêt ne s'applique qu'après qu'on est établi que le litige porte sur le "*commercial speech*".

¹¹⁶MARY B. NUTT, *loc. cit.*, note 85, page 186.

canadienne, la Cour suprême américaine avait, dans l'arrêt *Metromedia Inc. v. City of San Diego*¹¹⁷, apporté une modulation au test de l'arrêt *Central Hudson*.

C'est ainsi que dans ce jugement rendu un an après celui de *Central Hudson*, on assista à une dilution des critères élaborés dans celui-ci relativement à la justification de la garantie constitutionnelle accordée au "commercial speech"¹¹⁸. L'arrêt *Metromedia* portait sur la constitutionnalité d'une réglementation municipale interdisant tout affichage autre que l'affichage historique, religieux ou l'affichage relatif aux services publics. Par cette réglementation, la ville désirait que la circulation routière se fasse en toute sécurité, sans panneaux d'affichage pouvant distraire les conducteurs. Elle y prônait également la protection de l'environnement esthétique de la municipalité¹¹⁹. La Cour suprême conclua à la constitutionnalité de la réglementation en raison du fait que la limitation à l'affichage commercial n'était pas manifestement déraisonnable¹²⁰.

¹¹⁷*Metromedia Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981), ci-après l'arrêt *Metromedia*. Pour des commentaires sur cet arrêt, voir: CASE COMMENTS, "Standard of Review For Regulations of Commercial Speech: *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*", (1982) 66 *Minnesota L. Rev.*, pages 903 à 930; STEFANIA A. DENBOW, "Commercial Speech and the First Amendment-Continuing Uncertainty after six years", (1982-83) 12 *Capital U. L. Rev.*, pages 115 à 141. Voir également: *Zauderer v. Office of Disciplinary Council of the Supreme Court of Ohio*, 105 S. Ct. 2265 (1985).

¹¹⁸MARY B. NUTT, *loc. cit.*, note 85, page 189.

¹¹⁹*Metromedia, supra*, note 117, par. 507 et 508.

¹²⁰*Id.*, par. 509. Pour des commentaires sur le fait que le règlement n'était pas manifestement déraisonnable, voir: MARY B. NUTT, *loc. cit.*, note 85, page 189. Il y eu trois opinions dissidentes distinctes et deux opinions majoritaires différentes dans ce jugement. Le juge Rehnquist, dissident, qualifie les opinions majoritaires de véritable tour de Babel d'où il est impossible de tirer des règles claires (par. 569). Pour de plus amples commentaires sur cette décision, voir: BARBARA M. MACK, *loc. cit.*, note 85, pages 71 et 72.

* * *

Le courant jurisprudentiel s'étendant de l'arrêt *Virginia Pharmacy* à l'arrêt *Metromedia* constituait l'état de la jurisprudence américaine¹²¹ lorsque les tribunaux canadiens d'instance inférieure eurent à traiter de la liberté d'expression commerciale en vertu de la *Charte canadienne*. D'aucuns prétendront qu'avec l'avènement de la *Charte canadienne*, il nous faut admettre que nos cours de justice allaient d'emblée suivre l'expérience américaine de même que la voie tracée par l'arrêt *Boucher*, et ainsi permettre une interprétation plus libérale de la liberté d'expression afin d'y inclure d'autres catégories d'expression dont, entre autres, l'expression commerciale. Tel ne fut point le cas.

¹²¹Il s'avère intéressant de noter que dans l'arrêt *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60 (1983), une affaire portant sur la qualification d'une information d'intérêt public touchant la relation entre la cigarette et les maladies cardiaques, laquelle fut présentée sous la forme d'un éditorial et non d'un message publicitaire, le juge Rehnquist qui s'était jusque là opposé à la protection constitutionnelle du "*commercial speech*", accepta le test élaboré dans l'arrêt *Central Hudson*. On a alors prétendu qu'en agissant de la sorte, le juge Rehnquist, vu les difficultés rencontrées afin de rallier une majorité de juges à sa position, a tout simplement fait corps avec l'opinion majoritaire pour mieux détruire la doctrine de l'intérieur. À cet effet, voir: DONALD E. LIVELY, *loc. cit.*, note 85, pages 307 et 308; ALBERT P. MAURO Jr. *loc. cit.*, note 85, page 1944. Pour de plus amples informations concernant la vision du juge Rehnquist relativement à la liberté de parole, voir: JOHN DENVER, "Justice Brennan, Justice Rehnquist, and Free Speech, (1985-86) 80 *North Western U. L. Rev.*, pages 293 à 299. Le triomphe du juge Rehnquist fut ensuite à son apogée dans l'arrêt *Posadas de Puerto Rico v. Tourism Compagny of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986), ci-après l'arrêt *Posadas*. À la majorité de 5 contre 4, la Cour suprême a maintenu une disposition interdisant la publicité ayant trait aux casinos à l'extérieur de Puerto Rico. Le juge Rehnquist, pour la majorité, précisa que si la législature avait la compétence d'interdire complètement le jeu, elle avait nécessairement la compétence moindre d'en interdire la publicité. Voir également: *Board of Trustees of the State University of New York v. Fox*, 492 U.S. 469 (1989).

D'une part, certains tribunaux, devant lesquels furent soumis des problèmes juridiques requérant une interprétation plus élargie de la liberté d'expression, relativement aux droits et libertés mentionnés dans la *Charte*, manifestèrent une réticence à s'éloigner du courant jurisprudentiel¹²² antérieur à la *Charte*. D'autre part, certaines instances judiciaires¹²³ ont néanmoins conclu à l'existence d'une protection constitutionnelle pour la liberté d'expression commerciale.

Nous constatons ainsi que nos tribunaux d'instance inférieure ont fait preuve, avant les grands arrêts de la Cour suprême portant sur la liberté d'expression commerciale, d'une certaine ambivalence relativement à la protection constitutionnelle de l'expression

¹²²Dans les arrêts suivants, diverses instances judiciaires ont conclu à l'absence de protection constitutionnelle relativement à liberté d'expression commerciale: *Re Koumoudoros and Metro Toronto*, [1984] 6 D.L.R. (4th) 523 (Div. Court); *Re Klein and Re Dvorak and Law Society of Upper Canada*, [1985] 16 D.L.R. (4th) 489 (Ont. Div. Ct.), ci-après l'arrêt *Klein*; *Grier v. Alberta Optometric Association*, [1985] 5 W.W.R. 436 (Alta Q.S.), lequel suivait le raisonnement de l'arrêt *Re Klein* mais l'arrêt *Grier* fut renversé en Cour d'appel, [1987] 53 Alta L.R. 289, ci-après l'arrêt *Grier*; *R. v. Tremayne*, [1986] 52 C.R. (3d) 262 (B.C.S.C.); *R. v. Professional Technology of Canada Ltd*, [1986] 2 C.P.R. (3d) 318 (Alta Prov. Ct.); *Reference Re Sections 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, [1987] 6 W.W.R. 289 (Man C.A.), lequel fut d'ailleurs renversé en Cour suprême, voir: *Renvoi relatif au Code criminel*, *supra*, note 8; *Griffin v. College of Dental Surgeons of B.C. and A. G. of B.C.*, [1988] 3 W.W.R. 60 (B.C.S.C.); *Pinhouse Plaza Pharmacy v. R.*, [1988] 3 W.W.R. 705 (Sask. Q.B.).

¹²³La plupart des arrêts rendus avant les arrêts *Ford et Irwin Toy* en Cour suprême du Canada, lesquels reconnaissaient la liberté d'expression commerciale comme une liberté d'expression constitutionnellement protégée par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*, refusèrent une telle protection à l'expression commerciale. Il y a eu cependant quelques exceptions, dont entre autres: *Re Ontario Film and Video Appreciation Society Board of Censor*, [1985] 45 O.R. (2d) 80 (C.A.); *R. v. Videoflicks Ltd*, [1985] 48 O.R. (2d) 395 (C.A.); *R. v. Halpert*, [1985] 48 O.R. (2d) 249 (Prov. Ct.), infirmé en appel aux motifs que la restriction était une limite raisonnable, [1985] 15 C.C.C. 93 (2d) 392; *Irwin Toy Ltd c. P.G. du Québec*, [1986] R.J.Q. 2441 (C.A.); *Les Chaussures Brown's Inc. c. P.G. du Québec*, [1987] R.J.Q. 80 (C.A.); ; *R. v. Skinner*, [1987] 58 C.R. (3d) 137; *R. v. Jaheka*, [1987] 59 C.R. (3d) 164.

commerciale. La reconnaissance unanime de l'expression commerciale, en tant que liberté d'expression constitutionnellement protégée, allait dès lors s'avérer fort ardue.

Cette ambivalence judiciaire se fit sentir lorsque la Cour d'appel de l'Ontario rendit son jugement dans l'arrêt *Klein*¹²⁴, une affaire portant sur la liberté d'expression en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*. De tous les arrêts traitant de la liberté d'expression commerciale, l'arrêt *Klein*, par l'opinion majoritaire élaborée par le juge Callaghan qui s'élevait contre la protection constitutionnelle de l'expression commerciale et par la célèbre dissidence du juge Henry, constitue l'arrêt qui résume le mieux le courant jurisprudentiel canadien existant avant les arrêts *Ford et Irwin Toy* en Cour suprême du Canada. Selon les juges majoritaires, lesquels d'ailleurs passent en revue la jurisprudence américaine, l'expression commerciale ne bénéficiait d'aucune protection en vertu de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*. La Cour d'appel de l'Ontario affirma ainsi que la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) ne pouvait s'étendre à l'expression commerciale puisqu'une telle liberté fondamentale relevait des libertés politiques traditionnelles¹²⁵.

¹²⁴*Klein, supra*, note 122. Lorsque fut rendu l'arrêt *Klein*, les jugements suivants avaient déjà conclu à la protection constitutionnelle de l'expression commerciale: *Re Ontario Film and Video Appreciation Society Board of Censor, supra*, note 123; *R. v. Videoflicks Ltd, supra*, note 123; *R. v. Ramsingh et al.*, [1984] 14 C.C.C. (3d) 230 (Man Q.B.); *R. v. Keegstra*, [1984] 19 C.C.C. (3d) 254 (Alta Q.B.), ici cependant on précise que la propagande haineuse est exclue du champ de protection de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*; *R. v. Wagner*, [1985] 43 C.R. 328 (Alta Q.B.); *Re Information Retailers Association of Metropolitan Toronto Inc. and Municipality of Metropolitan Toronto*, [1985] 52 O.R. (2d) 449; *Re Luscher and Dignity Minister of National Revenue, Customs and Excise*, [1985] 17 D.L.R. (4th) 503 (Fed. C.A.).

¹²⁵*Klein, supra*, note 122, page 532. Pour des commentaires supplémentaires sur cet arrêt, voir: STEFAN BRAUN, "Should Commercial Speech be Accorded Prima Facie Constitutional Recognition under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?", (1986) 18 *Ottawa L. Rev.*, pages 42 à 48; ANDRÉ BINETTE, "La liberté d'expression commerciale", (1987) 28 *C. de D.*, pages 346 à 350.

Selon le juge Callaghan, l'expression commerciale, ne contribuant en rien aux valeurs démocratiques en ce sens qu'elle n'a rien à voir avec la façon dont le peuple est gouverné ou voudrait l'être, ne peut bénéficier d'une protection constitutionnelle¹²⁶. Il rejeta la jurisprudence américaine. Il prétendit que les justifications constitutionnelles américaines ne pouvaient trouver application en terre canadienne en raison du fait que le *Premier Amendement* et la *Charte canadienne* sont fort différents vu la présence de l'article premier¹²⁷ dans celle-ci. Le juge Callaghan refusait ainsi d'intégrer la jurisprudence américaine à l'analyse de la constitutionnalité de l'expression en cause et ce, par crainte qu'une telle analyse s'effectue sur deux paliers distincts¹²⁸ (un pour l'expression commerciale et l'autre pour toute autre catégorie d'expression) alors que la *Charte canadienne* possédait, par son article premier, un critère d'analyse unique pour toutes les libertés et les droits qui y sont inscrits.

Le juge Henry, dans sa dissidence, reprend les arguments fondés sur le texte et l'esprit de la *Charte* tel qu'élaborés par les juges Jacques et Vallerand dans l'arrêt *Irwin Toy*¹²⁹ en Cour d'appel du Québec. S'inspirant de l'arrêt *Virginia Pharmacy*, le juge Henry base son jugement sur le libéralisme économique en ce sens que la libre information

¹²⁶*Klein, supra*, note 122, page 539.

¹²⁷*Id.*, pages 537 et 538. Lorsque fut rendu le jugement dans l'affaire *Klein*, la Cour suprême du Canada ne s'était pas encore penchée sur l'article 1 de la *Charte canadienne* et n'en n'avait pas encore élaboré le mode d'application.

¹²⁸*Id.*, page 538.

¹²⁹*Irwin Toy Ltd c. P.G. du Québec, supra*, note 123, pages 2447 et 2448 pour les commentaires du juge Jacques ; pages 2457 à 2461 pour ceux du juge Vallerand.

économique¹³⁰ doit exister dans un système où le citoyen, en vue d'obtenir, un bien ou un service quelconque, doit avoir accès au maximum d'informations. Il ajouta que les politiques économiques mises de l'avant par nos institutions gouvernementales, fort préoccupées par le bon fonctionnement de notre système capitaliste, sont le plus souvent les seuls baromètres valables soumis à l'évaluation de l'électorat¹³¹. La libre circulation de l'information commerciale se devait donc d'être maintenue.

La jurisprudence américaine octroyait une reconnaissance constitutionnelle à l'expression commerciale en soutenant que les citoyens, afin d'effectuer des choix économiques éclairés, avaient besoin d'une libre circulation de l'information¹³². Or, la jurisprudence canadienne n'était pas unanime relativement à la protection constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale. La Cour suprême allait donc devoir trancher le débat. C'est ainsi qu'à travers divers jugements rendus relativement à la liberté d'expression commerciale, la Cour suprême, s'appuyant sur certaines valeurs, justifia la protection constitutionnelle de l'expression commerciale dans le cadre de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*.

¹³⁰*Klein, supra*, note 122, pages 506, 509 et 510.

¹³¹*Id*, page 506.

¹³²*Virginia Pharmacy, supra*, note 83, par. 765.

SECTION 2 LES VALEURS JUSTIFICATIVES

Les droits et les libertés inscrits dans la *Charte canadienne* doivent recevoir une interprétation large et libérale. Il est indéniable que l' "[...] un des problèmes qui se pose lors du processus d'interprétation, est de savoir comment [...] donner une signification concrète à ce qui a été abstraitement énoncé [...]"¹³³. La Cour suprême a établi, dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*¹³⁴ et *R. c. Big M Drug Mart Ltd*¹³⁵, que l'interprétation d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte canadienne*, consistait à en rechercher l'objet visé. Le juge Dickson déclare également, dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, "[...] que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte [...]"¹³⁶ et qu'une telle interprétation doit s'effectuer, entre autres, dans son contexte philosophique:

L'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie [...]. En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de son contexte et que par conséquent [...] elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés¹³⁷.

¹³³JACQUES GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, page 29.

¹³⁴*Hunter, supra*, note 30.

¹³⁵*Big M Drug Mart, supra*, note 18.

¹³⁶*Id.*, page 344.

¹³⁷*Ibid.*

En l'espèce, notre analyse du contexte philosophique de la liberté d'expression nous amènera à discerner trois valeurs justificatives. Dans l'arrêt *Ford*¹³⁸, la Cour suprême fait état des distinctions proposées par Thomas I. Emerson¹³⁹ alors que celui-ci présente quatre valeurs servant à promouvoir la liberté d'expression. La Cour mentionne toutefois que deux de ces valeurs peuvent être liées et qu'ainsi, selon ce que propose le professeur Sharpe¹⁴⁰, la protection constitutionnelle de la liberté d'expression émane de trois valeurs justificatives: la démocratie, le libre marché des idées, duquel surgit indubitablement la recherche de la vérité, et l'autonomie individuelle indispensable au développement et à l'épanouissement personnels¹⁴¹.

La démocratie de même que le libre marché des idées sont des valeurs traditionnalistes justifiant l'épanouissement social et politique de la liberté d'expression¹⁴². La valeur

¹³⁸*Ford, supra*, note 20, page 765.

¹³⁹THOMAS I. EMERSON, "Toward a General Theory of the *First Amendment*", (1963) 72 *Yale L. J.*, pages 878 et 879.

¹⁴⁰ROBERT J. SHARPE, *loc. cit.*, note 41, page 232.

¹⁴¹C'est cette classification qui sera ensuite employée par la Cour suprême dans les arrêts touchant la liberté d'expression. Voir à cet effet: *Irwin Toy, supra*, note 25, pages 971 et 972, les juges majoritaires; *Rocket, supra*, note 25, page 247, juge McLachlin; *Keegstra, supra*, note 4, pages 727 et 728, juge Dickson et page 806 juge McLachlin; *Comité pour la République du Canada, supra*, note 4, pages 176 et 177, juge L'Heureux-Dubé.

¹⁴²JOSÉ WOEHLING, *loc. cit.*, note 2, page 888; RICHARD MOON, *loc. cit.*, note 6, page 332; WAYNE A. MACKAY, *loc. cit.*, note 24, page 718.

reliée à l'autonomie et à l'épanouissement personnels, qualifiée de valeur intrinsèque¹⁴³, constitue une valeur individualiste ou personnaliste en ce sens qu'elle met en relief le fait que ce qui prévaut avant tout, lorsqu'une personne s'exprime, c'est son propre épanouissement¹⁴⁴.

1) Les valeurs sociales: la démocratie et le libre marché des idées

L'importance de la justification selon la valeur sous-tendant le processus démocratique fut reconnu par les tribunaux¹⁴⁵ bien avant l'avènement de la *Charte Canadienne*. C'est ainsi que traditionnellement au Canada, la liberté d'expression fut toujours considérée comme une liberté garantissant que le système démocratique serait maintenu. Par l'exercice d'une telle liberté, les citoyens avaient la possibilité de discuter publiquement des questions touchant le gouvernement du pays. Selon une telle approche

¹⁴³La liberté d'expression, relativement aux valeurs reliées à la démocratie et au libre marché des idées, fut considérée comme un moyen d'atteindre d'autres fins. En ce qui a trait à la justification basée sur l'autonomie et l'épanouissement personnels, la liberté d'expression est alors perçue comme une fin en soi. Dans *Keegstra, supra*, note 4, page 804, la juge McLachlin fait le commentaire suivant: "La liberté d'expression vaut la peine d'être sauvegardée en raison de sa valeur intrinsèque".

¹⁴⁴NICOLE DUPLÉ, *loc. cit.*, note 40, page 556.

¹⁴⁵Reference re *Alberta Statutes, supra* note 6; *Boucher, supra* note 6; *Saumur, supra*, note 6; *Switzman, supra*, note 7.

traditionnelle, seule l'expression politique¹⁴⁶ se voyait octroyée une protection constitutionnelle. Cette interprétation trouve sa source dans la théorie philosophique élaborée par Meiklejohn¹⁴⁷.

Selon Meiklejohn, dans une société démocratique, le "*self-government*" constitue une valeur essentielle ne pouvant se réaliser que par la liberté d'expression¹⁴⁸ constitutionnellement protégée par le *Premier Amendement*¹⁴⁹. Le "*self-government*" est une notion faisant référence au fait que les citoyens, n'acceptant d'être gouvernés que par eux-mêmes, ont investi le gouvernement de certains pouvoirs, lesquels doivent toutefois être assujettis au *Bill of Rights*.

We Americans think of ourselves as politically free. We believe in self-government. If men are to be governed, we say, then that governing must be done, not by others, but by themselves. [...] Governments,

¹⁴⁶Voir *Procureur Général du Canada c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 8, où la Cour suprême emploie les termes "liberté d'expression politique" selon le sens traditionnel connu. Après la *Charte*, ils furent employés dans le même sens dans les arrêts suivants: *National Citizen Coalition Inc. v. A. G. Canada*, [1984] 11 D.L.R. (4th) 418; *McKay v. Government of Manitoba*, [1986] 2 W.W.R. 367; *International Fund for Animal Welfare Inc. c. La Reine*, [1987] 1 C.F. 244; *R. v. Reid*, [1988] 57. Alta L.R. (2d) 1 (Alta C.A.); *Comité pour la République du Canada c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 3.

¹⁴⁷ALEXANDER MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government* (1948), New York, Kennikat Press, 1972, 107 pages; ALEXANDER MEIKLEJOHN, "The *First Amendment* and Evils that Congress has a Right to Prevent", (1951) 26 *Ind. L. J.*, pages 477 à 493; ALEXANDER MEIKLEJOHN, "The *First Amendment* is an Absolute", (1961) *The Sup. Ct. Rev.*, pages 245 à 266.

¹⁴⁸Dans *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964), par. 74 et 75, la Cour suprême des États-Unis fait le commentaire suivant: "[...] speech concerning public affairs is more than self-expression it is the essence of self-government."

¹⁴⁹ALEXANDER MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, *op. cit.*, note 147, page 88.

we insist, derive their just powers from the consent of the governed. If that consent be lacking, governments have no just powers¹⁵⁰. [...] The *Bill of Rights* also, sharply and explicitly defines boundries beyond which acts of governing may not go¹⁵¹. [...] Under the *Bill of Rights* it is "we" who "govern" our possessions. It is "we" and not "they" that must be free.¹⁵²

Le "*self-government*" se traduit en fait par la capacité que possède chaque citoyen de surveiller le maintien et la promotion de ce contrat social¹⁵³ et ce, par ses choix de même que par ses jugements politiques qu'il exprimera librement lors de l'exercice de son droit de vote. Cette liberté d'expression permet ainsi à chaque citoyen de conserver sa dignité tout en favorisant son développement en tant que personne sensible et intelligente¹⁵⁴. En fait, possédant de meilleurs qualifications cognitives, les citoyens pourront ainsi participer plus adéquatement au processus politique. Par le fait même, le "*self-government*"

¹⁵⁰*Id.*, page 3.

¹⁵¹*Id.*, page 13.

¹⁵²*Id.*, page 69.

¹⁵³Voir: FRÉDÉRIK CHARETTE, "Libéraliser la publicité des avocats: fondements et conséquences", (1992) 71 *R. du B. Can.*, page 515, où l'auteur apporte la précision suivante relativement au contrat enchassé dans le *Bill of Rights*: "La liberté de parole procède, historiquement, d'un contrat. Le Roi, dans l'Angleterre du dix-huitième siècle, accepte de donner la parole aux représentants du royaume (le militaire, le prêtre et le plébéien), en échange de leur consentement à payer l'impôt, d'où l'adage "*No taxation without representation*". C'est le contrat social qui sera enchassé dans la *Constitution américaine de 1789*."

¹⁵⁴ALEXANDER MEIKLEJHON, "*The First Amendment is an Absolute*", *loc. cit.*, note 147, page 255.

pourra continuer à exister et à servir la promotion de ce que Meiklejohn considère comme le principe gouvernemental le plus fondamental imaginé par l'être humain¹⁵⁵.

Il existe cependant une limite à la garantie offerte par le *Premier Amendement*: celle-ci ne couvre que la liberté d'expression ayant trait aux affaires publiques¹⁵⁶. C'est ce que prétend Meiklejohn, lorsqu'à propos de la liberté de parole protégée par le *Premier Amendement*, il s'exprime ainsi:

[...] *First Amendment* does not protect a "freedom to speak". It protects the freedom of those activities of thought and communications by which we "govern". It is concerned, not with a private right, but a public power [...] ¹⁵⁷.

Cette approche a suscité certaines critiques¹⁵⁸ puisqu'elle ne permettait aucunement de protéger l'expression philosophique, artistique ou littéraire. Meiklejohn a toutefois accepté d'inclure ces catégories d'expression dans une définition plus élaborée de la liberté

¹⁵⁵ALEXANDER MEIKLEJOHN, "The *First Amendment* and Evils that Congress has a Right to Prevent", *loc. cit.*, note 147, page 493.

¹⁵⁶ALEXANDER MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, *op. cit.*, note 147, page 94. Voir également: *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966), par. 218.

¹⁵⁷ALEXANDER MEIKLEJOHN, "The *First Amendment* is an Absolute", *loc. cit.*, note 147, page 255.

¹⁵⁸Voir sur ce sujet: LEE C. BOLLIGER, "Free Speech and Intellectual Values", (1982-83) 92 *Yale L.J.* 438.

d'expression puisqu'en définitive, elles pouvaient être également utiles aux citoyens afin de rendre leur expression politique et leur "self-government" effectives¹⁵⁹.

Si on adopte la théorie instrumentaliste de Meiklejohn¹⁶⁰, la seule catégorie d'expression constitutionnellement protégée permettant aux citoyens de se développer en tant que personne intelligente et sensible, serait l'expression politique.

¹⁵⁹EDWARD J. EBERLE, "Practical Reason: The Commercial Speech Paradigm", (1992) 42 *Case Western Reserve L. Rev.*, page 419.

¹⁶⁰Cette théorie fut qualifiée d'instrumentaliste en raison du fait que ce sont les résultats produits, les moyens d'atteindre d'autres fins, qui importent et non l'expression en elle-même, c'est-à-dire l'expression comme une fin en soi. Dans *Keegstra, supra*, note 4, aux pages 802 à 806, la juge McLachlin mentionne que les justifications instrumentalistes peuvent être de deux ordres: la démocratie et la recherche de la vérité (libre marché des idées). La valeur justifiant la protection de la liberté d'expression en tant que fin en soi est qualifiée de valeur intrinsèque. Il s'agit des valeurs liées à l'autonomie individuelle et à l'épanouissement personnel. Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada, supra*, note 4, pages 169 et 170, la juge l'Heureux-Dubé nous indique que cette catégorisation comme fin en soi ou comme moyen de parvenir à d'autres fins existe vraiment mais, lorsque l'expression est qualifiée de politique, les deux notions semblent liées entre elles. Voir également: LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press Inc., 1978, aux pages 578 et 579 où l'auteur discute de ces classifications et nous précise qu'il opterait pour la valeur intrinsèque. Voir également: WILLIAM H. REHNQUIST, "The First Amendment: Freedom, Philosophy, and the Law", (1976-77) 12 *Gonzaga L. Rev.*, pages 4 à 6.

Or, la liberté d'expression inscrite dans le *Premier Amendement* du *Bill of Rights* américain de même que dans la *Charte canadienne* n'est pas restreinte¹⁶¹ au seul processus politique. Dans l'arrêt *Chernesky*¹⁶² rendu en 1979, le juge Dickson affirmait déjà que la discussion libre et éclairée des sujets d'intérêt public et non seulement ceux d'intérêt politique constituait un élément fondamental d'une société démocratique.

Il ne fait aucun doute que la justification de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression, fondée sur la valeur démocratique, occupe une place primordiale. Toutefois, elle ne peut servir à justifier qu'un aspect de la liberté d'expression.

La recherche de la vérité, pierre angulaire d'une deuxième théorie philosophique, allait ainsi servir de base à une reconnaissance constitutionnelle plus étendue de la liberté

¹⁶¹Dans l'arrêt *Taylor, supra*, note 10, page 921, le juge Dickson, pour la majorité, met l'accent sur la liberté d'expression en tant que garantie constitutionnelle constituant l'assise même des droits et libertés inscrits dans la *Charte canadienne* et de ce fait, exprime l'idée que la liberté d'expression est beaucoup plus que la simple expression politique. Dans *Keegstra, supra*, note 4, pages 763 et 764, le juge en chef Dickson s'exprime de nouveau en ce sens en mentionnant que: "Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'alinéa 2b), et ce lien tient dans une large mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie." L'engagement démocratique préconise un processus politique mettant l'accent sur la participation des citoyens relativement aux choix politiques à faire, laquelle participation promeut également le respect et la dignité de la personne puisque tous peuvent exprimer librement leur choix. Aucune expression ne peut ainsi être restreinte. Dans *Keegstra, supra*, note 4, page 802, le juge McLachlin affirme que la liberté d'expression est la liberté clé dont dépend toutes les autres.

¹⁶²*Chernesky, supra*, note 73, page 1096. De même, dans l'arrêt *Switzman, supra*, note 7, page 306, le juge Rand fait état du libre accès des idées et de leur diffusion sans entraves.

d'expression. Cette théorie instrumentaliste¹⁶³ trouve son origine dans la pensée philosophique de John Stuart Mill¹⁶⁴. Selon Mill, la vérité finira toujours par ressortir de la fausseté¹⁶⁵, elle jaillira inexorablement de l'échange des idées. Il ne faut donc d'aucune façon restreindre la liberté d'exprimer ses idées puisque la vérité a ainsi plus de chance d'être révélée.

Il est vrai que la liberté d'expression n'a pas toujours donné lieu à des échanges conduisant inévitablement à la vérité. Des idées fallacieuses et dangereusement fausses ont, dans les années passées, persisté longtemps comme représentant la vérité¹⁶⁶.

¹⁶³Cette valeur est également qualifiée d'instrumentaliste parce que l'effet de la liberté d'expression est de permettre l'émergence de la vérité. Voir PIERRE J. SCHLAG, *loc. cit.*, note 109, page 726: "The marketplace interpretation of the first amendment thus converts freedom of speech into an instrumental good: freedom of speech is apparently preserved and protected to the extent that it promotes truth. As such, the theory focuses on the effect of speech-its impact on the quest for truth."

¹⁶⁴JOHN STUART MILL, *op. cit.*, note 78. Pour une analyse de trois théories développées à partir du libre marché des idées, voir: EDWIN C. BAKER, "Scope of the First Amendment Freedom of Speech, (1977-78) 25 U.C.L.A. L. Rev., pages 964 à 1040.

¹⁶⁵Dans *Keegstra, supra*, note 4, page 763, le juge Dickson nous incite à ne pas trop accorder d'importance à cette théorie dans le contexte de la propagande haineuse. Selon lui, il est peu probable que des déclarations destinées à fomenter la haine soient vraies: "C'est un leurre de les présenter comme cruciales pour la détermination de la vérité et pour l'amélioration du milieu politique et social." Dans son jugement, il passe en revue les trois valeurs justifiant la reconnaissance constitutionnelle de la liberté d'expression et en conclut que la propagande haineuse ne vient satisfaire aucune de ces valeurs. Il importe de préciser que le juge Dickson a émis ce commentaire lors de son analyse du litige en vertu de l'article premier de la *Charte*. Procédant à l'analyse de l'expression litigieuse dans le cadre de l'alinéa 2 b), la juge McLachlin, à la page 803, émet cependant une dissidence sur ce point.

¹⁶⁶*Keegstra, supra*, note 4, page 803, juge McLachlin.

Mill soutient néanmoins que l'émergence d'idées contradictoires et présumément fausses aura pour conséquence directe de cultiver l'intelligence et le jugement humains et ainsi contribuer au développement de l'esprit humain dans sa capacité à reconnaître la vérité.

Les facultés humaines de la perception, du jugement, du discernement, de l'activité mentale, et même de la préférence morale ne s'exercent qu'en faisant des choix. Celui qui n'a que l'usage comme motif de ses actions ne fait aucun choix. Il ne s'exerce pas ainsi à discerner ou à désirer ce que vaut le mieux. Les forces intellectuelles et morales, comme les fibres musculaires, ne se raffermissent que dans l'exercice¹⁶⁷.

Selon Mill, tôt ou tard, la vérité finira toujours par apparaître¹⁶⁸ et même si une opinion est fausse, on ne peut en priver l'humanité¹⁶⁹. Cesser d'émettre des opinions sous prétexte qu'elles pourraient être fausses, aurait un effet paralysant¹⁷⁰ sur la vie en société car tout développement et évolution seraient dès lors compromis.

¹⁶⁷JOHN STUART MILL, *op. cit.* note 78, pages 89 et 90. Voir également les réflexions de l'auteur sur le même sujet aux pages 96 à 99.

¹⁶⁸*Id.*, page 45.

¹⁶⁹*Id.*, pages 28 et 29.

¹⁷⁰*Id.*, pages 32, 52 et 53. Voir également: *Keegstra, supra*, note 4, page 850 où la juge McLachlin en référence à la notion américaine du "*chilling effect*" fait état du fait que des restrictions à la liberté d'expression peut avoir un effet paralysant sur la créativité et l'échange des idées: "Une seconde caractéristique propre à la liberté d'expression est que les restrictions qui lui sont imposées tendent à avoir une incidence sur d'autres expressions que celle visée. [...] Le citoyen respectueux des lois qui ne veut pas commettre d'infraction décidera de ne pas courir le risque dans un cas douteux. La créativité et l'échange bénéfique d'idées en souffriront."

2) *Les valeurs individualistes: le développement et l'épanouissement personnels*

La théorie traditionaliste relative à la démocratie parlementaire énoncée par Meiklejohn, la liberté d'expression permettront au citoyen de faire des choix politiques éclairés, fut par la suite développée de façon personnaliste par Scanlon¹⁷¹, Dworkin¹⁷² et Rawls¹⁷³ et ce, relativement aux valeurs d'autonomie et d'épanouissement personnels. Pour ces auteurs, la liberté d'expression est importante afin que toute personne puisse faire des choix éclairés la concernant personnellement. C'est ce qu'on appelle le "*self-government*" individuel¹⁷⁴.

Nous allons donc, afin de concevoir la base philosophique de la valeur individualiste, nous référer à ces trois théoriciens: Scanlon et sa notion d'autodétermination de la personne, Dworkin et sa notion d'égalité et de respect de la personne, Rawls et sa conception intuitive de la primauté de la justice. Nous devons cependant conclure qu'aucune de ces approches philosophiques n'expliquent intégralement ce pourquoi la communication d'informations économiques destinées au consommateur constitue un mode d'expression justifiant une protection constitutionnelle. Toutefois, en les reliant entre elles,

¹⁷¹THOMAS SCANLON, "A Theory of Freedom of Expression" dans RONALD M. DWORKIN (ed. by), *The Philosophy of the Law*, Oxford, University Press, 1977, pages 153 à 171.

¹⁷²RONALD M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978, 371 pages; RONALD M. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, 425 pages.

¹⁷³JOHN RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Éditions du Seuil, 1987, 666 pages, traduction de Catherine Audard.

¹⁷⁴RICHARD MOON, *loc. cit.*, note 6, page 344.

ces théories nous permettent de comprendre les valeurs de l'autonomie et à de l'épanouissement personnels.

Toutes ces théories préconisent la promotion de l'autonomie de la personne. Cependant aucune n'est spécifiquement reliée¹⁷⁵ à la liberté d'expression en tant que telle. Toutes ces théories mettent en relief la primauté de l'autonomie en tant que valeur intrinsèque présente dans chaque personne. Toutefois, aucune de ces théories ne se rattache spécifiquement à la relation communicative que constitue l'expression, l'échange de communications entre les personnes.

Rawls propose une approche philosophique dont un principe fondamental est à l'effet que toute personne "[...] doit avoir un droit égal au système total le plus étendu de libertés de base égales pour tous, compatible avec un même système de liberté pour tous"¹⁷⁶. Ces libertés de base sont, entre autres, les libertés publiques, la liberté d'expression, de pensée et de conscience, la liberté de réunion¹⁷⁷. Il soutient toutefois qu'il "[...] faut garder présent à l'esprit que les libertés de base doivent être évaluées comme un tout, comme un système"¹⁷⁸. Elles doivent être égales pour tous. Or, comme les citoyens

¹⁷⁵Dans *Keegstra, supra*, note 4, page 805, la juge McLachlin prétend que l'épanouissement de la personne constitue une valeur trop imprécise et qu'ainsi elle n'aurait qu'une application utilitaire et ne pourrait dès lors servir à expliquer la reconnaissance constitutionnelle accordée à l'expression. Elle s'exprime d'ailleurs ainsi: "Prise isolément cette justification de la libre expression est peut-être trop large et trop imprécise pour fonder un principe constitutionnel. En outre, elle n'explique pas pourquoi l'expression mérite un statut constitutionnel particulier et non certaines autres activités d'épanouissement personnel."

¹⁷⁶JOHN RAWLS, *op. cit.*, note 173, page 287.

¹⁷⁷*Id.*, page 92.

¹⁷⁸*Id.*, page 238.

n'occupent pas tous une position originelle¹⁷⁹ identique, tout doit être mis en oeuvre afin que chacun jouisse pleinement de ces libertés car, pour Rawls, la "[...] justice sociale est la première vertu des institutions sociales [...]"¹⁸⁰.

Le but de la justice sociale est ainsi de maximiser, pour les citoyens dans une position originelle désavantagée, la valeur du "[...] système complet des libertés égales pour tous"¹⁸¹. Toute personne aura ainsi l'opportunité de se réaliser socialement. Pour Rawls, le développement de la personne passe par la réalisation de son projet de vie¹⁸². La primauté de la justice, en permettant à chacun de se réaliser par la liberté d'expression, favorise ainsi l'autonomie et l'épanouissement personnels. Cette approche s'avère toutefois non spécifique à la liberté d'expression puisqu'elle est formulée pour l'ensemble des libertés.

Selon l'approche philosophique élaborée par Scanlon¹⁸³, la personne humaine est en soi autonome et, en ce sens, elle jouit de la liberté de pensée et de la liberté de faire des choix¹⁸⁴. Or, toute personne autonome demeure libre de penser même si cette personne n'est pas libre de communiquer sa pensée aux autres et même si elle ne peut recevoir la

¹⁷⁹*Id.*, pages 44 à 48, commentaires supplémentaires de l'auteur relatifs à la position originelle.

¹⁸⁰*Id.*, page 29.

¹⁸¹*Id.*, page 240.

¹⁸²*Id.*, page 592.

¹⁸³THOMAS SCANLON, *op. cit.*, note 171.

¹⁸⁴*Id.*, pages 162 et 163.

communication de l'autre¹⁸⁵. Elle est libre de penser et elle est libre de choisir d'écouter ou de se fermer aux idées des autres. Peu importe le chemin emprunté, la personne autonome fait toujours un choix. C'est la personne qui décide, elle est autonome.

Selon cette théorie philosophique, toute personne autonome est libre de penser, d'agir, de faire des choix et ainsi libre de s'exprimer, de communiquer ou non avec les autres, de recevoir ou non les communications des autres.

Selon Scanlon, si un acte gouvernemental vient restreindre l'accès à l'information et aux idées, les personnes ne sont plus considérées comme des personnes autonomes capables de faire des choix éclairés et indispensables de même que de porter des jugements¹⁸⁶. L'autonomie et l'épanouissement personnels ne sont ainsi aucunement privilégiés. Relativement à cette justification de la liberté d'expression, ce qui importe c'est de promouvoir l'autonomie de la personne qui reçoit l'information¹⁸⁷.

Scanlon prétend ainsi que la communication d'informations est fondamentale parce que celui à qui est adressé l'information est une personne autonome, libre de décider ou non de la recevoir et que l'État ne peut en aucune façon restreindre cette autonomie en limitant l'accès.

¹⁸⁵RICHARD MOON, *loc. cit.*, note 6, pages 340 et 341.

¹⁸⁶THOMAS SCANLON, *op. cit.*, note 171, pages 167 et 168.

¹⁸⁷Il est intéressant de noter, qu'avant l'avènement de la *Charte canadienne*, on avait également souligné l'importance de celui qui reçoit l'information politique. Voir à cet effet: MARIE FINKELSTEIN, *op. cit.*, note 6, pages 201 et 202, *Reference re Alberta Statutes*, *supra*, note 6.

En ce qui a trait à la théorie de Dworkin, il importe préalablement de préciser que pour ce théoricien, la notion de droit comporte deux sens¹⁸⁸. C'est ainsi que le sens primaire du droit, relativement à l'intervention étatique, est lié à la protection de la liberté individuelle alors que selon son sens secondaire, les droits sont indispensables à l'individu¹⁸⁹.

L'égalité est la base même du concept de droit selon Dworkin. Chaque personne a un droit fondamental au traitement égalitaire¹⁹⁰. S'il y a traitement égalitaire, il y a justice¹⁹¹. Cet aspect de la théorie de Dworkin est basé sur la prémisse que la dignité et le respect de la personne humaine sont inviolables. Lorsqu'une personne s'exprime, il importe ainsi de la respecter, de respecter ses jugements et de la traiter avec égalité¹⁹². L'État se doit de ne favoriser aucune conception, aucune idée au détriment d'une autre et ce, en ne traitant pas de façon égalitaire l'individu qui s'exprime. En ce sens, il convient de préciser que la théorie de Dworkin met l'accent sur celui qui s'exprime, sur l'émetteur¹⁹³.

Or, aucune de ces théories, prises isolément, ne vient décrire spécifiquement ce en quoi la liberté d'expression est justifiée par la valeur reliée au développement et à l'épa-

¹⁸⁸STEPHEN C. HICKS, "Liberté et égalité: Rawls et Dworkin et la philosophie du droit des États-Unis", (1981-82) 12 *R. D. U. S.*, page 484.

¹⁸⁹RONALD M. DWORKIN, *Talking Rights Seriously*, *op. cit.*, note 172, pages 191 et 192.

¹⁹⁰*Id.*, page 273.

¹⁹¹*Id.*, page 274.

¹⁹²RONALD M. DWORKIN., *A Matter of Principle*, *op. cit.*, note 172, page 132.

¹⁹³RICHARD MOON, *loc. cit.*, note 6, page 341.

nouissement personnels. Pour Rawls, la primauté de la justice fait en sorte que chacun est libre de s'exprimer. Scanlon met l'accent sur l'autodétermination de celui qui reçoit l'information, le "*listener*", alors que Dworkin respecte celui qui s'exprime, le "*speaker*"¹⁹⁴. En revanche, toutefois, les trois ensemble en offrent une justification satisfaisante.

En effet, le fondement de cette valeur étant l'autonomie individuelle, il est indéniable que toute personne est libre de s'exprimer de même que de recevoir l'expression de l'autre sans qu'une intervention étatique ne vienne restreindre ce processus interactionnel¹⁹⁵.

L'autonomie étant une valeur à développer ou à faire progresser¹⁹⁶, la *Charte canadienne* en est en fait l'instrument idéal de développement et de promotion. La *Charte* peut ainsi être invoquée afin de restreindre toute interférence dans le processus de communication d'informations que constitue la liberté d'expression et ce, au motif que de telles interférences, en limitant l'expression libre entre personnes autonomes, auront des conséquences néfastes sur la promotion de l'autonomie. L'épanouissement personnel, mettant en relief la dignité intrinsèque de la personne humaine, semble être ainsi la valeur

¹⁹⁴*Ibid.*

¹⁹⁵*Id.*, pages 331 et 332; ROBERT SHARPE, *loc. cit.*, note 41, pages 240 et 241.

¹⁹⁶*Keegstra, supra*, note 4, page 806, juge McLachlin.

sur laquelle reposera la plupart des décisions¹⁹⁷ rendues en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*.

Dans notre société de libre marché, l'information économique¹⁹⁸ ou la liberté de communication commerciale s'avérant être aussi importante que l'information politique ou la liberté de communication politique¹⁹⁹, la reconnaissance constitutionnelle de l'expression commerciale fut déclarée aussi fondamentale que celle de l'expression politique. La possibilité de faire des choix économiques éclairés²⁰⁰ constitue un facteur primordial de l'autonomie personnelle et de l'épanouissement individuel.

¹⁹⁷RICHARD MOON, *loc. cit.*, note 6, page 345; *Keegstra, supra*, note 4, page 806, juge McLachlin: "En même temps, l'importance que notre Cour a attachée à la dignité intrinsèque de l'individu en interprétant les droits et libertés garantis par la *Charte* indique que la justification qu'est l'épanouissement personnel doit jouer un rôle de premier plan dans les décisions fondées sur l'al. 2 b) de la *Charte*."

¹⁹⁸*Virginia Pharmacy, supra*, note 83, par. 756 et 757. La Cour suprême des États-Unis y précise que le grand public a intérêt à recevoir l'information la plus large et la plus complète. L'accent est mis sur celui qui reçoit l'information. Faut-il dès lors parler de liberté d'expression ou de liberté d'information? Voir: JEAN-MARIE AUBY, "Rapport général" dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La vérité et le droit* (Journées canadiennes), *Vérité et liberté d'expression, le droit de propager la vérité*, Tome XXXVIII, Paris, Économica, 1987, page 211 où l'auteur se demande si on ne pourrait pas faire une distinction entre les éléments suivants: la liberté d'expression consistant à émettre des opinions sur des éléments subjectifs et la liberté d'expression reliée à des faits objectifs, laquelle alors serait plutôt une liberté d'information. L'auteur précise qu'une telle distinction n'est pas nécessaire puisqu'une information objective ne peut être totalement neutre. Selon l'auteur, le choix des faits à présenter et leur présentation résultent d'un jugement, d'une opinion. Ils sont empreints de subjectivité. C'est ainsi que la liberté d'expression et d'information se rejoignent.

¹⁹⁹*Klein, supra*, note 122, page 506, dissidence du juge Henry.

²⁰⁰*Ford, supra*, note 20, page 767, la Cour; *Rocket, supra*, note 25, page 241, juge McLachlin.

Aux États-Unis, dans les premiers jugements traitant de la liberté d'expression commerciale, la protection constitutionnelle de celle-ci fut justifiée par l'autonomie et l'épanouissement personnels²⁰¹ en tant que valeur importante pour l'être humain²⁰². De même, dans l'arrêt *Grier*²⁰³ en 1985, un des premiers jugements rendus relativement à la protection constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale, la Cour d'appel de l'Alberta conclut que la base théorique de l'inclusion de l'expression commerciale dans le domaine constitutionnel de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*, est l'autonomie et l'épanouissement personnels.

²⁰¹LAURENCE H. TRIBE, *op. cit.*, note 160, pages 578 et 579.

²⁰²THOMAS H. JACKSON and JOHN CALVIN JEFFRIES Jr, *loc. cit.*, note 97. Ces auteurs soutiennent que les valeurs qui sous-tendent le *Premier Amendement* sont l'épanouissement personnel et la démocratie politique. Ils prétendent toutefois que la recherche de profit matériel et la promotion de la libre circulation de l'information économique, en vue d'éclairer les choix des consommateurs de biens et de services, n'occupent pas une place élevée dans la hiérarchie des valeurs sociales et ne sont pas visés par l'esprit du *Premier Amendement*.

²⁰³*Grier, supra*, note 122.

La protection constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale, c'est autant la reconnaissance des droits de celui à qui est adressée l'expression que de celui qui s'exprime²⁰⁴. La valeur reliée à l'autonomie peut ainsi s'appliquer autant à l'un qu'à l'autre.

Toutefois, l'accent sera mis sur la protection constitutionnelle de la liberté d'expression de celui qui reçoit l'information. C'est ainsi que les droits de celui qui reçoit l'information devraient avoir une certaine préséance sur les intérêts de celui qui communique l'information commerciale²⁰⁵.

SECTION 3 L'EXPRESSION COMMERCIALE ET SA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE PAR LES VALEURS JUSTIFICATIVES

La Cour suprême, dans l'arrêt *Edwards Books*²⁰⁶, relativement à un litige portant accessoirement sur l'article 7 de la *Charte canadienne*, nous avait laissée avec l'impression

²⁰⁴Autant aux États-Unis qu'au Canada, on a reconnu un tel aspect à la liberté d'expression commerciale. Voir: *Virginia Pharmacy*, *supra*, note 83, par. 756, la Cour suprême des États-Unis indique que la liberté d'expression ne recouvre pas uniquement l'émetteur, mais également le récepteur de même que la communication en elle-même. Voir également en ce sens: l'arrêt *Linmark*, *supra*, note 101, par. 92 et 96 où la Cour suprême des États-Unis fait état du fait que l'autonomie individuelle de la part de celui qui reçoit l'information doit également être considérée. Sur ce même sujet, voir: *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965), par. 308; *Procurier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974), par. 409 et 417. Voir également: *Re Ontario Film and Video Appreciation*, *supra*, note 123, page 591; *Klein*, *supra*, note 122, page 506, dissidence du juge Henry; *Ford*, *supra*, note 20, la Cour, page 767.

²⁰⁵ROBERT SHARPE, *loc. cit.*, note 41, page 233; JONATHAN WEINBERG, *loc. cit.*, note 85, page 744. Voir également: JEAN-MARIE AUBY, *op. cit.*, note 198, pages 217 et 218 où l'auteur mentionne que la liberté d'expression s'applique au bénéficiaire de l'expression: le récepteur. Il précise ensuite que la liberté n'est complète et effective que si le bénéficiaire peut en disposer d'une façon réelle et suffisante.

²⁰⁶*Edwards Books*, *supra*, note 30.

qu'elle était peu encline à étendre la portée de la *Charte canadienne* à la sphère économique²⁰⁷ de l'activité humaine. Or, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*²⁰⁸, en accordant une protection constitutionnelle au piquetage secondaire, la Cour suprême a toutefois reconnu qu'une expression véhiculant une finalité économique pouvait être incluse dans le domaine constitutionnel de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*.

²⁰⁷Dans cet arrêt, en refusant d'appliquer l'article 7 de la *Charte canadienne* à des considérations économiques, les juges ont interprété celle-ci de façon restrictive. Voir également les deux jugements suivants : *Re Gersherman Products Co. Ltd and Motor Transport Board*, [1985] 22 D.L.R. (4th) 520 (Man C.A.) et *Parkdale Hotel Ltd v. A. G. Canada et al*, [1986] 27 D.L.R. (4th) 19 (Fed. Ct. T.D.) dans lesquels on refuse la protection constitutionnelle aux droits économiques et commerciaux en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne*. Dans *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 551, pages 553 à 558, au sujet du terme "inculpé" inscrit à l'article 11 de la *Charte Canadienne*, la Cour suprême adopte une interprétation restrictive car elle est d'avis qu'une interprétation libérale entraînerait une protection moindre, une protection moins satisfaisante. On pouvait dès lors conclure que la Cour suprême allait adopter une pareille interprétation relativement à l'expression commerciale. Voir sur ce sujet: RÉAL FOREST, "Liberté d'expression dans le domaine économique" dans BARREAU DU QUÉBEC, Formation permanente, *Application des Chartes en matière civile*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988, page 152. Des auteurs américains furent également de cet avis, voir: THOMAS H. JACKSON and JOHN CALVIN JEFFRIES Jr, *loc. cit.*, note 97, pages 30 à 33. Par ailleurs, le juge Rehnquist de la Cour suprême des États-Unis avait toujours opposé une dissidence farouche à l'endroit de la protection constitutionnelle accordée au "*commercial speech*". Cependant dans l'arrêt *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, *supra*, note 121, il se dit en accord avec la théorie développée dans l'arrêt *Central Hudson* relativement au "*commercial speech*".

²⁰⁸Il est intéressant de noter que dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, le jugement fut rendu par le juge McIntyre au nom des autres juges majoritaires dont entre autres le juge Dickson. Or, dans l'arrêt *Irwin Toy*, c'est le juge Dickson qui rédige le jugement des juges majoritaires. Nous verrons plus loin les liens existant entre ces deux décisions.

1) *L'arrêt Ford: L'expression commerciale et sa valeur personnaliste*

Dans l'arrêt *Ford*, le premier arrêt traitant de la liberté d'expression commerciale, la Cour suprême détermine que celle-ci bénéficie de la protection constitutionnelle en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* et ce, en se référant à la valeur personnaliste en tant que valeur justificative. La liberté d'expression commerciale, jouant un rôle important en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, représente pour la Cour suprême un aspect important de l'épanouissement et de l'autonomie de la personne²⁰⁹. La Cour suprême justifie ainsi la protection constitutionnelle de la liberté commerciale par cette approche personnaliste. C'est la possibilité de faire des choix économiques éclairés qui va permettre à la personne de s'épanouir et de se développer.

Dans l'arrêt *Ford*, tout comme d'ailleurs dans l'arrêt *Devine*²¹⁰ rendu en même temps, il s'agissait de déterminer la constitutionnalité des articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française*²¹¹, lesquels restreignaient l'usage de la langue de son choix en matière de publicité commerciale. La première question sur laquelle s'est penchée la Cour suprême était de savoir si la liberté d'expression incluait la langue de son choix. Ayant répondu affirmativement à cette question²¹², la Cour suprême allait devoir déterminer si le but

²⁰⁹*Ford, supra*, note 20, page 767.

²¹⁰*Devine c. Québec (P.Q.)*, [1988] 2 R.C.S. 790.

²¹¹*L.R.Q.*, chap. C-11.

²¹²*Ford, supra*, note 20, pages 748 à 754.

commercial d'une expression a pour effet d'exclure celle-ci du domaine constitutionnel protégé par l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*.

Il importe de préciser que la Cour suprême a cependant peu développé la base théorique de son adhésion à la reconnaissance constitutionnelle de l'expression commerciale. Dans un premier temps, elle s'attarde quelque peu sur l'expérience américaine dans ce domaine. Elle fait ainsi état des arrêts *Virginia Pharmacy*²¹³, *Central Hudson*²¹⁴ et *Posadas*²¹⁵. Elle mentionne²¹⁶ les tiraillements constitutionnels qu'a subis l'expression commerciale suite à l'application d'un degré différent de protection constitutionnelle dans les arrêts *Central Hudson* et *Posadas*. Sans toutefois l'affirmer directement, elle nous incite cependant et ce, par ses commentaires négatifs sur ce sujet, à ne point trop recourir à cette jurisprudence américaine.

Puis, dans un deuxième temps, par deux fois elle nous réfère à l'arrêt *Virginia Pharmacy*. Elle le fait une première fois directement en mentionnant que le juge Boudreault, en Cour supérieure du Québec²¹⁷, "[...] a souligné, comme on l'a fait dans l'arrêt *Virginia Pharmacy*, que non seulement celui qui parle mais aussi celui qui écoute a

²¹³*Virginia Pharmacy, supra*, note 83.

²¹⁴*Central Hudson, supra*, note 113.

²¹⁵*Posadas, supra*, note 121.

²¹⁶*Ford, supra*, note 20, page 759.

²¹⁷*Ford c. P. G. du Québec*, [1985] C.S. 147.

un intérêt dans la liberté d'expression"²¹⁸. Elle le fait ensuite indirectement en parlant de l'arrêt *Grier*²¹⁹ dans lequel les juges de la Cour d'appel de l'Alberta refusèrent de suivre l'arrêt *Klein*²²⁰, lequel concluait à l'absence de protection constitutionnelle pour l'expression commerciale, en se disant en "[...] accord avec ce qu'avait décidé la Cour d'appel du Québec à ce sujet dans l'affaire *Irwin Toy*."²²¹

Il est vrai que les juges de la Cour d'appel de l'Alberta firent peu de commentaires²²² sur l'arrêt *Virginia Pharmacy* mais, dans l'arrêt *Irwin Toy* en Cour d'appel du Québec, auquel ils réfèrent pour étayer leur décision, le juge Vallerand²²³ s'appuie sur cet arrêt américain lors de son analyse de la publicité commerciale en tant qu'expression. Il s'ensuit donc, que la Cour suprême a semblé vouloir délaissier la jurisprudence américaine suscitant de la controverse afin, lors de son premier jugement touchant l'expression commerciale, d'ériger des bases constitutionnelles solides.

La Cour suprême revient ensuite à ses propres sources constitutionnelles et mentionne que dans *Dolphin Delivery*, il est clair pour le juge McIntyre, que "[...]

²¹⁸*Ford, supra*, note 20, pages 759 et 760. Voir également: *Ford c. P. G. du Québec, supra*, note 217, pages 157 et 158.

²¹⁹*Grier, supra*, note 122.

²²⁰*Id.*, pages 325 à 337.

²²¹*Ford, supra*, note 20, page 762, la Cour.

²²²*Grier, supra*, note 122, page 236.

²²³*Irwin Toy Ltd. c. P. G. du Québec (C.A.), supra*, note 123, page 2458 et 2460. Le juge Vallerand réfère également à l'arrêt *Central Hudson* en ce qui a trait toutefois à l'appréciation de l'article premier. Sa dissidence porte sur l'application de cet article.

l'importance de la liberté d'expression, englobe une expression qui peut être définie comme ayant une importance autre que politique.²²⁴ Elle va d'ailleurs conclure que l'expression commerciale est constitutionnellement protégée parce qu'elle joue un rôle primordial en permettant aux consommateurs de faire des choix économiques éclairés, lesquels concourent au développement et à l'épanouissement individuels²²⁵.

Toutefois, en rejetant l'idée que "[...] l'expression ne sert aucune valeur individuelle ou sociale [...]"²²⁶, la Cour suprême vient ainsi nous préciser, qu'en plus de la valeur personnaliste sur laquelle elle fonde son jugement afin de garantir à l'expression commerciale une protection constitutionnelle, la valeur sociale permet également une telle protection. La Cour suprême ne définit pas toutefois ce qu'elle entend par valeur sociale. Elle nous a cependant mentionné que, selon l'arrêt *Dolphin Delivery*, l'expression commerciale avait une importance autre que celle de l'expression politique, laquelle fut d'ailleurs reconnu comme ayant une valeur sociale. Nous allons cependant voir plus loin, qu'il s'agit en fait de la démocratie moderne et que cette valeur, dans l'arrêt *Irwin Toy*, servira de fondement à la justification de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale.

²²⁴*Ford, supra*, note 20, page 764.

²²⁵*Id.*, page 767.

²²⁶*Ibid.*

En définitive, selon l'arrêt *Ford*, le domaine constitutionnel de l'expression commerciale, circonscrit par la valeur reliée au développement et de l'épanouissement personnels, s'avère fort étendu. En effet, toute expression commerciale nécessaire afin de permettre des choix économiques éclairés, lesquels concourent au développement et à l'épanouissement de la personne, est une expression constitutionnellement protégée par l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*.

2) *L'arrêt Irwin Toy: L'expression commerciale et sa valeur sociale*

L'arrêt *Irwin Toy* constitue, en droit constitutionnel canadien, l'arrêt de base²²⁷ concernant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale. Nous verrons ultérieurement le cadre analytique qui y fut développé relativement à la délimitation de la sphère d'exercice de l'expression commerciale. En ce qui a trait toutefois à l'analyse des valeurs justificatives, les juges majoritaires²²⁸, élaborent cependant très peu sur les

²²⁷ Nous venons de voir que l'arrêt *Ford* fut le premier arrêt de la Cour suprême en matière de liberté d'expression commerciale. Toutefois, le modèle juridique relatif à l'étude de l'expression commerciale dans le cadre de l'alinéa 2 b) de la *Charte* fut exhaustivement élaboré dans l'arrêt *Irwin Toy*.

²²⁸ À noter que la décision majoritaire est, fait inhabituel, cosignée par les juges Dickson, Lamer et Wilson qui y souscrivent. Les dissidents étaient les juges Beetz et McIntyre. C'est ce dernier qui rendit le jugement pour les dissidents. Tout comme la majorité, il était d'accord que les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* enfreignaient l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne* et l'article 3 de la *Charte québécoise*. Il était cependant en désaccord avec la justification proposée relativement à l'article premier de la *Charte canadienne* et à l'article 9.1 de la *Charte québécoise*. Il n'était pas convaincu que la publicité télévisée destinée aux enfants allait mettre en danger leur bien-être. Selon lui, la liberté d'expression est une liberté trop importante pour être écartée à la légère. C'est ainsi qu'il affirmait que toute forme d'expression ne devrait être supprimée ou limitée que dans des cas où il existait des motifs urgents et impératifs de la faire et seulement alors dans la mesure et pour le temps nécessaires à la protection de la collectivité.

valeurs sous-jacentes²²⁹ justifiant la protection constitutionnelle de l'expression commerciale. Suite à un court exposé ayant trait au contenu et à la forme²³⁰ de l'expression commerciale, ils précisent que la liberté d'expression est une liberté fondamentale permettant à chacun de manifester ses pensées, croyances et opinions²³¹.

Ces manifestations du coeur et de l'esprit sont ainsi d'une grande importance en raison du fait qu'elles sont reliées à la grande valeur de l'engagement démocratique.

Suite à l'assertion que par la liberté d'expression nous pouvons communiquer nos pensées et nos sentiments, les juges majoritaires soutiennent que cette large interprétation du champ de la liberté d'expression est conforme à celle des théoriciens connus. Ils citent²³² alors un extrait d'un article de Thomas I. Emerson²³³ dans lequel celui-ci apportait des explications relativement aux quatre grandes valeurs justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression. Ils citent ensuite un autre théoricien, Tucker:

²²⁹Il est intéressant de noter qu'en Cour d'appel du Québec, le juge Jacques, pour la majorité, expose clairement à la page 2448 de sa décision dans *Irwin Toy Ltd c. P.G. du Québec, supra*, note 123, les valeurs sur lesquelles reposent son argumentation. Il affirme ainsi que la *Charte* garantit la liberté d'expression sans aucune réserve et que rien ne permet d'hierarchiser les catégories d'expression selon leur nature. La *Charte* ne fait aucune distinction entre les genres d'expression puisque les choix économiques, artistiques, politiques, culturels ou commerciaux sont aussi importants les uns que les autres. Les choix éclairés dépendant des informations reçues, il faut dès lors que l'information circule librement.

²³⁰*Irwin Toy Ltd, supra*, note 25, page 968.

²³¹*Id.*, page 971.

²³²*Id.*, pages 970 et 971.

²³³THOMAS I. EMERSON, *loc. cit.*, note 139, page 886.

D.F.B. Tucker, dans son ouvrage *Law, Liberalism and Free Speech* (1985), aborde la liberté d'expression selon une approche qu'il qualifie de "déontologique" où [traduction] "la sphère de liberté protégée est délimitée par l'interprétation d'une vision de l'engagement démocratique" (p.35). C'est précisément dans cette voie que nous sommes engagés²³⁴.

De ces deux références citées par les juges majoritaires, on peut déduire que ceux-ci semblent privilégier une autre valeur que celle de l'épanouissement et du développement personnels comme valeur justifiant la protection constitutionnelle de l'expression commerciale. Les juges majoritaires nous disent qu'ils s'orientent vers une vision de l'engagement démocratique. Que peut donc signifier cette vision? L'arrêt *Dolphin Delivery*, va nous apporter la réponse recherchée.

Dans le premier jugement de la Cour suprême ayant trait à la liberté d'expression constitutionnellement protégée par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*, l'arrêt *Dolphin Delivery*²³⁵, on s'interrogeait à l'effet de savoir si le piquetage contenait un certain élément d'expression justifiant le recours à la garantie constitutionnelle de l'alinéa 2b). En Cour suprême de la Colombie-Britannique²³⁶, l'entreprise de Messageries Dolphin Delivery Ltd demanda et obtint une ordonnance d'injonction interlocutoire afin d'empêcher le piquetage

²³⁴*Irwin Toy, supra*, note 25, page 971.

²³⁵L'arrêt *Dolphin Delivery* est également celui qui a déterminé que la *Charte canadienne* ne s'appliquait pas aux litiges privés. Sur ce sujet, voir: BRIAN SLATTERY, "The Charter's relevance to Private Litigation: Does *Dolphin Delivery*", (1987) 32 *Rev. de Droit de McGill*, pages 905 à 923; JEAN-DENIS GAGNON, "L'arrêt *Dolphin Delivery*: La porte est-elle ouvert ou fermée?", (1987) 32 *Rev. de Droit de McGill*, pages 924 à 941. Pour un commentaire d'arrêt plus général, voir: BRIAN ETHERINGTON, "Picketing in Labour Disputes: Retail, Wholesale and Dept. Store Union, Local 580 v. *Dolphin Delivery Ltd.*", (1987) 66 *Can. Bar Rev.*, pages 818 à 838.

²³⁶*Dolphin Delivery Ltd v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580, Peterson and Alexander*, [1983] B.C.W.L.D. 100.

dont la menaçait le syndicat des employés en "lock out" de la compagnie Purolator Courier Inc. Parce qu'elle entretenait des relations d'affaires avec Supercourier Ltd., le syndicat soupçonnait l'entreprise Dolphin Delivery Ltd. d'être une alliée de la compagnie Purolator Courier Inc.

En appel de cette décision en Cour d'appel de la Colombie-Britannique²³⁷, le syndicat prétendit que cette injonction interlocutoire portait atteinte à sa liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*. La Cour d'appel rejeta l'appel du syndicat. Le juge Esson, s'exprimant également pour le juge Taggart, estima que le piquetage, dans les circonstances particulières de cette affaire, n'était pas une expression au sens de l'alinéa 2b). Il ajouta toutefois qu'il n'y avait aucun doute que le piquetage puisse être une forme d'expression dans d'autres circonstances.

La Cour suprême, majoritairement sous la plume du juge McIntyre²³⁸, accorde ainsi la protection constitutionnelle au piquetage en tant que conduite expressive non violente. Il fonde sa décision sur le fait que la démocratie moderne constitue une valeur justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression. L'emploi de l'expression

²³⁷*Dolphin Delivery Ltd v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580, Peterson and Alexander*, [1984] 3 W.W.R. 481.

²³⁸La juge Wilson est en désaccord avec la façon dont le juge McIntyre traite de l'application de l'article premier de la *Charte*. Elle se dit toutefois en accord avec les autres motifs de la majorité, pages 604 et 605. Pour le juge Beetz, le piquetage dans les circonstances de ce litige, ne pouvait constituer une forme d'expression constitutionnellement protégée: "[...], dans les circonstances et vu la preuve en l'espèce, le piquetage qui a été interdit ne pouvait constituer une forme d'expression et qu'il ne peut être aucunement question de violation de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*."

"démocratie moderne"²³⁹ à la place de l'expression "démocratie représentative"²⁴⁰ s'explique par le fait que, selon le juge McIntyre, la liberté d'expression, valeur démocratique, représente beaucoup plus que le simple fait de maintenir nos institutions parlementaires et démocratiques.

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des constitutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.²⁴¹

En effet, les valeurs démocratiques justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression sous-tendent non seulement la liberté de s'exprimer relativement à des questions ayant trait au maintien du processus démocratique en lui-même, mais également la liberté de s'exprimer sur toute autre question. Ceci constitue l'essence même de notre démocratie moderne.

Sans mentionner expressément les valeurs sur lesquelles s'appuie cette argumentation, le juge McIntyre réfère cependant au libre marché des idées. La démocratie est alors expliquée comme une valeur justifiant non uniquement la participation au processus

²³⁹*Dolphin Delirery, supra*, note 6, aux pages 583 et 584 où le juge McIntyre s'exprime ainsi: "Le principe de la liberté de parole et d'expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie moderne."

²⁴⁰*Id.*, page 583.

²⁴¹*Ibid.*

démocratique, mais également la recherche de la vérité. C'est ce qu'il veut dire lorsqu'il parle de démocratie moderne²⁴². Or, la recherche de la vérité, par le libre échange des idées, apparaît être une valeur se différenciant²⁴³ de la valeur démocratique.

D'ascendance philosophique, la théorie de la recherche de la vérité acquit une certaine reconnaissance juridique grâce à la célèbre dissidence du juge Holmes dans l'arrêt américain *Abrams*²⁴⁴, dans lequel celui-ci faisait état du libre marché des idées, du pouvoir qu'à une idée de triompher, de se faire accepter.

Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, le juge McIntyre fait référence²⁴⁵ à cette dissidence du juge Holmes lorsqu'il mentionne l'importance des propos de Mill dans l'acceptation d'une reconnaissance plus étendue de la liberté d'expression dans la démocratie moderne²⁴⁶.

²⁴²*Ibid.*

²⁴³Dans *Comité pour la République du Canada, supra*, note 4, page 175, la juge L'Heureux-Dubé précise: "De là se justifie la forme la plus étendue de liberté d'opinion politique qui découle non pas d'une recherche abstraite de la vérité, mais plutôt de l'objectif concret de protection de la démocratie." Dans *Keegstra, supra*, note 4, page 802, la juge McLachlin précise toutefois que la justification reliée au libre échange des idées est indispensable à la démocratie et au fonctionnement des institutions démocratiques.

²⁴⁴*Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), par. 630, où le juge Holmes s'exprimait ainsi: "The best test of truth is power of the thought to get itself accepted in the competition of the market." Pour des commentaires relatifs à l'effet des jugements du juge Holmes concernant l'interprétation du *Premier Amendement*, voir: EDWARD J. BLOUSTEIN, "Holmes: his *First Amendment* Theory and his Pragmatist Bent", (1987-88) 40 *Rutgers L. Rev.*, pages 283 à 302.

²⁴⁵*Dolphin Delivery, supra*, note 6, page 584.

²⁴⁶*Id.*, page 583.

En définitive, selon l'arrêt *Dolphin Delivery*, la protection constitutionnelle de la liberté d'expression comprend beaucoup plus que la protection du parlementarisme et de la démocratie. Elle englobe l'expression de toute idée, même des idées contradictoires ou marginales. En l'espèce, le piquetage secondaire comportait un certain élément d'expression. En dressant une ligne de piquetage devant l'entreprise *Dolphin Delivery Inc.*, le syndicat "[...] inform[ait] le grand public qu'il était impliqué dans un conflit de travail, qu'il cherch[ait] à imposer sa volonté à l'entreprise [...] et qu'il demand[ait] aux membres du public de l'aider en respectant la ligne de piquetage."²⁴⁷ C'était l'essentiel des idées que voulait transmettre le syndicat par son piquetage secondaire. Selon les juges majoritaires, cette forme d'expression, mérite la protection constitutionnelle de l'alinéa 2 b) de la *Charte*²⁴⁸. La Cour suprême a ainsi déterminé que le piquetage contenait un certain élément d'expression et que, dans notre démocratie moderne, les citoyens peuvent librement faire valoir leurs idées sur divers sujets et non uniquement sur ceux ayant trait au maintien de la démocratie représentative.

La protection de la démocratie et la recherche de la vérité par le libre marché des idées sont deux théories distinctes. Le juge McIntyre a cependant réuni les deux théories en une seule dans son concept de démocratie moderne. Par cette conceptualisation libérale de la démocratie représentative, il a ainsi accordée à une activité expressive à caractère économique, comme le piquetage secondaire, une reconnaissance constitutionnelle antérieurement reconnue à l'expression politique.

²⁴⁷*Id.*, page 588.

²⁴⁸*Id.*, pages 586 et 588.

En précisant, dans l'arrêt *Irwin Toy*, qu'ils s'orientent vers l'engagement démocratique afin de délimiter la protection constitutionnelle de la liberté d'expression, les juges majoritaires ont implicitement fait référence au concept de démocratie moderne élaboré par le juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*.

Nous pouvons donc conclure que le domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale, relativement aux valeurs justificatives, comprend toute expression pouvant être justifiée soit par la valeur de la démocratie moderne, valeur sociale de la liberté d'expression commerciale ou soit par la valeur du développement et de l'épanouissement personnels, valeur personnaliste de la liberté d'expression commerciale.

À ce stade de l'analyse en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*, le domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale est ainsi fort étendu. Nous allons toutefois voir, à l'étape de la délimitation de sa sphère d'exercice, dans quelle mesure ce domaine constitutionnel s'en trouvera quelque peu réduit.

CHAPITRE 2

LE DOMAINE CONSTITUTIONNEL PAR LA DÉLIMITATION DE LA SPHÈRE D'EXERCICE DE L'EXPRESSION COMMERCIALE

Comme nous l'avons vu précédemment, la décision des juges majoritaires dans l'arrêt *Irwin Toy*²⁴⁹ comportait peu de commentaires relativement aux valeurs justifiant la protection constitutionnelle de l'expression commerciale. Toutefois, en ce qui a trait à la sphère d'exercice de l'expression, c'est cet arrêt qui en a cependant précisé un cadre analytique complet²⁵⁰. C'est ainsi que les juges majoritaires ont déterminé que l'analyse constitutionnelle devait s'effectuer en deux étapes distinctes²⁵¹. La première étape consiste à déterminer si l'activité, dont on requiert la protection constitutionnelle, constitue une

²⁴⁹*Irwin Toy Ltd*, *supra*, note 25. Pour des commentaires relatifs à cet arrêt, voir: JAMIE CAMERON, "The original Conception of Section 1 and its Demise: A Comment on *Irwin Toy Ltd v. Attorney-General of Quebec*", (1989) 35 *Rev. de Droit de McGill*, pages 264 à 277; JOHN D. MCALPINE and ALLAN C. DONOVAN, "Case comments: *Ford v. Quebec (Attorney General)*; *Irwin Toy v. Quebec (Attorney General)*", (1989) 23 *U.B.C.L. Rev.*, pages 615 à 628; DAVID COHEN, "Can it really be unconstitutional to regulate product safety information?", (1990) 17 *Canadian Business L.J.*, pages 55 à 74; DALE GIBSON, "Constitutional law-Freedom of commercial Expression under the *Charter*-Legislative jurisdiction over Advertising-A representative ruling: *Attorney General of Quebec v. Irwin Toy Limited*", (1990) 69 *Can. Bar Rev.*, pages 339 à 355; MICKAEL J. TILLEARD, "Commercial Expression comes of Age: The Path of constitutional recognition under the *Charter of Rights*", (1990) 28 *Alta. L. Rev.*, pages 621 à 626.

²⁵⁰Dans *Comité pour la République du Canada*, *supra*, note 4, page 184, la juge L'Heureux-Dubé souligne que l'arrêt *Irwin Toy* a présenté l'étude la plus complète relativement à l'alinéa 2 b) de la *Charte*. Ces propos du juge L'Heureux-Dubé ne tiennent toutefois pas compte du fait qu'on a présenté peu de commentaires relativement aux valeurs justificatives. Voir également: *Piedmont (Corp. municipale de) c. Ultramar Canada Corp.* (1991) R.J.Q. 1366 (C.S.), page 1378, juge Gontran Rouleau, ci-après *Piedmont c. Ultramar*.

²⁵¹*Irwin Toy*, *supra*, note 25, pages 967 à 977, 978 et 979, les juges Dickson, Wilson et Lamer.

activité expressive en ce sens qu'elle transmet ou tente de transmettre une signification²⁵² et ce, sous une forme non violente²⁵³.

Dans l'éventualité où l'activité expressive franchit cette première étape, il faut dès lors déterminer si "[...] l'objet [...] de l'action gouvernementale en cause est de restreindre la liberté d'expression"²⁵⁴. Si tel n'est point le cas, il s'agit par la suite d'établir "[...] si l'acte du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d'expression [...]"²⁵⁵. Dans cette seconde hypothèse, celui qui invoque une telle violation devra, comme nous le verrons

²⁵²Dans l'arrêt *Irwin Toy*, les juges majoritaires utilisèrent le terme "signification" lors de l'analyse du contenu de l'activité expressive. Or, dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, *supra*, note 4, page 158, le juge Sopinka utilise les termes "idée ou message". Dans l'arrêt *Butler*, *supra*, note 28, page 489 (commentaires unanimes de la Cour suprême) tout comme d'ailleurs dans l'arrêt *Zundel*, *supra*, note 28, page 753 (juge McLachlin pour la majorité), on parle uniquement de la transmission "d'un message". Le *Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse* nous précise le sens de ces termes de la façon suivante: "signification": ce qui représente un signe, un système de signes, un geste, un fait, un mot; "significatif": se dit de ce qui exprime quelque chose nettement; "idée": tout contenu de pensée, toute élaboration de l'esprit, pensée, conception; "message": information, nouvelle transmise, communiquée par quelqu'un. Il ne semble pas y avoir de différences manifestes entre ces divers termes. En variant ainsi sa terminologie, il nous apparaît que la Cour suprême a simplement voulu apporter de la diversité dans ses commentaires.

²⁵³*Irwin Toy*, *supra*, note 25, page 978.

²⁵⁴*Ibid.*

²⁵⁵*Id.*, page 976.

plus loin, démontrer que son activité expressive sert à promouvoir une des valeurs justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression²⁵⁶.

Nous avons donc un cadre constitutionnel comportant deux pôles analytiques distincts: un premier pôle, ayant trait à l'expression en elle-même, permet de déterminer la portée de sa protection et un second pôle, relatif à l'action gouvernementale consiste à estimer si la règle de droit litigieuse, soit par son objet, soit par son effet, restreint l'expression en cause. Cette façon de procéder est présentement la méthode reconnue lors de toute analyse constitutionnelle ayant trait à la liberté d'expression²⁵⁷.

²⁵⁶*Id.*, page 979.

²⁵⁷Voir à cet effet les arrêts suivants: *Renvoi relatif au Code criminel*, supra, note 8, pages 1186 à 1188, juge Lamer, dissidence; *Rocket*, supra, note 25, pages 244 et 245, commentaires unanimes de la Cour suprême livrés par la juge McLachlin; *Keegstra*, supra, note 4, page 728, juge Dickson, majorité; *Taylor*, supra, note 10, page 953 et 954, juge McLachlin, dissidence; *Comité pour la République du Canada*, supra, note 4, pages 186 et 187, juge L'Heureux-Dubé; *Lavigne c. SEFPO*, [1991] 2 R.C.S. 211, ci-après l'arrêt *Lavigne*, pages 267 à 281, juge Wilson. Voir également: *R. v. Fringe Product Inc. et al.*, [1990] 53 C.C.C. (3d) 154; *Piedmont c. Ultramar*, supra, note 250, pages 1378 à 1381; *Imperial Tobacco c. Canada (P.G.)*, [1991] R.J.Q. 2260, ci-après l'arrêt *Imperial Tobacco (C.S.)*.

SECTION 1 LE PREMIER PÔLE ANALYTIQUE: LA PORTÉE DE L'EXPRESSION COMMERCIALE

La liberté d'expression bénéficie, en tant que liberté garantie par la *Charte des droits et libertés*, d'une interprétation large et libérale. Cette interprétation large et libérale ne fait toutefois aucunement obstacle à l'établissement d'un critère d'analyse permettant d'en déterminer la sphère d'exercice.

La *Charte canadienne* garantit la protection constitutionnelle de la liberté d'expression sans toutefois qu'une définition de l'expression n'y soit incluse. Les instances judiciaires allaient donc devoir s'atteler à la tâche et déterminer la portée de la liberté d'expression. En effet, la Cour suprême du Canada, par le jeu conjugué des trois premiers jugements portant sur la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte*, les arrêts *Dolphin Delivery*, *Ford* et *Irwin Toy*, a posé les balises d'un cadre analytique permettant de déterminer les critères d'inclusion et d'exclusion relatifs à la portée de l'expression constitutionnellement protégée.

1) Les critères d'inclusion

C'est dans l'arrêt *Dolphin Delivery* que fut soumise à la Cour suprême la première question relative à la protection constitutionnelle de la liberté d'expression en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*. Il s'agissait en fait d'établir si le piquetage secondaire,

en tant que forme expressive, était compris dans la portée constitutionnelle de cette liberté²⁵⁸. Est-ce que la liberté d'expression était en cause?

Différentes instances judiciaires américaines ont eu à maintes reprises à se prononcer sur des litiges ayant trait à des conduites, des gestes ou des actes dont on revendiquait la protection constitutionnelle et ce, en vertu du *Premier Amendement*. La Cour suprême des États-Unis détermina ainsi que le "*symbolic speech*", c'est-à-dire la conduite, le geste ou l'acte communicatif était constitutionnellement protégé²⁵⁹ en raison du fait que la conduite souvent nécessaire, voire essentielle, était requise afin de permettre la transmission du message²⁶⁰.

Avant l'avènement de la *Charte canadienne*, les tribunaux canadiens eurent également à considérer si une activité expressive relevait de la liberté d'expression. Le piquetage fut tout spécialement l'objet d'une telle attention judiciaire. Dans l'arrêt *Chanel*

²⁵⁸*Dolphin Delivery, supra*, note 6, page 586, juge McIntyre.

²⁵⁹Dans l'arrêt *Stromberg v. California*, 282 U.S. 359 (1931), la Cour suprême des États-Unis annula une législation interdisant d'exposer des drapeaux rouges sur des murs de maisons. Dans l'arrêt *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1969), la Cour suprême des États-Unis précisa que le fait de brûler un ordre d'enrôlement était une conduite, un "*symbolic speech*" entraînant une protection constitutionnelle. Il en fut de même pour le geste de brûler un drapeau dans l'arrêt *Street v. New York*, 89 S. CT. 134 (1969). Voir également: *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971) où cette même Cour décida qu'un individu a le droit constitutionnel de porter, même dans l'enceinte d'un tribunal, un vêtement portant une inscription contre le service militaire obligatoire.

²⁶⁰Dans l'arrêt *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965), au paragraphe 559, la Cour suprême des États-Unis mentionna que la conduite est souvent primordiale afin de rendre possible la communication d'un message.

*Seven T.V. Ltd*²⁶¹ en Cour d'appel du Manitoba, les juges Friedman et Dickson²⁶², pour la majorité, reconnurent qu'un piquetage paisible, qualifié de "*symbolic speech*", relevait de la liberté de parole²⁶³.

Or, dans l'arrêt *Dupond*, la Cour suprême sous la plume du juge Beetz pour la majorité, en mentionnant qu'une "[...] manifestation n'est pas une forme de discours mais une action collective [...]"²⁶⁴ a indéniablement adopté la distinction élaborée par Thomas I. Emerson²⁶⁵, à l'effet que le *Premier Amendement* protégeait la liberté de parole et non la liberté de conduite.

Suite à l'avènement de la *Charte canadienne*, il fut toutefois précisé qu'un acte exécuté de façon paisible pouvait bénéficier de la protection constitutionnelle de l'alinéa 2

²⁶¹*Chanel Seven T.V. Ltd v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R 328 (Man. C.A.), ci-après l'arrêt *Chanel Seven T.V.*

²⁶²Il est intéressant de noter que ce jugement du juge Dickson, alors qu'il était juge à la Cour d'appel du Manitoba, laisse présager l'option qu'il adoptera plus tard, relativement à la liberté d'expression commerciale, lorsqu'il siègera à la Cour suprême du Canada.

²⁶³*Chanel Seven T.V.*, *supra*, note 261, page 338. Dans cet arrêt, le juge Friedman fait référence à l'arrêt *Thornhill v. Alabama*, *supra*, note 95, dans lequel la Cour suprême des États-Unis avait protégé le piquetage. Le juge Friedman ajoute cependant au par. 337 de ses commentaires que: "*Thornhill* was a case of peaceful picketing". Dans l'arrêt *Milk Wagon Drivers Union of Chicago, Local 753 v. Meadowmoovr Dairies Inc., No.1*, 312 U.S. 287 (1941), la Cour suprême décide, au par. 298, que le piquetage paisible est protégé mais perd cette protection lorsqu'il y a violence. Dans l'arrêt *Giboney et al. v. Empire Storage and Ice Co.*, 69 S.Ct. 684 (1949), la Cour suprême réitéra que le piquetage paisible était constitutionnellement protégé. Toutefois, dans cette affaire, le piquetage ne put être constitutionnellement protégé en raison du fait qu'il violait une loi valide.

²⁶⁴*Dupond*, *supra*, note 55, page 797.

²⁶⁵THOMAS I. EMERSON, *loc. cit.*, note 139, page 917.

b). L'arrêt *Halifax Antiques Ltd. v. Coyle*²⁶⁶ nous démontre une telle possibilité. Dans cette affaire, il s'agissait d'une demande d'injonction à l'encontre de locataires manifestant paisiblement devant un immeuble appartenant au propriétaire. Ces locataires avaient reçu un avis d'expulsion en raison du fait qu'ils avaient des enfants. Le juge Kelly jugea alors que les manifestants, en piquetant paisiblement, exerçait ainsi leur liberté d'expression²⁶⁷. Il ajouta toutefois que s'il y avait eu de la violence, ce piquetage n'aurait pu se justifier en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte*²⁶⁸.

Quelques mois plus tard, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*²⁶⁹, la Cour suprême accorda une protection constitutionnelle au piquetage secondaire en raison du fait que celui-ci comportait un certain élément d'expression²⁷⁰, transmettait un message²⁷¹ et informait

²⁶⁶*Halifax Antiques Ltd v. Coyle et al.*, [1985] 69 N.S.R. (2d) 375.

²⁶⁷*Id.*, page 382. Voir également *R. v. Layton*, [1986] 38 C.C.C. (3d) 551, page 561.

²⁶⁸*Halifax Antiques Ltd. v. Coyle et al.*, *supra*, note 266, page 383.

²⁶⁹*Dolphin Delivery*, *supra*, note 6. Dans l'arrêt *R. v. James-Davies Gunning and Matchett*, [1988] 90 A.R. 388, pages 396 et 397, le juge Oliver applique l'arrêt *Dolphin Delivery* mais, parce qu'il s'agissait d'un piquetage avec violence, jugea que l'alinéa 2b) de la *Charte* ne pouvait s'appliquer dans ces circonstances.

²⁷⁰*Dolphin Delivery*, *supra*, note 6, page 586, juge McIntyre.

²⁷¹*Ibid.*

le grand public²⁷². En fait, le piquetage véhiculait un contenu expressif et, en ce sens, pouvait être compris dans le domaine constitutionnel de l'alinéa 2b) de la *Charte*. La Cour précisa de plus que même si le piquetage était accompagné d'actes, ceux-ci n'avaient pas pour effet de soustraire le piquetage à la protection constitutionnelle de l'alinéa 2 b) de la *Charte* sauf dans "[...] les cas de menaces ou d'actes de violence, [...] lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale"²⁷³. Nous verrons plus loin comment la violence et la menace de violence peuvent constituer des critères d'exclusion.

La Cour suprême a établi qu'une activité physique, le piquetage qui transmettait un message, pouvait dès lors constituer une forme d'expression constitutionnellement protégée. C'est ainsi que dans l'arrêt *Dolphin Delivery* sont apparus, sans beaucoup de développements toutefois, deux critères d'inclusion: la forme et le contenu expressifs.

En précisant que la *Charte canadienne* protégeait déjà les libertés de pensée, de croyances et d'opinion et qu'en ce sens la liberté d'expression englobait beaucoup plus que

²⁷²*Id.*, page 588. Cette position fut de nouveau réitérée par le juge Dickson dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 214, pages 230 et 231: "Le piquetage est une forme essentielle d'action collective dans le domaine des relations de travail. Une ligne de piquetage a pour but de sensibiliser le public au conflit de travail dans lequel se trouvent plongés les grévistes et de démontrer leur solidarité. [...] Elle constitue, dans les conflits de travail moderne, un mode d'expression très important qui est maintenant reconnu par la Constitution. Tout cela est incontestable. [...] Le piquetage transmet un message puissant et automatique: ne franchissez pas la ligne de crainte de nous nuire dans notre lutte; cette fois-ci nous vous demandons de nous aider en ne faisant pas affaire avec notre employeur; la prochaine fois, quand c'est vous qui serez en grève, nous respecterons votre ligne de piquetage et refuserons de faire affaire avec votre employeur."

²⁷³*Dolphin Delivery*, *supra*, note 6, page 588, juge McIntyre.

le simple contenu d'expression pris dans son sens étroit²⁷⁴, la Cour suprême a suivi, dans l'arrêt *Ford*, l'orientation nouvellement élaborée par l'arrêt *Dolphin Delivery*. En raison d'une telle interprétation de la liberté d'expression, l'affichage public, les raisons sociales de même que la publicité commerciale furent dès lors reconnus comme des modes d'expression commerciale constitutionnellement protégés.²⁷⁵

L'arrêt *Ford* ne traite aucunement de la justesse ou non d'une réglementation ou d'une loi relative à l'affichage public, aux raisons sociales ou à la publicité commerciale, mais du choix d'une langue en tant que véhicule publicitaire. La Cour suprême, en accord avec les jugements rendus en Cour supérieure²⁷⁶ et en Cour d'appel²⁷⁷ du Québec, déterminait que la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* comprenait indubitablement la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. La Cour suprême précisa alors que la langue n'était pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Se référant au préambule de la *Charte de la langue française*²⁷⁸, elle affirma que la langue est un moyen pour un peuple d'exprimer son identité culturelle. La langue

²⁷⁴*Ford*, *supra*, note 20, page 749, la Cour.

²⁷⁵*Id.*, page 755. Dans l'arrêt *Magasins Koffler de l'Est Inc. c. Ordre des Pharmaciens du Québec*, [1989] R.J.Q. 943, page 950, relativement à l'utilisation de la raison sociale "Pharmaprix", la Cour supérieure décida que la réglementation interdisant une telle utilisation ne violait pas la liberté d'expression puisqu'elle ne prohibait pas une activité commerciale mais seulement l'usage du titre professionnel de pharmacien.

²⁷⁶*Irwin Toy Ltd. c. P. G. du Québec*, [1982] C.S. 96.

²⁷⁷*Irwin Toy Ltd c. P. du Québec (C.A.)*, *supra*, note 123.

²⁷⁸*Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11.

colore ainsi le contenu et le sens de l'expression. En tant que forme d'expression liée au contenu²⁷⁹, la langue choisie devient le message. Le médium est le message²⁸⁰.

La langue en tant que forme d'expression ne peut être dissociée du contenu. La règle de droit la restreignant fut ainsi déclarée inconstitutionnelle puisqu'elle brimait la liberté d'expression commerciale. Il peut s'avérer quelquefois fort difficile de faire une démarcation entre la forme et le contenu. Ces deux éléments de toute activité expressive peuvent être inexorablement liés²⁸¹.

La Cour suprême a toutefois établi dès le départ qu'il n'était pas nécessaire de définir tous les contours constitutionnels des formes expressives. Se référant au principe que les droits et les libertés garantis par la *Charte* doivent recevoir une interprétation large et libérale, l'alinéa 2 b) protège ainsi toutes les formes d'expression²⁸². Il existe dès lors une

²⁷⁹*Irwin Toy, supra*, note 25, page 968, les juges majoritaires.

²⁸⁰MARSHALL MCLUHAN, *D'oeil à l'oreille*, Montréal, Éditions Hurtubise H.M.H. Ltée, 1977, page 28.

²⁸¹*Irwin, supra*, note 25, page 968, les juges majoritaires.

²⁸²*Id.*, page 970. Voir également l'arrêt *Renvoi relatif au Code criminel, supra*, note 8, page 1186, juge Lamer; *Comité pour la République du Canada, supra*, note 4, page 157, juge Lamer. Il est à noter, qu'avant que la Cour suprême ne se prononce sur cette question, des instances inférieures s'étaient déjà orientées vers une interprétation libérale de l'alinéa 2 b). Voir à cet effet: *Re Ontario Film and Video Appreciation Society Board of Censor, supra*, note 123, page 590, "[...] all forms of expression whether they be oral, written, pictorial, sculpture, dance or film [...]"; *R. v. Red Hot Video Ltd*, [1984] 6 C.R.R. 169, page 176, distribution de vidéo cassette est une forme d'expression protégée; *R. v. Glassman and Bogyo*, [1987] 24 C.R.R. 242, page 255, l'article 159 (2) (b) du *C. Cr.* en créant une infraction relativement à l'exhibition publique d'un objet révoltant ("publicly exhibits a disgusting object") viole l'alinéa 2 b) de la *Charte*.

présomption à l'effet que toute forme expressive est constitutionnellement protégée par l'alinéa 2 b). L'analyse judiciaire de cette présomption devra ainsi se faire cas par cas²⁸³.

Il y a bien eu cependant une tentative de délimitation par le juge Lamer lorsqu'il fit état, dans le *Renvoi relatif au Code criminel*, des distinctions entre les formes traditionnelles et non traditionnelles d'expression. Le contenu de l'expression transmettant ou tentant de transmettre une signification peut être transmis par diverses formes d'expression. Il fut traditionnellement véhiculé par l'écrit, la parole ou les arts²⁸⁴. Selon le raisonnement du juge Lamer, les formes traditionnelles seraient constitutionnellement protégées sans qu'on ait besoin de les analyser, alors qu'il en serait autrement pour les formes non traditionnelles. Ce raisonnement prend l'aspect d'une pure tautologie. Il est bien évident que les formes non traditionnelles devront toujours être analysées. Prenant le plus souvent l'aspect d'une activité ou d'une conduite quelconque, il faudra indubitablement déterminer si une telle forme expressive est comprise dans le domaine constitutionnel de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*.

²⁸³Voir les arrêts suivants: *Institute of Edible Oil Foods v. Ontario*, [1988] 47 D.L.R. (4th) 368, page 379, où il y fut décidé que la forme ou la manière dont un produit est présenté, que ce soit le format, la couleur, la texture, constitue une forme d'expression constitutionnellement protégée; *Edmonton (City) v. Forget et al.*, [1989] 99 A.R. 122, page 126, le poster est une forme d'expression, mais il ne s'étend pas, sans permission, à l'usage de la propriété publique pour les raisons que c'est plus accessible et à moindre coût; *Montreal (City) v. Buczynsky*, [1990] 59 C.C.C. (3d) 302, page 308, le poster est une forme d'expression protégée mais il est limité par le droit de propriété; *Ramsden, supra*, note 28, pages 22 et 26, l'affichage sur certaines propriétés publiques, en l'espèce, sur des poteaux de service publique d'une municipalité, est une activité protégée; *Piedmont c. Ultramar, supra*, note 252, page 1377, le logo ou la marque de commerce, les normes de couleurs associés à l'identification de l'établissement sont des formes protégées.

²⁸⁴*Renvoi relatif au Code criminel, supra*, note 8, page 1184; *Irwin Toy, supra*, note 25, page 986, les juges majoritaires.

En ce qui à trait aux formes d'expression dites traditionnelles, celles-ci ayant déjà fait l'objet d'une analyse judiciaire ou parlant par elle-même, elles ne devraient nécessiter aucune analyse relative à leur forme expressive en raison du fait que leur constitutionnalité est déjà reconnue. Par ailleurs, il pourrait également s'avérer fort difficile de déterminer, de prime abord, ce qui est traditionnel ou non. La télévision, le vidéo, le disque compact, sont-ils des formes traditionnelles d'expression? Leur invention est toute récente. On ne peut donc pas les qualifier de formes expressives traditionnelles. Pourtant, on n'a pas à s'interroger longtemps pour déterminer que ces formes d'expression bénéficient d'une protection constitutionnelle. La distinction, entre ce qui est traditionnel et ce qui ne l'est pas, s'avère donc peu déterminante dans la recherche de la constitutionnalité d'une forme expressive. Aucun des juges de la Cour suprême n'a d'ailleurs suivi le juge Lamer dans ce raisonnement.

Ce qui importe en fait, comme l'ont précisé les juges majoritaires dans l'arrêt *Irwin Toy*, c'est de déterminer si la forme d'expression en cause véhicule ou non un contenu expressif²⁸⁵. Dans cet arrêt, la Cour suprême précisa ainsi que toute activité transmettant

²⁸⁵*Irwin Toy, supra*, note 25, page 969. Il importe de mentionner que dans l'arrêt *Renvoi relatif au Code Criminel, supra*, note 8, page 1147, le juge Lamer précise que les termes "liberté d'expression" furent utilisés au lieu des termes "liberté de parole" afin de faire ressortir qu'une personne peut faire une déclaration par des actes aussi bien que par des mots.

ou tentant de transmettre une signification²⁸⁶ possédait un contenu expressif et était dès lors constitutionnellement protégée. En fait, ce que nous propose ainsi la Cour suprême du Canada, c'est un critère spécifique d'analyse nous permettant de déterminer si une activité expressive, compte tenu du préalable que l'alinéa 2b) de la *Charte* doit recevoir une interprétation large et libérale, est comprise dans le domaine constitutionnel de celui-ci.

Dans cet arrêt, la Cour suprême devait analyser une activité, la publicité commerciale, alors que l'on soulevait une atteinte à la liberté d'expression. Il s'agissait en fait de déterminer si cette activité humaine²⁸⁷ était comprise dans le champ d'application de l'alinéa 2 b) de la *Charte*.

La Cour suprême nous expliqua son critère d'inclusion par la présentation d'un exemple d'activité possédant un contenu expressif et pouvant ainsi revendiquer une protection constitutionnelle puisque transmettant ou tentant de transmettre une significa-

²⁸⁶*Irwin Toy, supra*, note 25, page 969. Cette façon d'apprécier le contenu expressif fut ultérieurement suivi dans les arrêts suivants de la Cour suprême: *Renvoi relatif au Code criminel, supra*, note 8, page 1181, juge Lamer et page 1204, juge Wilson pour les dissidents mais d'accord avec la majorité sur ce point; *Rocket, supra*, note 25, page 244, juge McLachlin pour la Cour; *Keegstra, supra*, note 4, page 729, juge Dickson et page 826, juge McLachlin, dissidente, mais d'accord avec la majorité sur ce point; *Taylor, supra*, note 10, page 915, juge Dickson; *Comité pour la République du Canada, supra*, note 4, page 158, juge Lamer; *Butler, supra*, note 28, page 488, juge Sopinka; *Zundel, supra*, note 28, page 752, juge McLachlin et page 801, juges Cory et Iacobucci, dissidents, mais d'accord sur ce point avec la majorité.

²⁸⁷Il est intéressant de noter que dans l'arrêt *Irwin Toy, supra*, note 25, aux pages 968 à 970, les juges majoritaires réfèrent à la liberté d'expression en tant que garantie d'activités humaines telles que les manifestations des pensées, les expressions du coeur ou de l'esprit et les manifestations des sentiments humains. L'essentiel de ce raisonnement repose ainsi sur la reconnaissance constitutionnelle d'activités humaines. Or, dans cet arrêt, le litige mettait en cause une activité expressive exécutée par une personne morale. Toutefois, dans les nombreux arrêts subséquents traitant de la liberté d'expression, la Cour suprême ne désigna l'expression que par le terme "activité" sans y ajouter le qualificatif "humaine".

tion. C'est ainsi que la Cour suprême précisa que l'activité consistant, pour une personne célibataire, à stationner son auto dans un stationnement réservé au conjoint des employés, pouvait être une expression constitutionnellement protégée si, par ce geste, cette personne voulait ainsi transmettre son opinion sur cette politique²⁸⁸. Notre vie quotidienne est parsemée d'actes ne comportant aucune signification et lorsque, posés dans des circonstances particulières, acquièrent dès lors un contenu expressif. Il en est ainsi du personnel infirmier en conflit de travail lequel, afin d'exprimer leur désaccord face aux offres de leur employeur, porte alors des vêtements noirs au lieu de leur habituel uniforme blanc.

On peut toutefois se demander si depuis l'arrêt *Lavigne*²⁸⁹, l'exemple présenté par les juges majoritaires dans l'arrêt *Irwin Toy* est toujours significatif. M. Lavigne soutenait que le fait de verser obligatoirement des cotisations à son syndicat enfreignait sa liberté d'expression. Selon les faits, le syndicat versait des fonds à des organisations dont M. Lavigne ne partageait aucunement les idéologies. Il fut déterminé, par les juges majoritaires, que le versement obligatoire de cotisations syndicales ne constituait aucunement une tentative de transmettre une signification²⁹⁰. Ils ont considéré que la façon dont le syndicat dépensait ses fonds constituait l'expression de celui-ci en tant qu'entité morale²⁹¹ et non

²⁸⁸*Irwin Toy, supra*, note 25, page 969, juges majoritaires.

²⁸⁹*Lavigne, supra*, note 257. Pour des commentaires sur cet arrêt, voir: KENNETH THORNICROFT, "Constitutional Law-Charter of Rights and Freedoms-Compulsory Payment of Union Dues- Use for Collective Bargaining and Non-Bargaining Purposes: *Lavigne v. The Ontario Public Service Employees Union*", (1992) 71 *Can. Bar. Rev.*, pages 155 à 166.

²⁹⁰*Lavigne, supra*, note 257, page 340.

²⁹¹*Ibid.*

l'expression de chacun des membres pris isolément.

Toutefois, pour les juges Wilson et L'Heureux-Dubé, M. Lavigne avait raison de prétendre que "[...] la privation du droit de boycotter les causes appuyées par le syndicat l'empêch[ait] de transmettre un message qu'il voul[ait] transmettre."²⁹² Les juges majoritaires et les juges minoritaires ne semblent pas avoir vu le problème sous le même angle: pour ceux-là, il s'agit de l'action obligatoire de verser des cotisations syndicales alors que pour celles-ci, il s'agit plutôt de l'action de ne plus verser de telles cotisations. Il appert que l'approche suivie par les juges Wilson et L'Heureux-Dubé est conforme à l'exemple proposée par les juges majoritaires dans l'arrêt *Irwin Toy* dont nous venons de vous faire part.

En effet, par son refus de verser ses cotisations syndicales obligatoires, M. Lavigne voulait ainsi signifier qu'il était en désaccord avec les positions adoptées par son syndicat. Selon le raisonnement des juges majoritaires dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est indéniable que par ce refus, M. Lavigne transmettait un message, une signification. La position adoptée par les juges dissidentes nous apparaît ainsi être celle s'avérant la plus appropriée. Les juges majoritaires auraient dû orienter leur analyse en ce sens et scruter plus à fond la signification expressive du geste de M. Lavigne au lieu de s'en tenir à l'expression du syndicat. Ils ont dédaigné prendre en considération le fait que le geste de refus de M. Lavigne pouvait comporter un élément d'expression.

²⁹²*Id.*, page 271.

La difficulté suscitée par l'arrêt *Lavigne* n'est pas unique dans la jurisprudence de la Cour suprême. En effet, il est intéressant de constater que la juge Wilson dans le *Renvoi relatif au Code criminel* précisa, sans toutefois commenter davantage, que même une interprétation large du terme "expression" ne pouvait avoir pour effet d'y inclure " [...] des activités comme la tenue d'une maison de débauche"²⁹³. Elle réitère cette observation dans l'arrêt *Lavigne* en précisant que même si l'équilibre des valeurs opposées doit s'effectuer dans le cadre de l'article premier, il ne faut pas aller "[...] jusqu'à dire que toute activité susceptible de transmettre une signification est protégée par la liberté d'expression."²⁹⁴ Pour la juge Wilson, en venir à déterminer que la tenue d'une maison de débauche constitue une activité expressive constitutionnellement protégée par l'alinéa 2 b) de la *Charte*, aurait indubitablement pour effet de banaliser la liberté d'expression. Nous ne croyons pas, qu'en raison de la jurisprudence actuelle de la Cour suprême relative à l'alinéa 2b) de la *Charte*, une telle interprétation puisse être admise. La tenue d'une maison de débauche doit être analysée selon les paramètres déjà établis: est-ce une activité expressive de forme non violente transmettant ou tentant de transmettre une signification? Peut-il ainsi exister des circonstances où la tenue telle maison véhiculerait une signification quelconque, transmettrait un message ?

Prenons l'exemple où une dame ouvre une maison de prostitution afin de prendre en charge des prostituées sidatiques. On veut ainsi, par l'ouverture de cette maison de débauche, contester l'inertie gouvernementale relativement au contrôle de la transmission

²⁹³*Renvoi relatif au Code criminel, supra*, note 8, page 1206, commentaires du juge Wilson, dissidente.

²⁹⁴*Lavigne, supra*, note 257, page 269.

du sida par celles-ci. Selon le critère édicté dans l'arrêt *Irwin Toy*, s'il est établi que l'on veut ainsi transmettre une signification ou un message, une telle activité serait constitutionnellement protégée en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*.

Il fut également déterminé que le silence, en tant qu'activité transmettant une signification (nous n'avons qu'à penser à la minute de silence afin de souligner des événements spéciaux), constitue une activité expressive protégée par l'alinéa 2 b) de la *Charte*²⁹⁵. Il est indéniable, que le postulat négatif de la liberté d'expression, le droit de ne pas s'exprimer, est inclu dans le domaine constitutionnel de celle-ci²⁹⁶. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, relativement toutefois à la liberté de religion, le juge Dickson justifiait une telle inclusion en ces termes :

²⁹⁵*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, ci-après l'arrêt *Slaight Communications*, page 1080, juge Lamer, dissident en partie sur la question de la deuxième ordonnance: "On ne peut nier, en effet, que la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses. Le silence est en soi une forme d'expression qui peut, dans certaines circonstances, exprimer quelque chose plus clairement que des mots ne pourraient le faire." Voir également: *Renvoi relatif au Code criminel*, *supra*, note 8, page 1184, juge Lamer; *Lavigne*, *supra*, note 257, page 278, juge Wilson. Il importe toutefois de souligner que la juge Wilson précise, à la page 263 de l'arrêt *Lavigne*, que la liberté d'association garantie à l'alinéa 2 d) de la *Charte* n'inclut qu'une liberté positive d'association en ce sens qu'il n'y a pas lieu d'élargir la portée de l'alinéa 2 d) afin de garantir le droit de ne pas s'associer.

²⁹⁶*Big M Drug Mart*, *supra*, note 18 page 337, juge Dickson; *Imperial Tobacco (C.S.)*, *supra*, note 257, page 2289, juge Chabot. Avant l'avènement de la *Charte canadienne*, dans l'arrêt *Gay Alliance Toward Equality c. The Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435, le juge Martland, à la page 455 de sa décision, avait précisé que la liberté de presse incluait le refus de publier: "Le droit a reconnu la liberté de la presse de diffuser ses opinions et ses idées et de choisir ce qu'elle publie. Conséquemment, un journal a également le droit de refuser de publier ce qui va à l'encontre des vues qu'il exprime". Dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Union International des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, à la page 296, le juge Beetz mentionnait que l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*, ne permettait pas "[...] que l'on contraigne quiconque à profuser des opinions peut-être différentes des siennes". Le juge Beetz reconnaît ainsi le droit de ne pas parler comme un incident de la liberté d'expression.

La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les moeurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut-être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.²⁹⁷

Ainsi donc, le message est le contenu et aucune forme d'expression ou aucune activité expressive ne peut être exclue du champ de protection de la garantie constitutionnelle en raison de son contenu, c'est-à-dire en raison de son message. Peu importe le contenu de l'expression, peu importe le message transmis, tout est constitutionnellement protégé, en autant toutefois qu'il y ait transmission d'une signification. Dans l'arrêt *Weisfeld c. Canada*²⁹⁸, une affaire portant sur le démantèlement d'un campement utilitaire érigé sur la colline parlementaire à Ottawa par des manifestants protestant contre la politique canadienne en matière de missile, il fut jugé que l'érection de ce campement ne contenait aucun symbole expressif ayant trait au message que les manifestants voulaient livrer²⁹⁹. L'action d'ériger un campement ne comportant ainsi aucun contenu expressif, une telle action pouvait donc être interdite.

²⁹⁷*Big M Drug Mart, supra*, note 18, page 337, juge Dickson. Voir également: JEAN-MARIE AUBY, *op. cit.*, note 198, page 212: " Le droit de s'exprimer comporte le droit de se refuser à exprimer une opinion."

²⁹⁸*Weisfeld c. Canada*, [1989] 27 F.T.R. 30 (C.F.).

²⁹⁹*Id.*, page 46.

Toutefois, lorsqu'il y a un contenu expressif, il ne peut y avoir aucune restriction³⁰⁰. C'est ainsi que dans l'arrêt *Keegstra*, la Cour suprême³⁰¹ précisa que toute déclaration, si offensante qu'elle puisse être, ne pouvait être privée de la protection constitutionnelle de l'alinéa 2 b) de la *Charte*. Les assertions de M. Keegstra étaient offensantes et avilissantes envers la communauté juive. Toutefois, la Cour en vint à la conclusion que de tels propos bénéficiaient quand même de la protection constitutionnelle puisque aucune restriction ne pouvait intervenir en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte* puisqu'elle ne pouvait être envisagée³⁰² que dans le cadre de l'article premier. Il en est de même dans l'arrêt *Zundel*³⁰³ où la Cour suprême a reconnu que la publication de déclarations fausses étaient constitutionnellement protégées. De même, la sollicitation pour fins de prostitution³⁰⁴ et la publication de matériel obscène³⁰⁵ jouissent de la protection

³⁰⁰Dans *R. c. Ratelle*, [1992] R.J.Q. 791, page 793, la sollicitation invitant une personne à faire cession de ses biens et ce, en contravention avec la *Loi sur la faillite*, fut constitutionnellement protégée. Voir également *R. v. Thomas Lipton Inc.*, [1989] 51 C.C.C. (3d) 104, une affaire traitant de la publicité relative à la margarine.

³⁰¹*Keegstra, supra*, note 4, page 730, juge Dickson pour la majorité et page 828, juge McLachlin, en accord ici avec la majorité, mais dissidente sur d'autres points. Pour de plus amples commentaires sur cet sujet, voir: DINO BOTTOS, "Keegstra and Andrews, A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression", (1989) 27 *Alberta L. Rev.*, pages 463 à 475; KATHLEEN MAHONEY, "R. v. Keegstra: A Rationale for Regulating Pornography?", (1992) 27 *Rev. de Droit de McGill*, pages 242 à 256.

³⁰²Voir également *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870, page 880, juge Dickson.

³⁰³*Zundel, supra*, note 28, pages 752 à 759, juge McLachlin pour la majorité. Avant que ne soit rendu cet arrêt, le juge Dickson, dans l'arrêt *Keegstra, supra*, note 4, pages 762 et 763, avait mentionné que des déclarations fausses ne pouvaient être constitutionnellement protégées.

³⁰⁴*Renvoi relatif au Code criminel, supra*, note 8, pages 1180 et 1181, juge Lamer; page 1204, juge Wilson.

constitutionnelle de l'alinéa 2 b) de la *Charte*. Toutes ces activités transmettent une signification. Elles ont ainsi un contenu expressif et sont incluses dans le domaine constitutionnel de la liberté d'expression.

Il nous a semblé que le critère d'analyse brillait par sa simplicité et par sa facilité d'application. Il est toutefois intéressant de noter que la Cour d'appel du Manitoba, dans l'arrêt *Butler*³⁰⁶, l'appliqua d'une façon fort surprenante. Dans cet arrêt, traitant de la constitutionnalité du paragraphe 163(8) du *Code criminel* relatif à la possession, la distribution et la vente de matériel pornographique, la majorité, sous la plume du juge Huband, prétendit que ce type de matériel ne pouvait être protégé en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* puisqu'il représentait "[...] some human activity [...] purely physical and does not convey or attempt to convey meaning."³⁰⁷

La Cour suprême rejeta cette argumentation. Ce n'est pas parce que du matériel pornographique illustre une activité purement physique que celui-ci ne transmet ni ne tente de transmettre aucune signification³⁰⁸. Le critère d'analyse est ainsi donc juridiquement bien établie: tout contenu expressif est constitutionnellement protégé.

³⁰⁵*Butler, supra*, note 28, pages 486 à 490, juge Sopinka pour l'ensemble des juges sur ce point. Pour des commentaires sur cet arrêt, voir: DEBRA M. McALLISTER, "Butler: A Triumph for Equality Rights", (1992) 2 *National Journal of Constitutional Law*, pages 118 à 131; JAMIE CAMERON, "Abstract Principle v. Contextual Conception of Harm: A comment on *R. v. Butler*", (1992) 37 *Rev. de Droit de McGill*, pages 1144 à 1151.

³⁰⁶*R. c. Butler*, [1991] 1 W.W.R. 97.

³⁰⁷*Id.*, page 230.

³⁰⁸*Butler, supra*, note 28, page 487, juge Sopinka.

Selon le cadre analytique élaboré par les arrêts *Dolphin Delivery*, *Ford* et *Irwin Toy*, toute activité possédant un contenu expressif est ainsi constitutionnellement protégée. Il ne peut y avoir aucune restriction relative au contenu. En ce qui a trait à la forme expressive, la Cour suprême précisa toutefois que le domaine constitutionnel de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* ne pouvait comprendre qu'une forme expressive non violente.

2) *Les critères d'exclusion*

Les critères d'exclusion sont de deux ordres: un critère faisant l'unanimité, celui de la violence physique et deux autres plus partagés, la violence matérielle contre les biens et les menaces de violence.

Il fut ainsi établi dans l'arrêt *Dolphin Delivery* qu'une activité physique accompagnée de violence³⁰⁹ ne pouvait bénéficier de la protection constitutionnelle de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*. L'exclusion de la violence physique, en tant que forme expressive, fait l'unanimité dans la jurisprudence canadienne³¹⁰. Il est indéniable que l'auteur d'un meurtre ou d'une agression sexuelle ne peut invoquer la liberté d'expression afin de justifier son geste. Qu'en est-il cependant des autres activités constituant des conduites illégales,

³⁰⁹*Dolphin Delivery*, *supra*, note 6, page 588, juge McIntyre.

³¹⁰Voir entre autres les arrêts suivants de la Cour suprême: *Irwin Toy*, *supra*, note 25, page 970, les juges majoritaires; *Renvoi relatif au Code criminel*, *supra*, note 8, page 1182, juge Lamer; *Keegstra*, *supra*, note 4, page 729, juge Dickson; *Rocket*, *supra*, note 25, page 245, juge McLachlin; *Comité pour la République du Canada*, *supra*, note 4, page 186, juge L'Heureux-Dubé; *Butler*, *supra*, note 28, page 489, juge Sopinka; *Zundel*, *supra*, note 28, page 753, juge McLachlin.

lesquelles sont des crimes au sens du *Code criminel*? Est-ce à dire que tout acte illégal est automatiquement soustrait à la protection constitutionnelle de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*?

Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, la Cour suprême avait préalablement établi qu'une "[...] conduite manifestement illégale [...]"³¹¹ ne pouvait être comprise dans le domaine d'application de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*. Il appert cependant qu'une telle constatation s'avère inopportune. Il faut indéniablement s'interroger à l'effet de savoir si l'acte criminalisé fait partie ou non du domaine constitutionnel de la liberté d'expression.

Dans le *Renvoi relatif au Code Criminel*, le juge Lamer précise que le fait qu'une forme d'expression soit un crime au sens du *Code criminel* ne l'exclut pas automatiquement du champ de protection de la *Charte canadienne*³¹². Il détermine toutefois que la transmission du contenu expressif "[...]" par une forme violente qui porte directement atteinte à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre personne [...]"³¹³ ne peut pas être constitutionnellement protégée.

³¹¹*Dolphin Delivery, supra*, note 6, page 588, juge McIntyre.

³¹²*Renvoi relatif au Code criminel, supra*, note 8, pages 1182 et 1183, juge Lamer: "Dans l'arrêt *Irwin Toy*, [...], notre Cour a renforcé cette idée lorsqu'elle a dit que "l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi". Ces formes d'expression qui ne bénéficiaient pas de la protection de l'al. 2 b) semblent avoir la caractéristique commune d'avoir été criminalisées par le Parlement. Je veux affirmer clairement que le simple fait que le Parlement ait décidé de criminaliser une activité donnée n'exclut pas cette activité du champ de l'al. 2 b) de la *Charte*. [...] A mon avis, il serait inopportun et beaucoup trop restrictif d'exclure à priori certaines activités de la protection de l'al. 2 b) de la *Charte* pour la seule raison qu'elles sont des infractions criminelles."

³¹³*Id.*, page 1186, commentaires du juge Lamer.

Le critère établi par le juge Lamer de même que par le juge Dickson dans l'arrêt *Keegstra*³¹⁴ a trait à une activité violente qui cause directement un préjudice physique ou corporel à la victime. Qu'en est-il des préjudices matériels? Pourrait-on prétendre alors que la violence manifestée lors d'une émeute, sous forme de bris matériels et de pillage, se veut être une expression transmettant une signification ou un message? Bien qu'on a eu recours à la violence physique directe causant un préjudice matériel, si ces actes de violence se voulaient être une activité transmettant une signification, ayant dès lors un contenu expressif, cette forme d'expression serait constitutionnellement protégée et ce, selon les

³¹⁴*Keegstra, supra*, note 4, page 732, commentaires du juge Dickson: "Une exception a été proposée pour les cas extrêmes où le message est transmis directement par la violence physique, et c'est l'incompatibilité totale de cette forme d'expression avec les valeurs sous-tendant la liberté d'expression qui justifie cette mesure extraordinaire."

commentaires du juge Lamer. La restriction de ce genre d'expression serait alors soumis au critère de l'article premier.

Nonobstant l'unanimité sur la question de la violence causant un préjudice physique en tant que forme expressive non incluse dans le domaine constitutionnel de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*, les juges de la Cour suprême sont peu loquaces lorsque vient le temps d'en préciser les fondements. Il y a bien eu un long commentaire sur le sujet de la part du juge Lamer³¹⁵ dans le *Renvoi relatif au Code criminel*, cependant les autres juges ne l'ont pas suivi sur ce point. Le juge Dickson, dans l'arrêt *Keegstra*³¹⁶, parle de l'incompatibilité de cette forme d'expression relativement aux valeurs justifiant la liberté d'expression sans toutefois y apporter de plus amples précisions.

Dans les arrêts subséquents de la Cour suprême³¹⁷, la question de la violence physique n'a également fait l'objet que de quelques remarques succinctes. D'ailleurs, comme le mentionnait le juge Dickson dans l'arrêt *Keegstra* "[...] aucun arrêt de notre Cour n'est fondé sur l'idée que la conduite expressive est exclue de la portée de l'al. 2b) lorsqu'elle

³¹⁵*Renvoi relatif au Code criminel, supra*, note 8, pages 1182 à 1186, cependant aucun autre des juges ne l'a suivi sur ce point. Voir: *R. c. Rémy-Mercier*, [1990] R.J.Q. 2968, pages 2973 à 2975 où la juge Céline Pelletier en Cour du Québec, Chambre criminelle et pénale, cite ces commentaires du juge Lamer.

³¹⁶*Keegstra, supra*, note 4, page 732.

³¹⁷Dans *Rocket, supra*, note 25, page 245, les seuls commentaires du juge McLachlin pour la Cour relativement à la violence sont les suivants: "Par exemple, on pourrait juger qu'une loi interdisant la violence ou les menaces de violence n'est pas protégée par l'al. 2 b) en raison de la forme offensante de l'expression [...]". Voir également: *Lavigne, supra*, note 257, page 267, commentaires des juges minoritaires livrés par la juge Wilson; *Butler, supra*, note 28, page 488, commentaires du juge Sopinka pour la majorité; *Zundel, supra*, note 28, page 753, commentaires du juge McLachlin pour la majorité.

prend la forme de la violence.³¹⁸ Ce que l'on sait à l'heure actuelle, c'est que la violence causant un préjudice physique est exclue du domaine constitutionnel de la liberté d'expression. En ce qui a trait à l'activité violente causant un préjudice matériel, le doute persiste toujours.

Or, dans l'arrêt *Keegstra*, la juge McLachlin précise, dans sa dissidence, que la notion de violence fait référence à "[...] l'usage de la force physique de manière à infliger des lésions à des personnes ou des dommages à des biens"³¹⁹. C'est d'ailleurs de cette même façon que le juge McIntyre entrevoyait le sens du mot "violence" lorsqu'il mentionnait, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, qu'"[...] aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait [...]"³²⁰.

Pouvons-nous conclure qu'un acte violent causant un préjudice physique ou matériel est automatiquement exclu du domaine constitutionnel de la liberté d'expression? Nous ne pouvons répondre affirmativement à cette question sans avoir préalablement tenté de préciser ce que voulaient sous-entendre les juges majoritaires, dans l'arrêt *Zundel*, lorsqu'ils mentionnèrent que "[...] toutes les communications qui transmettent ou tentent de transmettre un message sont protégées par l'al. 2 b), à moins que la forme physique sous laquelle se fait la communication (par exemple, un acte de violence) n'exclut la protection [...]"³²¹.

³¹⁸*Keegstra, supra*, note 4, pages 731 et 732.

³¹⁹*Id.*, page 830. Voir également: *Cabaret Sex Appeal Inc. c. Montréal (Ville de)*, [1992] R.J.Q. 2189 (C.S.) où à la page 2211, la juge Ginette Piché cite ce commentaire du juge McLachlin en mentionnant que celle-ci a ainsi précisé le sens du mot "violence".

³²⁰*Dolphin Delivery, supra*, note 6, page 588.

³²¹*Zundel, supra*, note 28, page 753, juge McLachlin.

Nous estimons qu'il existe, entre les arrêts *Keegstra* et *Zundel*, une différence relativement à la façon dont l'activité violente est abordée. Dans l'arrêt *Keegstra*, autant pour le jugement majoritaire que pour la dissidence, on traite de la forme de l'activité en mettant l'accent sur le fait qu'elle cause un préjudice physique ou matériel. On met le focus sur la conséquence de l'acte violent et non sur l'acte en lui-même. Or, dans l'arrêt *Zundel*, en parlant de la forme physique qu'emprunte l'expression, les juges majoritaires semblent plutôt nous amener à prendre en considération de l'acte en lui-même et non ses conséquences. Ce qui importe, en définitive, ce n'est pas de s'interroger afin de savoir si des préjudices physiques ou matériels ont été causés, mais de vérifier si l'activité physique, c'est-à-dire l'acte constituant le véhicule de l'expression, est en lui-même violent.

Dans l'éventualité où la violence serait communiquée par l'intermédiaire d'une forme autre que la forme physique, c'est-à-dire par une forme verbale, littéraire ou picturale, nous serions dès lors dans une situation où ce serait le contenu du moyen de communication qui serait en cause et non sa forme. Ceci nous amène dès lors directement au deuxième critère d'exclusion ne faisant pas l'unanimité: la menace de violence.

Les premiers arrêts traitant de la liberté d'expression n'ont pas fait de distinction entre violence et menace de violence³²². Une démarcation est cependant apparue dans

³²²*Dolphin Delivery, supra*, note 6, page 588, les seuls commentaires du juge McIntyre sont les suivants: "Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence. Dans *Ford, supra*, note 20, la Cour ne traite aucunement de ce sujet tout comme d'ailleurs les juges majoritaires dans l'arrêt *Irwin Toy*. Voir également le *Renvoi relatif au Code criminel, supra*, note 8, page 1182, où les seuls commentaires du juge Lamer sur le sujet sont les suivants: "Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, [...], notre Cour a conclu que la liberté d'expression ne pourrait aller jusqu'à protéger des menaces ou des actes de violence."

l'arrêt *Keegstra*. L'opinion de la majorité³²³ est à l'effet que la menace de violence, par référence au contenu de l'expression, ne pouvait être exclue de la protection constitutionnelle de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*³²⁴. C'est ainsi que les commentaires offensants émis par M. Keegstra ont trait au contenu de l'expression et non à sa forme. Une forme d'expression violente est ainsi automatiquement exclue du domaine de l'alinéa 2 b) en raison de son incompatibilité avec les valeurs justifiant la constitutionnalité de la liberté d'expression.

En ce qui concerne la juge McLachlin, la menace de violence ne peut être constitutionnellement garantie par l'alinéa 2 b) en raison de son caractère coercitif lequel, par son effet destructeur sur la valeur démocratique et la valeur liée au libre échange des idées, est diamétralement opposé à celles-ci³²⁵.

Le juge Dickson analyse la menace de violence par rapport aux critères d'inclusion tandis que la juge McLachlin traite plutôt de la menace de violence par son effet sur les valeurs justificatives. Cette dernière justification apparaît valable en soi. Toutefois, la Cour suprême a souligné à diverses reprises³²⁶ qu'elle se refusait d'exclure toute expression non violente du domaine constitutionnel de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* et ce, en raison

³²³Cet arrêt compte 4 juges majoritaires et 3 juges dissidents. Le jugement majoritaire fut rendu par le juge Dickson.

³²⁴*Keegstra, supra*, note 4, page 733, juge Dickson. Voir également: *Taylor, supra*, note 10, page 915, juge Dickson.

³²⁵*Keegstra, supra*, note 4, page 830.

³²⁶*Renvoi relatif au Code criminel, supra*, note 8, page 1181, juge Lamer; *Taylor, supra*, note 10, page 915, juge Dickson; *R. c. Andrews, supra*, note 302, page 880, juge Dickson.

du fait que l'analyse approfondie de toute restriction doit s'effectuer dans le cadre de l'article premier.

En définitive, relativement à l'alinéa 2 b), l'expression doit recevoir une interprétation large et libérale. Seule l'expression se manifestant sous une forme physique violente ou ne comportant aucun contenu expressif est exclue du domaine constitutionnel de la liberté d'expression. Une fois reconnue la constitutionnalité de l'expression en cause, il s'agit dès lors d'orienter le processus analytique vers la règle de droit litigieuse et ainsi déterminer si celle-ci, soit par son objet ou soit par son effet, limite l'expression garantie par l'alinéa 2 b) de la *Charte*.

SECTION 2 LE SECOND PÔLE ANALYTIQUE: LA PORTÉE DE LA RÈGLE DE DROIT LITIGIEUSE

Une fois que l'on a déterminé qu'une activité expressive possède un contenu et une forme constitutionnellement protégés, il faut, par la suite, procéder à l'analyse de la règle de droit contestée. Il convient ainsi de se demander si celle-ci a pour objet de restreindre la liberté d'expression. Si tel est le cas, l'analyse du bien-fondé de cette restriction se poursuivra dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne*. Dans l'éventualité où cette règle de droit ne véhiculerait aucunement un tel objet, nous devons, dès lors, procéder à l'analyse de son effet. Tel est le schéma directeur du second pôle analytique.

1) *L'objet de la règle de droit*

L'objet de la règle de droit doit être évalué à la date où la loi fut édictée. En effet, la Cour suprême du Canada s'est toujours objectée à accepter la théorie de l'"objet changeant". Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*³²⁷, la Cour suprême avait affirmé que "[...] l'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque et non pas d'un facteur variable quelconque"³²⁸. Ce refus de prendre en considération la théorie de l'"objet changeant" fut par la suite réitéré dans l'arrêt *Irwin Toy*³²⁹, dans l'arrêt *Butler*³³⁰ de même que dans l'arrêt *Zundel*³³¹.

L'évaluation en soi de l'objet de la règle de droit porte sur trois points bien précis. Cet objet consiste-t-il à restreindre le contenu de l'expression et ce, en écartant des messages précis? Est-il de restreindre une forme d'expression en vue de contrôler l'accès au message ou de contrôler la possibilité de transmettre le message? Est-il de contrôler les

³²⁷*Big M Drug Mart, supra*, note 18.

³²⁸*Id.*, page 235, juge Dickson.

³²⁹*Irwin Toy, supra*, note 25, pages 973 à 976, juges majoritaires. Ces commentaires furent rédigés lorsque ceux-ci procédaient à l'analyse de l'objet dans le cadre de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*.

³³⁰*Butler, supra*, note 28, page 494, juge Sopinka. Les commentaires du juge Sopinka ont trait à l'analyse de l'objet dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne*.

³³¹*Zundel, supra*, note 28, page 761, juge McLachlin. Ces commentaires furent émis dans le cadre de l'analyse de l'objet en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*.

conséquences matérielles de l'activité expressive indépendamment du message transmis en ce sens qu'il ne contrôle ni le contenu ni la forme de l'expression ?³³²

L'analyse de l'objet de la règle de droit contestée ne suscite généralement pas de longs commentaires lorsque celle-ci restreint le contenu ou la forme de l'activité expressive. Il arrive souventes fois qu'on fasse peu allusion à cet objet. C'est ainsi que dans l'arrêt *Butler*, la Cour suprême y allait d'un commentaire succinct en déterminant que la règle de droit litigieuse avait pour objet de restreindre la liberté d'expression en "[...] cherch(ant) indubitablement à interdire certains types d'activités expressives [...]"³³³. De même, dans l'arrêt *Edmonton Journal*, le juge Cory³³⁴, après une analyse sommaire des règles de droit litigieuses concluait, sans plus de commentaires, qu'il était certain que celles-ci violaient l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*.

Certains arrêts ont cependant procédé à une analyse plus détaillée de l'objet de la règle de droit contestée. Dans le *Renvoi relatif au Code criminel*, la Cour suprême réitère les paramètres élaborés dans l'arrêt *Irwin Toy* et procède ensuite à l'analyse de la règle de droit en y appliquant ceux-ci³³⁵. Le juge Lamer conclut qu'il y a bel et bien une restriction du contenu expressif de l'expression commerciale en raison du fait que la règle de droit litigieuse interdisait à une personne de communiquer des renseignements concernant certains services sexuels offerts en échange d'argent.

³³²*Irwin Toy, supra*, note 25, pages 974, 978 et 979, juges majoritaires.

³³³*Butler, supra*, note 28, page 498, juge Sopinka.

³³⁴*Edmonton Journal, supra*, note 4, page 1342.

³³⁵*Renvoi relatif au Code criminel, supra*, note 8, page 1188, juge Lamer.

De même, dans l'arrêt *Keegstra*, le juge Dickson, après avoir fait état des conditions établies dans l'arrêt *Irwin Toy*, conclut que la règle de droit contestée viole l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* puisqu'elle "[...] limite le contenu de l'expression en précisant certaines significations qui ne doivent pas être transmises"³³⁶.

Lorsque l'objet de la règle de droit contestée n'est pas de restreindre ni le contenu ou la forme de l'activité expressive ni l'accès au message, il convient dès lors de déterminer si cette règle de droit vise plutôt à restreindre les conséquences matérielles de l'activité expressive, les conséquences préjudiciables de celle-ci ou bien, si elle vise plutôt à contrôler la transmission d'un message. Dans le *Renvoi relatif au Code criminel*, il fut constaté, que par l'interdiction de toute communication entre une prostituée et son client, on visait à agir sur les conséquences de la prostitution et non sur la prostitution en elle-même. La juge Wilson constate dès lors qu'il s'agit en fait d'une restriction du contenu de l'expression:

J'estime que la présente affaire est un bon exemple d'une tentative du gouvernement de traiter des conséquences nuisibles de l'activité d'expression, non pas en traitant directement de ses conséquences, mais en imposant des restrictions au message que l'on tente de transmettre par l'activité d'expression. [...] Il s'agit [...] d'un cas où l'objet du gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages qui ne doivent pas être transmis, dans l'espoir de mettre fin aux conséquences matérielles découlant de l'activité d'expression qui véhicule le message interdit.³³⁷

³³⁶*Keegstra, supra*, note 4, page 730. Dans *Rocket, supra*, note 25, page 245, la juge McLachlin réitère les conditions établies dans l'arrêt *Irwin Toy* et conclut que la règle de droit litigieuse a pour objet de restreindre le contenu et la forme de l'expression commerciale.

³³⁷*Renvoi relatif au Code criminel, supra*, note 8, page 1205.

Par conséquent, cette règle de droit violait l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* puisqu'elle visait à écarter des messages ne devant pas être transmis et ce, afin d'annuler les conséquences préjudiciables découlant de l'activité expressive véhiculant le message³³⁸. Puisqu'il y avait dès lors restriction d'une liberté garantie par la *Charte canadienne*, il fallait ensuite soumettre le tout au contrôle de l'article premier.

Or, dans l'éventualité où la règle de droit contestée ne viserait pas à restreindre les conséquences préjudiciables découlant de l'activité expressive mais ne viserait directement que le résultat de cette activité, cette règle de droit n'aurait pas ainsi pour objet de restreindre la liberté d'expression³³⁹. Prenons l'exemple d'une réglementation municipale édictée par une ville possédant un aéroport international de même qu'un aéroport régional, laquelle réglementation vise à interdire le vol d'avions légers au-dessus de la ville. L'objet de cette réglementation consiste à éviter que les citoyens, ayant déjà à subir le bruit causé par les avions décollant ou atterrissant à l'aéroport international, ne souffrent de la pollution auditive causée par de plus petits avions volant au-dessus de la ville.

Cette réglementation ne vise aucunement à restreindre le contenu ou une forme expressive ni à contrôler l'accès à un message. Elle vise à diminuer la pollution auditive. Or, une de ces conséquences matérielles est cependant de restreindre une forme d'expression commerciale. En effet, il existe des compagnies aériennes se spécialisant dans le déploiement de bannières publicitaires au moyen d'avions légers volant à basse altitude. La réglementation municipale n'a pas pour objet de contrôler le contenu ou la forme de ce

³³⁸*Ibid.*

³³⁹*Irwin Toy, supra, note 25, page 976, juges majoritaires.*

genre d'expression commerciale, ni en contrôler l'accès. En raison d'une telle réglementation, cette forme d'expression commerciale serait cependant interdite.

Il y a indéniablement une restriction à la liberté d'expression commerciale bien que la réglementation municipale n'ait pas pour objet de limiter une telle expression. En effet, la règle de droit vise uniquement à réglementer une conséquence matérielle préjudiciable d'une certaine activité humaine³⁴⁰. Ceci a cependant pour effet d'entraîner une restriction à la liberté d'expression commerciale garantie par l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*³⁴¹.

En définitive, si l'objet de la règle de droit est de restreindre soit le contenu d'un message, soit la transmission de celui-ci par une forme constitutionnellement protégée et non de viser directement les conséquences matérielles préjudiciables de l'activité expressive, il y a violation de la liberté d'expression. L'analyse doit alors se poursuivre en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. Si tel n'est point le cas, en ce sens que l'objet de la règle de droit contesté ne vise pas à restreindre le contenu ou la forme de l'activité expressive, mais les conséquences préjudiciables de celle-ci, il faut dès lors poursuivre l'analyse dans le cadre de l'alinéa 2 b) et rechercher l'effet de la règle de droit contestée.

³⁴⁰*Ibid.*, les juges majoritaires s'expriment ainsi: "En revanche, lorsque le gouvernement vise seulement à contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines, indépendamment du message transmis, l'objet qu'il poursuit n'est pas de contrôler l'expression."

³⁴¹*Id.*, page 976, les juges majoritaires: "Même si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de contrôler ou restreindre la transmission d'une signification, la Cour doit alors décider si l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d'expression de la demanderesse."

2) *L'effet de la règle de droit*

Selon le cadre d'analyse adopté par les juges majoritaires dans l'arrêt *Irwin Toy*, si la règle de droit contestée n'a pas pour objet de restreindre ou de contrôler la liberté d'expression, elle peut cependant en avoir l'effet³⁴². Il convient, pour celui qui allègue violation de sa liberté d'expression, de prouver que l'activité expressive en cause favorise au moins une des valeurs sous-tendant la liberté d'expression³⁴³. Selon l'arrêt *Irwin Toy*, ces valeurs sont la participation au processus démocratique, la recherche de la vérité dans un libre marché d'idées de même que l'enrichissement et l'épanouissement personnels³⁴⁴.

L'analyse des valeurs sous-jacentes nous a permis de comprendre l'importance de la liberté d'expression. Importance telle que la liberté d'expression bénéficie maintenant d'une protection constitutionnelle. Les valeurs justificatives ont ainsi servi de preuve à cette reconnaissance.

³⁴²*Irwin Toy, supra*, note 25, pages 976 et 977, juges majoritaires; *Comité pour la République du Canada, supra*, note 4, pages 187 et 188, juge L'Heureux-Dubé.

³⁴³*Irwin Toy, supra*, note 25, pages 976 et 977, juges majoritaires; *Renvoi Relatif au Code criminel, supra*, note 8, pages 1187 et 1188, juge Lamer; *Keegstra, supra*, note 4, pages 729 et 730, juge Dickson et page 811, juge McLachlin, dissidente mais d'accord avec la majorité sur ce point; *Taylor, supra*, note 10, page 914, juge Dickson.

³⁴⁴*Irwin Toy, supra*, note 25, page 976, juges majoritaires: "Nous avons déjà parlé de la nature des principes et des valeurs qui sous-tendent la protection vigilante de la liberté d'expression dans une société comme la nôtre. Cette Cour les a également examinés dans l'arrêt *Ford* (aux pp. 765 à 767) et ils peuvent se résumer ainsi: (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels [...]."

À cet étape-ci de l'analyse de la portée de la règle de droit litigieuse, il s'agit de déterminer si l'activité expressive en cause favorise³⁴⁵ ou, du moins, a un lien³⁴⁶ avec une de ces valeurs. L'activité expressive n'est plus considérée comme faisant partie de la grande famille de l'expression constitutionnellement protégée. En effet, pour entrer dans cette grande famille, on devra démontrer que la présence de cette expression, au sein de celle-ci, va servir au développement des valeurs justificatives ou du moins aura un lien avec l'une d'elles. Pourquoi cette dernière analyse? Ni la jurisprudence, ni la doctrine ne nous éclaire sur cette question.³⁴⁷

On peut s'interroger sur la pertinence de réintroduire ainsi, à cette étape terminale, une deuxième analyse fondée sur les valeurs justificatives et ce, d'autant plus qu'une telle analyse sera également réalisée dans le cadre de l'article premier de la *Charte*. De plus, les

³⁴⁵*Irwin Toy, supra*, note 25, page 976, juges majoritaires; *Renvoi relatif au Code Criminel, supra*, note 8, page 1187, juge Lamer.

³⁴⁶*Keegstra, supra*, note 4 page 811, juge McLachlin, dissidente. Dans ses commentaires, la juge McLachlin précise que celui qui prétend qu'il y a violation de sa liberté d'expression doit "[...] démontrer que l'activité expressive est reliée aux valeurs [...]". Dans *Comité pour la République du Canada, supra*, note 4, page 243, la juge McLachlin fait également intervenir le critère du lien entre l'activité expressive et les valeurs sous-tendant la liberté d'expression.

³⁴⁷Dans JOHN D. McALPINE and ALLAN C. DONOVAN, *loc. cit.*, note 249, page 625, le commentaire de ces auteurs n'offrent aucune explication; on n'y fait que paraphraser les propos des juges majoritaires dans l'arrêt *Irwin Toy*. Voir également: YVES DE MONTIGNY, "Les rapports entre la liberté d'expression et ses limites raisonnables", (1991) 22 *R. G. D.*, pages 144 et 145, où l'auteur à la note 44, apporte un commentaire intéressant en reliant l'analyse de l'objet de la règle de droit à la thèse développée aux États-Unis se rapportant au lieu, heure et mode d'expression (time, place and manner). L'auteur élabore cependant peu de commentaires relativement à l'effet. De même, MICHAEL J. TILLIARD, *loc. cit.*, note 249, page 622, l'auteur n'apporte également aucune explication sur cette étape. Il en est de même pour l'auteur suivant: PATRICE GARANT, *op. cit.*, note 18, pages 54 et 55.

juges majoritaires dans l'arrêt *Irwin Toy*, n'ont-ils pas précisé que toute forme d'expression transmettant ou tentant de transmettre une signification était constitutionnellement protégée?³⁴⁸ Pourquoi les juges majoritaires, dans l'arrêt *Irwin Toy*, en arrivent-ils à un tel critère pour le moins nébuleux? Il nous est apparue que la réponse à cette question se situait dans le schéma directeur emprunté par les juges lors de la rédaction de leur jugement.

Les juges majoritaires sont partis de la prémisse qu'une activité humaine, élan du coeur, en tant qu'activité expressive, transmettant ou tentant de transmettre une signification, constituait une activité protégée. On a bien spécifié alors "activité humaine". Or, la compagnie *Irwin Toy Ltd* est une personne morale dont les élans du coeur sont peu susceptibles de se concrétiser. Comment dès lors concilier ce raisonnement avec celui qu'une entreprise puisse poser des actes expressifs, sans la présence d'élan du coeur, tout en transmettant quand même une signification?

C'est alors que les juges majoritaires ont effectué un virage en tête-à-queue lorsqu'ils se sont aperçus que leur hypothèse de travail ne pouvait s'appliquer qu'à des personnes physiques alors que le litige impliquait précisément une personne morale.

Ils ont ainsi délaissé l'analyse de la règle de droit litigieuse pour revenir à l'activité expressive. En conséquence, ils édictèrent que dans l'éventualité où celui invoquant une restriction à sa liberté d'expression commerciale pouvait apporter la preuve qu'une telle

³⁴⁸*Irwin Toy, supra*, note 25, pages 996, juges majoritaires. Voir également: DALE GIBSON, *loc. cit.*, note 249, page 344.

activité favorise une des valeurs justificatives, il y aurait alors effectivement une violation de cette liberté en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte*.

Il nous a semblé qu'un tel raisonnement pouvait, un tant soit peu, tenter de trouver une explication logique à la distorsion intellectuelle dont ont fait preuve les juges majoritaires dans cette dernière phase de l'analyse de l'expression commerciale dans le cadre de l'alinéa 2 b).

CHAPITRE 3

LE DOMAINE CONSTITUTIONNEL PAR LA CONTEXTUALISATION DANS LE CADRE DE L'ARTICLE PREMIER

Dans les deux premiers chapitres, la délimitation du domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale fut abordée sous l'angle de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*. D'une part, il fut déterminé, suite à l'analyse des valeurs sous-tendant la liberté d'expression, que le domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale comprenait toute expression commerciale justifiée par la valeur sociale de la démocratie moderne de même que par la valeur personnaliste consistant en l'épanouissement et le développement personnels. D'autre part, l'analyse de la sphère d'exercice de la liberté d'expression commerciale a permis de préciser que toute expression commerciale de forme non violente, transmettant ou tentant de transmettre une signification, était comprise dans le domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale.

Il en résulte donc que le domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale est fort étendu. Aucune limitation autre que celle reliée à la forme violente ne peut être envisagée. En effet, la Cour suprême s'est toujours objectée à limiter ou à restreindre la liberté d'expression en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*. Toute

limitation ou restriction doit inévitablement s'effectuer dans le cadre de l'article premier³⁴⁹.

L'article premier de la *Charte canadienne* détient la double mission³⁵⁰ de rendre effectifs les droits et les libertés qui y sont inscrits tout en permettant une restriction raisonnable, dans le respect des valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique³⁵¹. Il faudra ainsi prendre en considération les valeurs justifiant la liberté constitutionnellement protégée et les valeurs de la règle de droit la restreignant. L'article premier agira en quelque sorte comme une jauge, comme un instrument de mesure cherchant à trouver l'équilibre entre ces valeurs concurrentes en les situant dans les circonstances particulières

³⁴⁹Aucun droit ou liberté n'est absolu. Le *Bill of Rights* américain ne contient aucune disposition limitative expresse. La Cour suprême des États-Unis a toutefois soutenu que le *Premier Amendement* contenait en lui-même une limitation. Elle s'est ainsi engagée, au moyen de tests spécifiquement élaborés pour justifier des restrictions à la liberté de parole, dans diverses tentatives cherchant à équilibrer les intérêts opposés. Un auteur a ainsi prétendu, qu'à l'instar du *Bill of Rights*, il n'aurait pas été vraiment nécessaire d'inclure dans la *Charte canadienne* une disposition limitative expresse. Voir: JOSÉ WOEHLING, "L'article 1 de la *Charte canadienne* et la problématique des restrictions aux droits et libertés: l'état de la jurisprudence de la Cour suprême" dans INSTITUT CANADIEN D'ÉTUDES JURIDIQUES SUPÉRIEURES, Actes des journées strasbourgeoises, *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux, aspects canadiens et européens*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1992, page 5.

³⁵⁰*Keegstra, supra*, note 4, page 736, juge Dickson; *Comité pour la République du Canada, supra*, note 4, page 214, juge L'Heureux-Dubé. Voir également: DALE GIBSON, "Reasonable Limits under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*", (1985-86) 15 *Manitoba L. J.*, page 27; E. R. ALEXANDER, "The Supreme Court of Canada and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*", (1990) 40 *U. of Toronto L. J.*, page 31.

³⁵¹*Slaight Communications, supra*, note 295, page 1056, juge Dickson; *Taylor, supra*, note 10, page 913, juge Dickson; *Keegstra, supra*, note 4, pages 735 et 736, juge Dickson; *Comité pour la République du Canada, supra*, note 4, page 214, juge L'Heureux-Dubé.

du litige³⁵². L'analyse objective des valeurs concurrentes constitue l'essence même de l'approche contextuelle.

C'est la juge Wilson, dans l'arrêt *Edmonton Journal*³⁵³, qui a préconisé cette méthode objective d'analyse des valeurs. Cette approche permet de rechercher l'équilibre entre les valeurs concurrentes dans le contexte précis du litige. La juge Wilson posa les premiers jalons de la méthode contextuelle³⁵⁴ dans l'arrêt *Dolphin Delivery*³⁵⁵. Dans son jugement, elle se dit en accord avec l'issue du pourvoi telle que proposée par le juge McIntyre. Toutefois, elle préfère une démarche objective à la démarche subjective utilisée par celui-ci. Elle précise que relativement à l'analyse en vertu de l'article premier, il est capital, pour la résolution du litige dans cet arrêt, de prendre "[...] en considération l'origine et l'évolution du délit civil et de son rôle relativement aux conflits de travail"³⁵⁶. Il appert

³⁵²*Rocket, supra*, note 25, pages 246 et 247, juge McLachlin.

³⁵³*Edmonton Journal, supra*, note 4, pages 1355 et 1356. La juge Wilson nous fait part du danger de rechercher l'équilibre des valeurs concurrentes sans les analyser dans un contexte précis. Voir également: *Keegstra, supra*, note 4, page 845, juge McLachlin: "Plutôt que de parler de valeurs comme s'il s'agissait d'idéaux platoniques, le juge doit faire son analyse en fonction des faits de l'affaire dont il est saisi, soupesant dans ce contexte les différentes valeurs en question."

³⁵⁴Dans l'arrêt *Edmonton Journal, supra*, note 4, page 1354, la juge Wilson nous réfère à la dissidence du juge Dickson dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, [1987] 1 R.C.S. 313, pages 365, 366 et 368. Le juge Dickson s'interrogeait à savoir quel était l'objet de la liberté d'association dans le contexte précis des relations de travail.

³⁵⁵*Dolphin Delivery, supra*, note 6, pages 604 et 605.

³⁵⁶*Id.*, page 605.

cependant que la juge Wilson applique la méthode contextuelle dans le cadre de l'alinéa 2 b) de la *Charte* plutôt qu'en vertu de l'article premier.

Dans l'arrêt *Keegstra*, le juge Dickson approuve cette façon de procéder mais pour une application dans le cadre de l'article premier. Il n'exclut pas la possibilité toutefois d'analyser contextuellement les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*³⁵⁷. Il abandonne cependant très vite cette éventualité en admettant qu'on ne peut ainsi chercher à limiter contextuellement les valeurs dans le cadre de l'alinéa 2 b) puisque cet article doit recevoir une interprétation large et libérale³⁵⁸. La Cour suprême a par ailleurs toujours appliqué la méthode contextuelle à l'article premier et non à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*³⁵⁹.

Il importe toutefois de souligner que cette analyse contextuelle des valeurs en présence met en évidence le lien existant entre l'alinéa 2 b) et l'article premier de la *Charte*

³⁵⁷*Keegstra, supra*, note 4, page 734.

³⁵⁸*Ibid.* A la page 761, le juge Dickson précise que la méthode contextuelle est un élément clef de l'analyse en vertu de l'article premier. Voir également les pages 834 et 835, où la juge McLachlin, dissidente, jongle également avec l'idée d'appliquer la méthode contextuelle à l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*. Elle en conclut toutefois que seul l'article premier peut être utilisé dans le but de restreindre l'interprétation large et libérale accordée à la liberté d'expression. Elle ajoute ainsi à la page 845 de sa décision qu'en ce qui a trait à cette méthode contextuelle, il faut tenir compte des faits de l'affaire en soupesant, dans ce contexte, les différentes valeurs en question.

³⁵⁹*Rocket, supra*, note 25, pages 246 et 247, juge McLachlin; *Keegstra, supra*, note 4, page 734, juge Dickson; *Taylor, supra*, note 10, pages 916 à 922, juge Dickson et page 968, juge McLachlin; *Comité pour la République du Canada, supra*, note 4, pages 192 et 193, juge l'Heureux-Dubé.

*canadienne*³⁶⁰. En ce qui a trait à la liberté d'expression commerciale, ces deux articles ne sont pas totalement divergents. Autant dans l'application de l'un comme de l'autre, l'analyse des valeurs y joue un rôle primordial. En effet, l'interprétation large et libérale de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne* a permis de déterminer diverses valeurs justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression. Dans le cadre de l'article premier, par l'application de la méthode contextuelle³⁶¹, ces mêmes valeurs et d'autres justifiant le bien-fondé de la règle de droit restrictive, seront soumises, en raison d'un processus de recherche d'équilibre, à une délimitation selon leur importance réciproque.

Par ailleurs, c'est dans l'arrêt *Oakes*³⁶² que furent établis les critères permettant d'analyser, dans le cadre de l'article premier, toute restriction à une liberté ou un droit constitutionnellement protégés³⁶³. Le test de l'arrêt *Oakes* comprend deux étapes³⁶⁴. Une

³⁶⁰*Ford, supra*, note 20, pages 765 et 766; *Keegstra, supra*, note 4, page 726, juge Dickson.

³⁶¹Pour des commentaires supplémentaires sur la méthode contextuelle, voir: JAMIE CAMERON, *loc. cit.*, note 305, pages 1144 à 1146; NORMAN SIEBRASSE, "The *Oakes* Test: An old ghost impeding bold new initiatives", (1991) 23 *Rev. de Droit d'Ottawa*, pages 116 à 127; RUTH COLKER, "Section 1, Contextuality, and the Anti-Disadvantage Principle", (1992) 42 *U. of Toronto L. J.*, pages 77 à 112. Aux pages 79 et 80, l'auteure apporte un commentaire à l'effet que l'importance d'une analyse contextuelle avait été préconisée relativement aux questions touchant le féminisme. Ce serait, selon cette auteure, une telle approche contextuelle que la juge Wilson aurait incorporée dans ses jugements.

³⁶²*Oakes, supra*, note 30.

³⁶³Selon les termes mêmes de l'article premier de la *Charte canadienne*, celui-ci s'applique à tous les droits et libertés qui y sont garantis. Il est le seul test élaboré par la Cour suprême en vue de la mise en oeuvre de l'article premier. Voir: DALE GIBSON, *The Law of the Charter: General Principles*, Toronto, Carswell, 1986, page 137; PETER W. HOGG, "Section 1 Revisted", (1991) 1 *National Journal of Constitutional Law*, page 4, n. 5, tout l'article est écrit sur la présomption que le test de l'arrêt *Oakes* est universel. Voir également: JOSÉ WOEHLING, *op. cit.*, note 349, page 6.

première phase a trait spécifiquement à l'analyse de l'objectif poursuivi par la règle de droit contestée. S'il est déterminé que cet objectif est suffisamment important³⁶⁵, puisqu'il répond à des préoccupations urgentes et réelles, la règle de droit doit dès lors être soumise, dans un deuxième phase cumulative et non alternative³⁶⁶, au contrôle de la proportionnalité entre cet objectif et les moyens choisis pour le réaliser.

³⁶⁴Pour des commentaires sur les étapes du test de l'arrêt *Oakes*, voir: DALE GIBSON, *op. cit.*, note 363, pages 142 à 148; PAUL G. MURRAY, "Section One of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: An Examination at two Levels of Interpretation", (1989) 21 *R. G. D.*, pages 631 à 677; E. R. ALEXANDER, *loc. cit.*, note 350, pages 31 à 37; PIERRE BÉLIVEAU, *Les garanties juridiques dans les Chartes des droits*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1991, pages 55 à 75; KATHLEEN MAHONEY, *loc. cit.*, note 301, pages 261 à 268; JOSÉ WOEHLING, *op. cit.*, note 349, pages 11 à 32; PETER W. HOGG, *loc. cit.*, note 363, pages 3 à 8 et pages 14 à 24.

³⁶⁵Pour de plus amples commentaires sur le sujet, voir: PAUL G. MURRAY, *loc. cit.*, note 364, pages 641 et 642; ERROL P. MENDES, "In Search of a Theory of Social Justice: The Supreme Court Reconceives the *Oakes* Test", (1990) 24 *R. J. T.*, pages 5 à 12; PETER W. HOGG, *loc. cit.*, note 363, pages 4 à 12; DEBRA M. McALLISTER, *loc. cit.*, note 305, pages 126 à 128; KATHLEEN MAHONEY, *loc. cit.*, note 301, pages 250 à 253 et 261 à 264; JAMIE CAMERON, *loc. cit.*, note 305, pages 1148 et 1149; JOSÉ WOEHLING, "La conformité de certaines modifications projetées au régime linguistique de l'affichage public et de la publicité commerciale découlant de la *Charte de la langue française* avec les chartes des droits et libertés", *Annexe à l'Avis sur d'éventuelles modifications à la Charte de la langue française*, Montréal, Conseil de la langue française, 1993, pages 9 à 13.

³⁶⁶PETER W. HOGG, *loc. cit.*, note 363, page 2.

Bien qu'il ait subi une modulation dans l'arrêt *Edwards Books*³⁶⁷, le test de l'arrêt *Oakes*, tel que formulé depuis sa création en 1986, est le seul à être appliqué relativement à l'analyse de la raisonnable d'une règle de droit restrictive. Il fut toutefois déterminé que son application pouvait varier en fonction des circonstances particulières du litige, en fonction du contexte. Le contexte commercial dans lequel évolue la liberté d'expression va ainsi, par son effet sur la mise en application du test de l'arrêt *Oakes*, influencer sur le contrôle judiciaire. Cette influence sera de deux ordres.

Autant à l'étape de l'analyse de l'objectif qu'à celle de la proportionnalité, plus spécialement toutefois relativement au volet traitant de l'atteinte minimale³⁶⁸, le contexte précisément commercial de la liberté d'expression met en évidence divers éléments ayant pour effet soit de hausser ou soit d'abaisser le niveau du contrôle judiciaire. Nous verrons ainsi comment le fait pour le consommateur, dans un contexte de commercialité, de se retrouver dans une situation de vulnérabilité ou de concurrence et la façon dont le législateur, dans un tel contexte, pose les limites de ces différentes situations, constituent des facteurs susceptibles de moduler un tel contrôle. Avant toutefois d'aborder ce sujet,

³⁶⁷*Edwards Books, supra*, note 30, pages 768 et 769, juge Dickson. L'application formaliste des critères du test de l'arrêt *Oakes* n'est pas essentielle dans chaque cas. La rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application de l'article premier. Voir à cet effet: *R c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 294, page 300, juge La Forest; *Irwin Toy, supra*, note 25, pages 989 et 990, juges majoritaires; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, pages 1489 et 1490, juge La Forest; *Rocket, supra*, note 25, pages 246, juge McLachlin; *Keegstra, supra*, note 4, page 735, juge Dickson; *Comité pour la République du Canada, supra*, note 4, pages 220 à 222, juge L'Heureux-Dubé et pages 246 à 248, juge McLachlin; *Butler, supra*, note 28, pages 499 à 509, juge Sopinka.

³⁶⁸Voir JOSÉ WOEHLING, *op. cit.*, note 365, pages 20 à 22. L'auteur fait état du fait que c'est lors du deuxième volet du test de l'arrêt *Oakes* que s'analyse effectivement la raisonnable de la règle de droit litigieuse.

nous constaterons par ailleurs, qu'en ce qui a trait à l'analyse de l'objectif de la règle de droit contestée, la contextualisation des valeurs concurrentes de même que celles sous-tendant la liberté d'expression commerciale aura pour effet de limiter sensiblement le domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale.

SECTION 1 L'OBJECTIF SUFFISAMMENT IMPORTANT ET LA CONTEXTUALISATION DES VALEURS

Dans l'arrêt *Rocket*³⁶⁹, la juge McLachlin nous invite, lors de l'évaluation de l'objectif de la règle de droit contestée dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne*, à mettre en parallèle les valeurs concurrentes. Par une telle approche, nous serons mieux en mesure d'évaluer si cet objectif répond à des préoccupations urgentes et réelles dans notre société libre et démocratique. Néanmoins, préalablement à cette analyse, il s'avère déterminant, afin de bien comprendre le raisonnement de la Cour suprême relativement à la protection constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale, de cerner les valeurs justificatives qu'elle privilégie dans un tel contexte.

Autant les valeurs justificatives furent primordiales afin de délimiter le domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*, autant elles sont essentielles pour une telle délimitation dans le cadre de

³⁶⁹*Rocket*, *supra*, note 25, page 247, juge McLachlin.

l'article premier³⁷⁰. En effet, même si l'interprétation large et libérale de la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) suscite une analyse abstraite des valeurs justification, c'est en définitive lors de leur analyse concrète, en vertu de l'article premier, que les valeurs justificatives nous permettent de circonscrire, d'une façon effective, le domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale.

1) *De la bipolarité à l'unipolarité de l'expression commerciale: une contextualisation des valeurs justificatives*

Nous avons vu précédemment que les valeurs sous-tendant la liberté d'expression commerciale occupaient deux champs distincts: la valeur sociale de la démocratie moderne et la valeur personnaliste de l'épanouissement et du développement personnels. C'est ainsi que dans l'arrêt *Ford*³⁷¹, il fut déterminé que la liberté d'expression commerciale se devait d'être constitutionnellement protégée parce que le consommateur avait besoin de l'information commerciale afin de pouvoir faire des choix économiques éclairés, lesquels concourent à son développement et à son épanouissement en tant que personne humaine. Dans l'arrêt *Irwin Toy*³⁷², l'expression commerciale en cause y fut également constitutionnellement protégée en raison du fait toutefois que dans une démocratie moderne, chacun est libre de s'exprimer. La liberté d'expression de l'entreprise, l'émetteur de

³⁷⁰Dans l'arrêt *Keegstra*, *supra*, note 4, page 726, le juge Dickson mentionne que les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression aident à concevoir la portée de cette liberté dans le cadre de l'alinéa 2 b) de la *Charte* de même qu'elles s'avèrent importantes dans l'étude, en vertu de l'article premier, des modalités de coexistence des intérêts opposés.

³⁷¹*Ford*, *supra*, note 20, page 767, la Cour.

³⁷²*Irwin Toy*, *supra*, note 25, pages 970 et 971, juges majoritaires.

l'information commerciale, constitue ainsi une liberté fondamentale garantie par l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*.

L'expression commerciale met en présence un émetteur, l'entreprise commerciale³⁷³ et un récepteur, le consommateur de biens ou de services. A chacun de ces intervenants est rattachée une valeur justificative différente. D'une part, la valeur sous-tendant la liberté d'expression commerciale de l'émetteur est la valeur sociale de la démocratie moderne. Par la publicité, entre autres, l'entreprise commerciale véhicule l'information relative à ses produits. Elle exprime ainsi librement ses idées commerciales. D'autre part, le consommateur doit avoir librement accès à cette information afin d'être en mesure d'effectuer des choix économiques éclairés qui sont la source de son épanouissement et de son développement. C'est la valeur personnaliste liée au récepteur de l'information commerciale.

C'est ainsi que dans le contexte d'une expression commerciale, se retrouve concentrées, à cause de la présence de deux intervenants indépendants mais dont la manifestation de leur liberté respective est subordonnée l'une à l'autre, deux valeurs fondamentales distinctes justifiant la liberté d'expression commerciale. Cette double justification fait en sorte que nous pouvons qualifier la liberté d'expression commerciale de liberté d'expression bipolaire. Or, dans l'arrêt *Rocket*, la juge McLachlin, relativement au

³⁷³Nous adoptons par les termes "entreprise commerciale" le sens donné à ceux-ci dans le *Code civil du Québec*, en vigueur le premier janvier 1994. L'entreprise commerciale est ainsi définie à l'article 1525, 3e paragraphe: "Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services."

contexte commercial de la liberté d'expression, ne parle que de la valeur sous-tendant la liberté d'expression du récepteur. Elle ne fait aucunement mention de la valeur justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression de l'émetteur. Elle ne soulève, comme motif de justification, que l'intérêt économique de celui-ci:

L'expression qui est restreinte par ce règlement est celle de dentistes qui désirent communiquer des renseignements à des patients réels ou éventuels. Dans la plupart des cas, leur raison d'agir ainsi est principalement d'ordre économique. A l'inverse, s'ils sont empêchés d'agir ainsi, la perte qu'ils subissent est simplement une perte de bénéfice et non une perte d'occasion de participer au processus politique ou au "marché des idées", ou de réaliser un épanouissement personnel sur le plan spirituel ou artistique [...].³⁷⁴

Que faut-il conclure d'un tel raisonnement ? D'une part, il existe indubitablement un intérêt financier pour tout entrepreneur commercial lorsqu'il procède à la promotion de ses produits. Cet intérêt est purement matériel. D'autre part, il ne faut toutefois pas oublier que lorsque le consommateur interagit relativement à la publicité commerciale, il manifeste également un intérêt matériel pour l'acquisition de biens ou de services. Toutefois à la base de cette transaction commerciale, se déploie la liberté d'expression commerciale où interagit chacun des intervenants, laquelle est cependant justifiée par des valeurs distinctes. Existe-t-il une hiérarchie permettant d'établir qu'une valeur a priorité sur une autre valeur ? Est-ce que la valeur personnaliste justifiant la liberté d'expression du récepteur est supérieure à la valeur sociale sous-tendant la liberté d'expression de l'émetteur ?

³⁷⁴*Rocket, supra*, note 25, page 247, juge McLachlin.

Dans l'arrêt *Ford*, la Cour suprême avait bien mentionné que les tentatives de définition des valeurs justifiant la liberté d'expression, dans le cadre de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*, avaient leur utilité pour mettre en relief les valeurs les plus importantes³⁷⁵. Elle ajouta cependant que la question "[...] qui concerne les limites à imposer aux valeurs protégées, doit être réglée par l'application de l'article premier de la *Charte* tel qu'il est interprété dans l'arrêt *Oakes* [...]"³⁷⁶. Ceci laisse donc sous-entendre qu'il faudra procéder, dans le cadre de l'article premier, à une confrontation entre les valeurs justifiant la liberté d'expression commerciale et celles ayant trait à la règle de droit restrictive. Nous ne croyons pas qu'à partir de ces propos de la Cour suprême, il faille en déduire que nous devons nous orienter vers une démonstration visant à déterminer une hiérarchie relative aux valeurs justifiant la liberté d'expression de l'émetteur et celle du récepteur.

Nous croyons plutôt que, dans un contexte commercial, nous assistons à une justification de la liberté d'expression par ricochet. En effet, la justification de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale s'analyse non pas en tenant compte de celui qui s'exprime, mais en se référant au récepteur de cette information. De cette façon, lorsque vient le temps de déterminer la valeur justifiant la liberté d'expression commerciale, on fera indéniablement mention de l'intérêt financier de l'émetteur, mais c'est

³⁷⁵*Ford, supra*, note 20, page 765. La Cour ajoute également, aux pages 765 et 766, les commentaires suivants relativement à ces valeurs: "[...] elles sont, d'une manière générale, formulées dans un contexte philosophique qui soude la question de savoir si tel mode ou telle forme d'expression fait partie des intérêts protégés par la valeur qu'est la liberté d'expression, à celle de savoir si, en dernière analyse, ce mode ou cette forme d'expression mérite, sous le régime de la *Charte canadienne* et de la *Charte québécoise*, une protection contre toute atteinte."

³⁷⁶*Id.*, page 766.

le besoin d'information du récepteur en vue de faire des choix économiques éclairés qui justifiera la protection constitutionnelle de l'expression commerciale. De la bipolarité justificative, nous sommes alors passés à l'unipolarité.

En définitive, dans le cadre de l'article premier, en raison du contexte commercial de la liberté d'expression, l'accent sera mis uniquement sur la valeur personnaliste du consommateur comme valeur justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression de l'entreprise commerciale. C'est donc cette valeur qui devrait être mise en opposition à celle véhiculée par la règle de droit contestée. Nous allons voir toutefois que tel ne fut point le cas.

2) *La recherche d'un équilibre: la contextualisation des valeurs concurrentes*

Nous avons vu que la première étape du test de l'arrêt *Oakes* consiste à déterminer si l'objectif poursuivi par la règle de droit contestée est suffisamment important pour restreindre une liberté constitutionnellement protégée. Cet objectif sera suffisamment important s'il répond à un besoin urgent et réel dans notre société libre et démocratique. Il s'agit en fait de porter un jugement d'appréciation³⁷⁷ relativement aux valeurs contradictoires³⁷⁸ se confrontant dans un contexte commercial: les valeurs véhiculées par la règle de droit restrictive et celles sous-tendant la liberté d'expression commerciale.

³⁷⁷*Keegstra, supra*, note 4, page 845, juge McLachlin.

³⁷⁸*Ibid.*; *Rocket, supra*, note 25, page 247, juge McLachlin.

Nous savons que la valeur justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale est l'épanouissement et le développement personnels du récepteur de l'information commerciale. Si nous partons de cette prémisse, nous devrions donc nous retrouver, au stade de l'article premier, à évaluer cette valeur personnaliste en confrontation avec d'autres valeurs telles la protection des enfants de moins de treize ans contre la manipulation publicitaire télévisée d'un vendeur de jouets³⁷⁹, le maintien d'une norme élevée de professionnalisme de même que la protection des consommateurs soumis à une publicité irresponsable et trompeuse de la part des dentistes³⁸⁰ ou des denturologistes³⁸¹ ou la protection de la santé des consommateurs due à la diminution de la consommation de cigarettes³⁸².

Or, dans l'arrêt *Irwin Toy*, il ne fut question de la valeur justifiant la liberté d'expression commerciale que lors de l'analyse en vertu de l'alinéa 2 b)³⁸³. Dans le cadre de l'article premier, les juges majoritaires ne firent aucunement mention d'une recherche d'équilibre entre les valeurs concurrentes. On y a seulement examiné l'objectif de la règle de droit en elle-même afin de déterminer si la protection des enfants de moins de treize ans contre la manipulation publicitaire, constituait un objectif suffisamment important justifiant

³⁷⁹*Irwin Toy, supra*, note 25, page 987, juges majoritaires.

³⁸⁰*Rocket, supra*, note 25, page 249, juge McLachlin.

³⁸¹*Lapointe c. Comité de discipline de l'Ordre des denturologistes du Québec*, [1990] R.J.Q. (C.S.), 2315, page 2319, juge Mayrand.

³⁸²*Canada (Procureur Général) c. R.J.R.-MacDonald Inc.*, [1993] R.J.Q. (C.A.), 375, page 398, juge Lebel, ci-après l'arrêt *R.J.R.-MacDonald (Imperial Tobacco)*.

³⁸³*Irwin Toy, supra*, note 25, pages 970 et 971, juges majoritaires.

la restriction d'une liberté constitutionnellement protégée³⁸⁴. On n'a donc, dans cet arrêt, aucunement confronté les valeurs concurrentes.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Rocket*, un litige portant également sur la liberté d'expression commerciale, la juge McLachlin mentionne que, dans le cadre de l'article premier, la justification de la règle de droit litigieuse s'évalue en mettant en confrontation les valeurs promues par celles-ci et celles qui sous-tendent la liberté d'expression commerciale³⁸⁵. Il fut ainsi déterminé que la réglementation en cause visait à maintenir un certain degré de professionnalisme de même qu'à assurer la protection des consommateurs contre une publicité irresponsable et trompeuse de la part des dentistes³⁸⁶. Afin de déterminer si ces préoccupations sont suffisamment urgentes et réelles pour permettre la restriction de la liberté d'expression commerciale, il faut les confronter aux valeurs sous-tendant celle-ci.

Après avoir mentionné que la publicité faite par les dentistes servait "[...] un intérêt public important en augmentant la capacité des patients de faire des choix éclairés [...]"³⁸⁷, la juge McLachlin procède cependant à l'évaluation de la réglementation restrictive en

³⁸⁴*Id.*, pages 987 à 991, juges majoritaires.

³⁸⁵*Rocket*, *supra*, note 25, pages 246 et 247.

³⁸⁶*Id.*, page 249.

³⁸⁷*Id.*, page 247.

l'opposant à l'intérêt économique des dentistes³⁸⁸. Or, il est intéressant de noter, qu'en procédant de cette façon, la juge McLachlin passe complètement à côté de l'approche qu'elle venait tout juste de préconiser. En effet, la juge McLachlin n'analyse aucunement, en opposition avec les valeurs véhiculées par la réglementation restrictive, la valeur sous-tendant la liberté d'expression commerciale, soit en l'occurrence la valeur personnaliste consistant pour le consommateur à se développer et à s'épanouir grâce à l'information commerciale lui permettant de faire des choix économiques éclairés. Elle met plutôt en opposition les valeurs justifiant la réglementation restrictive et l'intérêt économique de l'émetteur commercial.

Comment se fait-il que dans l'arrêt *Rocket*, on mette l'accent sur l'émetteur non pas en raison de la valeur sociale de la démocratie moderne justifiant sa liberté d'expression commerciale, mais à cause de son intérêt financier? La juge McLachlin a elle-même établi que, dans le cadre de l'article premier, il doit y avoir une confrontation entre deux valeurs, les valeurs contradictoires³⁸⁹. Pour quelles raisons oppose-t-on ainsi une valeur à un intérêt?

³⁸⁸*Id.*, page 248, la juge McLachlin fait référence à l'arrêt *Irwin Toy* et mentionne que les juges majoritaires y ont soupesé la valeur relativement faible de l'intérêt de la compagnie Irwin Toy Ltd à faire de la publicité afin d'hausser ses bénéfices et ce, en relation avec la protection des enfants de moins de treize ans contre l'exploitation économique, valeur plus importante.

³⁸⁹*Rocket, supra*, note 25, pages 246 et 247: "En situant les valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, les tribunaux ont la possibilité de tenir compte des caractéristiques spéciales de l'expression en question."

Est-il de même pour une expression autre que l'expression commerciale? Dans l'arrêt *Keegstra*, il s'agissait d'une affaire où un citoyen prétendait, en vertu de la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne*³⁹⁰, pouvoir s'exprimer librement sur tout sujet même si ses propos, selon le législateur, avaient pour effet de fomenter la haine contre le peuple juif. Dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne*, les valeurs sous-tendant la liberté d'expression de M. Keegstra se devaient d'être confrontées à celles véhiculées par l'article du *Code criminel*³⁹¹ prohibant les propos fomentant la haine.

Or, le juge Dickson, pour la majorité, n'a aucunement procédé à une telle évaluation. Il a plutôt prétendu que la fomentation haineuse n'apportait rien aux valeurs justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression³⁹². En fait, il a inversé la méthode d'analyse. En effet, la fomentation de la haine est une expression véhiculant un contenu haineux. Ces, les valeurs sous-tendant la liberté d'expression justifiant le fait que tout genre d'expression (même l'expression véhiculant un contenu haineux) est constitutionnellement protégée et non l'inverse, c'est-à-dire que les caractéristiques du contenu de l'expression (un contenu haineux comme on l'espère) justifient l'existence desdits valeurs.

³⁹⁰*Keegstra, supra*, note 4, page 714, juge Dickson.

³⁹¹Il s'agissait de déterminer la constitutionnalité du par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, lequel interdit la fomentation volontaire de la haine autrement que dans des conversations privées.

³⁹²*Keegstra, supra*, note 4, page 766.

Un contenu expressif haineux peut être prohibé, mais les valeurs soutenant une telle prohibition doivent être évaluées, dans le cadre de l'article premier, en confrontation avec les valeurs justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression. Le juge Dickson n'a pas procédé à une telle confrontation des valeurs concurrentes. Il a placé, sur le même plateau de la balance, les valeurs véhiculées par la disposition législative contestée et le fait que la fomentation de la haine ne servait à promouvoir aucune des valeurs justifiant la liberté d'expression. Il fut ainsi déterminé, relativement à la première phase du test de l'arrêt *Oakes*, que la disposition contestée du *Code criminel* possédait "[...] un objectif législatif très convaincant, justifiant une restriction de la liberté d'expression."³⁹³

Par ailleurs, la juge McLachlin, dissidente dans l'arrêt *Keegstra* en ce qui à trait à l'évaluation des valeurs concurrentes dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne*, adopte une démarche toute différente. Dans ses commentaires portant sur l'alinéa 2 b)³⁹⁴, elle précise qu'il est facile d'en arriver à un consensus presque unanime à l'effet que les propos offensants de M. Keegstra n'apportent rien de positif à la société. Dans un premier temps, elle rejette l'idée d'évaluer, dans le cadre de l'alinéa 2 b), l'expression en cause en tenant compte de sa valeur intrinsèque:

Les tentatives de restriction de la garantie de liberté d'expression seulement au contenu qui est considéré avoir une valeur positive ou être conforme avec des valeurs acceptées, frappent l'essence même de la valeur de la liberté, en réduisant le champ de protection des débats à ce qui ne dérange pas ou à ce qui est compatible avec les idées actuelles. Si la garantie de libre expression doit avoir un sens, elle doit protéger l'expression qui conteste même les conceptions fondamentales

³⁹³*Id.*, page 758.

³⁹⁴*Id.*, page 841.

de notre société. Un engagement réel à l'égard de la liberté d'expression n'exige pas moins.³⁹⁵

Selon la juge McLachlin, c'est dans le cadre de l'article premier, tout comme d'ailleurs elle l'avait précédemment préconisé dans l'arrêt *Rocket*³⁹⁶, que doivent s'affronter les valeurs fondamentales justifiant la liberté d'expression de M. Keegstra et les valeurs d'harmonie sociale et de dignité individuelle³⁹⁷ véhiculées par la réglementation restrictive. En ce qui a trait à cette catégorie d'expression, nous pouvons constater que ce ne sont que des valeurs qui seront mises en opposition. Ceci est fort différent de l'approche préconisée relativement à l'expression commerciale où l'intérêt financier de l'émetteur commercial se trouvait confronté à une valeur de protection véhiculée par le législateur. Nous croyons en fait qu'une telle approche de la liberté d'expression commerciale constitue précisément un élément de la contextualisation des valeurs concurrentes.

C'est ainsi que, dans le cadre de l'article premier, l'analyse de l'objectif suffisamment important de la règle de droit restreignant la liberté d'expression commerciale s'effectue en mettant en opposition une valeur préconisant la protection du consommateur à un intérêt financier justifiant l'expression d'un intervenant commercial. Dans cette optique, le plateau de la balance devrait irrémédiablement pencher du côté de la règle de droit restrictive. Au premier abord, cette situation peut apparaître inconfortable pour l'émetteur commercial revendiquant la protection d'une liberté que lui garantit la *Charte canadienne*.

³⁹⁵*Id.*, page 842.

³⁹⁶*Rocket*, *supra*, note 25, pages 246 et 247.

³⁹⁷*Keegstra*, *supra*, note 4, page 847, juge Dickson.

Il appert cependant que le législateur, en vue de l'instauration de ses règles restrictives, doit tenir compte de certains éléments qui influent sur la retenue judiciaire. C'est ainsi que dans un contexte commercial, le degré de protection du consommateur dépendra, d'une part, de la façon dont le législateur, en fonction de la preuve contradictoire disponible, délimite raisonnablement le champ de protection autour du groupe vulnérable de consommateurs qu'il entend protéger et, d'autre part, variera en fonction de la situation de vulnérabilité du consommateur relativement à l'objet même de l'expression commerciale.

SECTION 2 LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'ATTEINTE MINIMALE ET LA CONTEXTUALISATION DU GROUPE VULNÉRABLE

La composante déterminante du volet de la proportionnalité du test de l'arrêt *Oakes*, autant pour la liberté d'expression commerciale que pour toutes autres catégories d'expression, est l'analyse de l'atteinte minimale, "[...] le coeur du deuxième volet du test."³⁹⁸ Les moyens choisis par le législateur afin d'atteindre les objectifs préconisés par la règle de droit, se doivent de porter le moins possible atteinte aux droits et libertés inscrits dans la *Charte canadienne*³⁹⁹. La norme, c'est le critère de l'arrêt *Oakes* et, uniquement la présence de circonstances particulières peut faire en sorte que la rigueur d'un tel critère subisse un quelconque assouplissement⁴⁰⁰.

³⁹⁸JOSÉ WOEHLING, *op. cit.*, note 365, page 17.

³⁹⁹*Oakes*, *supra*, note 30, page 139, juge Dickson.

⁴⁰⁰*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, page 403, juge Wilson, ci-après l'arrêt *McKinney*.

Il importe toutefois de spécifier que la Cour suprême, à maintes reprises⁴⁰¹, a clairement établi que dans des litiges où l'État joue le rôle de l'adversaire singulier du justiciable, notamment dans les causes relatives au droit criminel⁴⁰², elle pourrait, avec un certain degré de certitude⁴⁰³, juger si les moyens choisis par le législateur sont les moins radicaux en ce sens qu'ils portent le moins possible atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*.

Cependant, dans des situations polycentriques⁴⁰⁴ où l'État agit en quelque sorte comme un arbitre entre des groupes présentant des revendications opposées⁴⁰⁵ ou entre des groupes se disputant les ressources limitées de notre société⁴⁰⁶, la Cour suprême a

⁴⁰¹*Irwin Toy, supra*, note 25, page 994, juges majoritaires; *Rocket, supra*, note 25, page 248, juge McLachlin; *McKinney, supra*, note 400, page 281, juge La Forest; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, pages 1388 et 1389, juge Wilson, ci-après l'arrêt *Chaulk*. Voir également: JAMIE CAMERON, *loc. cit.*, note 305, page 1147.

⁴⁰²*Irwin Toy, supra*, note 25, page 994, juges majoritaires; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni, supra*, note 367, pages 1515 et 1516, juge Wilson; *Rocket, supra*, note 25, page 248, juge McLachlin.

⁴⁰³*Irwin Toy, supra*, note 25, page 994, juges majoritaires; *McKinney, supra*, note 400, page 288, juge La Forest.

⁴⁰⁴*McKinney, supra*, note 400, page 288, juge La Forest. Voir également: NORMAN SIEBRASE, *loc. cit.*, note 361, page 130.

⁴⁰⁵*Edwards Books, supra*, note 30, page 779, juge Dickson; *Irwin Toy, supra*, note 25, page 994, juges majoritaires; *Slaight Communications, supra*, note 295, page 1501, juge Dickson; *Rocket, supra*, note 25, page 248, juge McLachlin; *McKinney, supra*, note 400, page 288, juge La Forest et page 401, juge Wilson.

⁴⁰⁶*Irwin Toy, supra*, note 25, page 993, juges majoritaires; *Rocket, supra*, note 25, page 248, juge McLachlin; *McKinney, supra*, note 400, page 288, juge La Forest.

précisé, avec dissidence⁴⁰⁷ cependant, qu'elle traiterait avec beaucoup plus de déférence les moyens privilégiés par le législateur lorsque, s'appuyant sur des preuves contradictoires, celui-ci a tiré une ligne de démarcation raisonnable⁴⁰⁸ délimitant le groupe vulnérable.

La notion de groupe vulnérable⁴⁰⁹ est apparue très tôt dans la jurisprudence de la Cour suprême ayant trait à l'application de l'article premier dans un contexte de commercialité. C'est ainsi que dans l'arrêt *Edwards Books*, il est fait mention que le législateur ne saurait être blâmé lorsqu'il légifère dans le but de servir les intérêts de salariés vulnérables exigeant de jouir du congé dominical, lesquels intérêts s'opposaient à celui de leur employeur désirant faire des affaires en ce même jour⁴¹⁰.

Cette situation de vulnérabilité, dans laquelle se retrouve un employé face à son employeur, est également souligné dans l'arrêt *Slaight Communications*⁴¹¹ où la Cour suprême fait état de l'importance qu'elle accorde à la protection des employés en tant que

⁴⁰⁷*McKinney, supra*, note 400, pages 403 à 405, juge Wilson; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, pages 552 à 556, juge Wilson.

⁴⁰⁸*Irwin Toy, supra*, note 25, pages 989, juges majoritaires.

⁴⁰⁹*R. c. Wholesale travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, page 234, juge Cory: "L'importance du concept de vulnérabilité comme élément de la méthode contextuelle d'interprétation de la Charte a été reconnue dans le domaine des rapports employeur-employés dans les arrêts *Edwards Books* et *Slaight Communications Inc.*, [...], ainsi que dans le domaine de la publicité commerciale dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd* [...]. Les mêmes considérations devraient s'appliquer chaque fois qu'une loi réglementaire fait l'objet d'une contestation fondée sur la Charte."

⁴¹⁰*Edwards Books, supra*, note 30, pages 773, 778 et 779, juge Dickson.

⁴¹¹*Slaight Communications, supra*, note 295, pages 1051, 1056 et 1057, juge Dickson.

groupe vulnérable⁴¹². Cette notion est également présente dans les arrêts traitant de la liberté d'expression commerciale.

Mais qui est donc ce groupe vulnérable ? Dans l'arrêt *Irwin Toy*, relativement à la *Loi sur la protection du consommateur*, les enfants de moins de treize ans, susceptibles d'être soumis à la manipulation publicitaire télévisée, furent désignés comme étant un groupe vulnérable. Dans l'arrêt *Rocket*, les consommateurs recherchant des informations sur les services professionnels d'un dentiste furent également désignés comme étant un groupe vulnérable. Dans les arrêts *Edwards Books*, *Slaight Communications* et *Irwin Toy*, le groupe vulnérable fut identifié et circonscrit par l'emploi d'une preuve contradictoire l'ayant spécifiquement délimité. Or, dans l'arrêt *Rocket*, le groupe de consommateurs vulnérables est moins bien circonscrit. Il s'agit en fait de tous les consommateurs requérant les services de ce genre de professionnel.

Bien que la détermination soit quelquefois moins précise, le groupe vulnérable n'est pas une entité anonyme. Il représente le récepteur, celui recevant l'information commerciale que lui destine un agent économique. Il représente celui qui reçoit l'information commerciale lui permettant de faire des choix économiques éclairés. La juge McLachlin dans l'arrêt *Rocket*, nous a bien précisé que l'équilibre entre cette capacité de faire des choix éclairés et la recherche de bénéfices variera selon les circonstances précises de chaque litige⁴¹³. Elle n'a pas précisé cependant ce qui, dans de telles circonstances, pouvait faire

⁴¹²*Id.*, page 1057.

⁴¹³*Rocket*, *supra*, note 25, page 247, juge McLachlin.

varier l'équilibre entre ces valeurs contradictoires. Tout ce que nous savons, c'est que les consommateurs peuvent se retrouver dans une situation quelconque de vulnérabilité.

Nous pouvons supposer que la proportion entre ces éléments opposés devrait sans doute varier en fonction de la situation de vulnérabilité dans laquelle se retrouve le consommateur. Cette hypothèse de même que l'approche traitant de la délimitation du groupe vulnérable par une preuve contradictoire feront l'objet d'une attention toute particulière dans les pages qui vont suivre.

1) *La délimitation du groupe vulnérable par la preuve contradictoire*

La notion de groupe vulnérable prend toute sa signification lorsque nous sommes en présence d'un groupe défavorisé⁴¹⁴ dont les revendications s'opposent à celles d'un groupe concurrent. Une situation de groupe défavorisé apparaît dans des circonstances précises: une situation mettant en cause une relation d'autorité telle que celle rencontrée dans l'arrêt *Edwards Books*⁴¹⁵ ou une situation semblable à celle traitée dans l'arrêt *Irwin*

⁴¹⁴R. c. *Wholesale Travel Group Inc.*, *supra*, note 409, page 233, juge Cory: "Notre Cour a fait remarquer à diverses occasions que la *Charte* n'est pas un instrument dont peuvent se servir les personnes défavorisées pour écarter les protections législatives adoptées afin de protéger ceux qui sont vulnérables. [...] Ce principe reconnaît qu'une grande partie de la réglementation adoptée par le gouvernement vise à protéger les personnes vulnérables. En fait, il serait malheureux que la *Charte* puisse être utilisée pour contester des mesures destinées à protéger les membres les moins favorisés de la société qui sont comparativement dénués de pouvoirs."

⁴¹⁵*Edwards Books*, *supra*, note 30, pages 773, 778 et 779, juge Dickson; *Slaight Communications*, *supra*, note 295, pages 1051 et 1052, juge Dickson.

*Toy*⁴¹⁶, où un groupe défavorisé en fonction de son âge (ou d'une caractéristique semblable⁴¹⁷), subit une pression négative de la part d'un agent commercial.

Lorsqu'il appert que les droits ou les libertés de ces groupes concurrents ne pourront être pleinement respectés⁴¹⁸, le législateur s'efforce dès lors de trouver une solution de compromis et d'exercer ainsi un jugement raisonnable⁴¹⁹ lui permettant de circonscrire le mieux possible le groupe vulnérable qu'il entend protéger. Cette délimitation du groupe vulnérable ou du groupe défavorisé s'avère primordiale puisqu'elle va diriger l'orientation des mesures restrictives que le législateur compte mettre en vigueur et ce, afin de réaliser des objectifs liés à la protection⁴²⁰ de ces groupes. L'État procédera à la détermination des limites du groupe vulnérable en ayant recours à des données, souvent

⁴¹⁶*Irwin Toy, supra*, note 25, page 987, juges majoritaires.

⁴¹⁷*Id.*, page 990, juges majoritaires. Il serait intéressant ici d'apprécier cette notion de caractéristique semblable en fonction des critères élaborés en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne*.

⁴¹⁸*Chaulk, supra*, note 401, page 1389, juge Wilson.

⁴¹⁹*Irwin Toy, supra*, note 25, page 989, juges majoritaires.

⁴²⁰*Edwards Books, supra*, note 30, page 779, juge Dickson: "Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés. Lorsque l'intérêt de plus de sept salariés vulnérables à jouir d'un congé dominical est opposé à l'intérêt qu'a leur employeur à faire des affaires le dimanche, je ne saurais blâmer le législateur de décider que la protection des employés doit l'emporter."

contradictaires⁴²¹ cependant, provenant des sciences humaines, sociales ou socio-économiques⁴²².

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, les juges majoritaires nous précisent que si le législateur tire sa ligne de démarcation suite à l'appréciation de preuves scientifiques⁴²³ crédibles mais contradictoires⁴²⁴, les tribunaux n'ont pas à substituer leurs opinions à celles du législateur puisqu'il s'agit en fait d'un choix politique⁴²⁵ visant à protéger un groupe vulnérable. Ils soulignent également que lorsque se présente une telle situation, la preuve provenant des sciences humaines, laquelle preuve a servi à étayer le choix du législateur, ne saurait être interprétée de façon restrictive⁴²⁶. Dans ces circonstances, les restrictions législatives devront toutefois s'appuyer sur des éléments de preuves solides⁴²⁷.

⁴²¹*McKinney, supra*, note 400, page 309, juge La Forest.

⁴²²*Ibid.*

⁴²³Aux pages 990 et 993 de la décision, les juges majoritaires emploient les termes "preuves scientifiques contraires". Or, lorsqu'ils analysent les faits de la cause, aux pages 994 et 995, ils utilisent les termes "preuves contradictoires qui relèvent des sciences humaines". Peut-on prétendre qu'il existe une différence entre une preuve scientifique et une preuve provenant des sciences sociales? Nous savons ce que peut comprendre une preuve sociale. Est-ce à dire cependant qu'elle constitue une preuve scientifique? Ne pouvant en déterminer la certitude dans ce bref commentaire, nous émettrons donc l'hypothèse que ces termes sont équivalents.

⁴²⁴*Irwin Toy, supra*, note 25, page 990, juges majoritaires.

⁴²⁵*Id.*, page 993, juges majoritaires.

⁴²⁶*Id.*, page 999, juges majoritaires.

⁴²⁷*Idid.*

Toutefois, les juges majoritaires édictèrent une présomption à l'effet que dans une situation de groupe hétérogène, lequel est défini en raison de l'âge ou d'une caractéristique analogue, la preuve qu'une majorité de ce groupe requiert une protection du législateur permettra d'établir, sans équivoque, que celui-ci a délimité le groupe hétérogène de façon raisonnable⁴²⁸.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, la preuve sur laquelle se fondait le législateur afin d'établir que le groupe des enfants de moins de treize ans constituait un groupe vulnérable relativement à la publicité manipulatrice d'agents commerciaux, était effectivement une preuve relevant des sciences humaines⁴²⁹. Cette preuve était-elle cependant une preuve que l'on peut qualifier de solide⁴³⁰? De plus, le groupe vulnérable ainsi identifié était-il un groupe vulnérable hétérogène dont la majorité des enfants⁴³¹ avaient besoin de protection ?

La preuve était à l'effet que le groupe des enfants de deux à six ans représentait un groupe défavorisé puisqu'ils étaient incapables de distinguer la fiction de la réalité⁴³². Ils sont grandement vulnérables à la publicité. Il n'y a eu aucune preuve contradictoire sur ce

⁴²⁸*Id.*, page 990, juges majoritaires.

⁴²⁹*Id.*, page 994, juges majoritaires.

⁴³⁰*Id.*, page 999, juges majoritaires.

⁴³¹*Id.*, page 990, juges majoritaires.

⁴³²*Id.*, page 988, juges majoritaires. Il est intéressant de noter que les juges dissidents, les juges Beetz et McIntyre, précisent, à la page 1002 de leur décision, que non seulement les enfants ne peuvent faire une telle distinction, mais que "[...] bien des adultes ont le même problème."

point. En ce qui a trait aux enfants dont l'âge se situe entre sept et treize ans, la preuve est imprécise. Les données utilisées afin de tirer la ligne de démarcation délimitant le groupe défavorisé, données provenant des sciences humaines, démontrèrent que cette ligne pouvait se situer à plusieurs endroits entre ces limites d'âge:

Le procureur général a déposé un certain nombre d'études qui arrivent à des conclusions quelque peu différentes quant à l'âge auquel les enfants acquièrent des capacités cognitives suffisantes pour reconnaître la nature persuasive de la publicité et évaluer sa valeur relative. Les études permettent de dire que quelque part entre l'âge de sept ans et l'adolescence, les enfants deviennent tout aussi capables que les adultes de comprendre les messages publicitaires et d'y réagir⁴³³.

Le choix du législateur ne réside pas ainsi sur une preuve contradictoire solide, mais sur l'extrapolation arbitraire d'une preuve de sciences humaines comportant divers volets. Une telle extrapolation ne peut, à notre avis, constituer une base scientifique solide permettant de restreindre une liberté garantie par la *Charte canadienne*.

En fait, il s'avérait fort ardu d'interdire uniquement la publicité destinée aux enfants de deux à six ans puisque, lors des émissions enfantines télévisées, la composition de l'auditoire n'était pas assez compartimentée⁴³⁴ pour en dissocier le groupe des sept à moins de treize ans⁴³⁵. Ne cherchant pas plus à fond à définir les auditoires, nous croyons

⁴³³*Id.*, page 989, juges majoritaires.

⁴³⁴*Id.*, pages 995 à 999, juges majoritaires. Voir à cet effet, la façon dont ceux-ci discutent de la détermination de l'auditoire des émissions enfantines télévisées.

⁴³⁵*Id.*, page 996, juges majoritaires.

qu'on a ainsi inclu ce dernier groupe d'enfants dans le groupe vulnérable par souci, non avoué cependant, d'enrayer une source d'irritation pour les parents beaucoup plus que pour éliminer un grave danger pour le bien-être des enfants⁴³⁶.

Un autre point mérite quelques réflexions. Il s'agit en fait de déterminer si, dans l'arrêt *Irwin Toy*, on s'est attardé sur la composition hétérogène du groupe vulnérable. Nous avons vu précédemment que s'il est prouvé qu'une majorité d'un tel groupe requiert une protection de la part de l'État, il existe alors une présomption à l'effet que le groupe fut défini de façon raisonnable⁴³⁷. La question d'une majorité est une donnée mathématique. Qu'est-ce qui nous prouve dès lors que le groupe vulnérable hétérogène, délimité par le législateur, comprend une majorité d'enfants requérant une protection de celui-ci ? Aucune preuve mathématique ne fut présentée à cet effet. Tout ce que nous savons avec certitude, c'est que tout le groupe des enfants de deux à six ans a besoin de cette protection. Nulle part il n'est mentionné que ceux-ci et ceux du groupe des sept à treize ans, requérant également une telle protection, constituaient la majorité mathématique du groupe vulnérable.

Ainsi donc, le critère de la présence d'une majorité de personnes défavorisées parmi un groupe hétérogène, bien qu'habilement formulé dans l'arrêt *Irwin Toy*, n'y fut de peu d'utilité puisque non appliqué par les juges l'ayant formulé.

⁴³⁶*Id.*, page 1007, dissidence des juges Beetz et McIntyre: "Mais peut-on dire que la publicité télévisée destinée aux enfants met en danger leur bien-être ? Je ne suis pas convaincu que cela a été démontré."

⁴³⁷*Id.*, page 990, juges majoritaires.

Il faut donc conclure qu'advenant une situation où l'État, s'appuyant sur une preuve contradictoire crédible, délimite un groupe vulnérable dans lequel une majorité des membres ont besoin de protection, les tribunaux évalueront avec plus de déférence les moyens choisis afin de réaliser cet objectif. Bien que ces divers paramètres ne furent point intégralement appliqués dans l'arrêt *Irwin Toy*, ils existent cependant et nous devons en tenir compte dans un contexte de liberté d'expression commerciale.

L'attente ne fut pas bien longue toutefois avant que ces notions ne fassent l'objet d'une attention judiciaire particulière. En effet, dans l'arrêt *R.J.R.-MacDonald (Imperial Tobacco)*⁴³⁸, un litige ayant trait à la liberté d'expression commerciale des manufacturiers et des distributeurs des produits de tabac, la Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge LeBel⁴³⁹, fit état des éléments développés dans l'arrêt *Irwin Toy*. Le litige porte sur la constitutionnalité de certains articles de la *Loi réglementant les produits du tabac*⁴⁴⁰. Comme il fut admis⁴⁴¹ que cette loi enfreint la liberté d'expression commerciale des

⁴³⁸*R.J.R.-MacDonald (Imperial Tobacco)*, *supra*, note 382.

⁴³⁹Dans cet arrêt, le juge LeBel exprime l'opinion majoritaire de la Cour d'appel du Québec (juge Rothman). Le juge Brossard émet cependant une opinion dissidente aux pages 401 à 442.

⁴⁴⁰S.C. 1988, c. 20.

⁴⁴¹*R.J.R.-MacDonald (Imperial Tobacco)*, *supra*, note 382, page 389, juge LeBel.

manufacturiers et des distributeurs des produits du tabac, le litige porte principalement⁴⁴² sur l'application de l'article premier de la *Charte canadienne*.

Le juge LeBel est d'avis que la règle de droit litigieuse constitue une limite raisonnable pouvant se justifier dans une société libre et démocratique⁴⁴³. Selon les prémisses énoncées dans l'arrêt *Irwin Toy*, le juge LeBel se doit, dans un premier temps, de déterminer si le législateur a raisonnablement tiré la ligne de démarcation délimitant le groupe vulnérable qu'il entend protéger, même en présence d'une preuve contradictoire, en autant toutefois que dans l'éventualité où elle proviendrait de données reliées aux sciences humaines, elle puisse être qualifiée de preuve solide. Puis, dans un deuxième temps, il doit veiller à déterminer si la présomption liée à la composition du groupe hétérogène s'applique, le cas échéant.

En promulguant une interdiction de toute forme de publicité relative aux produits du tabac vendus au Canada, le législateur a ainsi déterminé que l'ensemble des Canadiens constituaient le groupe vulnérable. Le législateur a tiré une ligne de démarcation autour des 25,909,200⁴⁴⁴ personnes formant la population canadienne à la date de la promulgation

⁴⁴²Il convient de ne point passer sous silence le fait que ce litige traite également de la compétence constitutionnelle du Parlement canadien relativement à la promulgation de la loi litigieuse. Le juge LeBel en arrive à la conclusion, à la page 389 de sa décision, que la loi relève de la compétence législative fédérale: "Le gouvernement fédéral s'est attaqué à un problème bien distinct, celui de la publicité du tabac, rattaché à une question complexe de santé publique. Il semble que l'importance nationale du problème et la nature de l'activité visée justifiaient une intervention sous l'article 91 [...]".

⁴⁴³*R.J.R.-MacDonald (Imperial Tobacco)*, *supra*, note 382, page 401.

⁴⁴⁴STATISTIQUES CANADA, *L'observateur économique canadien*, Supplément statistique historique 1991/92, Catalogue 11-210, statistiques démographiques pour l'année 1988, page 97.

de sa loi. Il faut dès lors, à la lumière de l'arrêt *Irwin Toy*, s'interroger sur la raisonnable d'une telle délimitation. Est-ce que la preuve⁴⁴⁵ sur laquelle s'est appuyé le législateur permettait la constitution d'un tel groupe vulnérable ? Et qui plus est, sommes-nous dans une situation de groupe vulnérable, c'est-à-dire dans une situation où un groupe s'oppose à un autre dans une relation d'employeur-employé (arrêts *Edwards Books* et *Slaight Communications*) ou dans une situation de manipulation publicitaire analogue à celle présente dans l'arrêt *Irwin Toy* ?

La première alternative est vite repoussée. Quant à la seconde, poser la question, c'est y répondre. Les faits à la base de ces deux litiges sont cependant fort différents. En l'espèce, la publicité des agents commerciaux s'adresse à des adolescents ou à des adultes en mesure de distinguer la réalité de la fiction. Sur la base de cette assertion, les critères élaborés dans l'arrêt *Irwin Toy* ne nous sont dès lors d'aucune utilité. Partons toutefois de l'hypothèse où nous sommes en présence d'une publicité manipulatrice dont on veut protéger le groupe vulnérable constitué par l'ensemble de la population canadienne. Force nous est de conclure que le législateur a arbitrairement tiré sa ligne de démarcation puisqu'il n'existe aucune preuve contradictoire solide⁴⁴⁶ à l'appui de sa décision. La preuve

⁴⁴⁵Il importe de souligner que les propos du juge LeBel à la page 396 de l'arrêt *R.J.R.-MacDonald (Imperial Tobacco)*, *supra*, note 382, prennent une dangeureuse tangente. Il mentionne ainsi que c'est sur la base de l'information disponible que le législateur a fondé sa décision. Nous osons espérer que les termes "information disponible" signifient en fait "preuve disponible", voire preuve scientifique ou du moins preuve provenant des sciences sociales, humaines ou socio-économiques disponibles.

⁴⁴⁶*R.J.R.-MacDonald (Imperial Tobacco)*, *supra*, note 382, page 418, juge Brossard, dissident. Il est intéressant de noter que le juge Brossard mentionne que les opposants tirent des conclusions et inférences contradictoires de la preuve présentée. Ainsi donc, ce n'est pas la preuve qui est contradictoire, mais les conclusions qu'on en tire.

constituée d'opinions⁴⁴⁷, de commentaires⁴⁴⁸, de rapports⁴⁴⁹, de témoignages de spécialistes⁴⁵⁰, de correspondance interne du gouvernement⁴⁵¹ ne permet pas d'étayer scientifiquement les prétentions respectives des parties. Il n'y a tout simplement pas de preuve scientifique contradictoire. En l'absence d'une telle preuve, le législateur n'a pas raisonnablement mais arbitrairement délimité le groupe vulnérable.

Le juge LeBel jongle également avec la notion de groupe concurrent⁴⁵² où, dans une situation mettant en jeu la répartition des ressources limitées de notre société, la retenue judiciaire serait également de mise à l'égard des moyens préconisés par le législateur⁴⁵³. Les arrêts *McKinney* et *Stoffman* comportent une telle situation. Deux observations s'imposent. Premièrement, ce point de vue ne fait pas l'unanimité dans la jurisprudence de la Cour suprême. En effet, ces deux arrêts présentent une forte dissidence de la part de la juge Wilson. Dissidence⁴⁵⁴ d'autant plus significative que les propos incidents de la majorité, prônant la retenue judiciaire, font suite à une décision édictant,

⁴⁴⁷*Id.*, page 398, juge LeBel.

⁴⁴⁸*Ibid.*

⁴⁴⁹*Id.*, page 399, juge LeBel et page 417, juge Brossard.

⁴⁵⁰*Id.*, page 398, juge LeBel et page 417, juge Brossard.

⁴⁵¹*Id.*, page 417, juge Brossard.

⁴⁵²*Id.*, page 392, juge LeBel.

⁴⁵³*Irwin Toy, supra*, note 25, pages 993 et 994, juges majoritaires.

⁴⁵⁴Dans l'arrêt *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, page 1165, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont également dissidentes et préconisent la norme stricte énoncée dans l'arrêt *Oakes* plutôt que le critère plus souple adopté dans les arrêts *Edwards Books*, *Irwin Toy* et *McKinney*.

qu'en vertu de l'article 32 de la *Charte canadienne*, celle-ci ne pouvait trouver application⁴⁵⁵ dans ces deux arrêts.

Dans l'arrêt *McKinney*, il s'agissait d'un litige mettant en cause des professeurs qui contestaient la constitutionnalité d'une loi les obligeant à prendre leur retraite à l'âge de 65 ans. Les revendications des professeurs plus âgés s'opposaient ainsi à celles des professeurs moins âgés. Des postes de professeurs d'université, ressources limitées dans notre société, étaient en cause dans ce litige. Ayant préalablement soutenu que la *Charte canadienne* s'applique aux circonstances de l'arrêt *McKinney*⁴⁵⁶, la juge Wilson établit que les professeurs, présentant des revendications opposées, ne constituaient aucunement un groupe vulnérable⁴⁵⁷ au sens des arrêts *Edwards Books* et *Irwin Toy*:

À part l'existence de contraintes financières, il n'y a aucune raison pour laquelle les membres de ce groupe ne peuvent avoir accès à la profession de leur choix. En d'autres termes, leur exclusion ne découle pas du fait qu'ils sont jeunes comme dans l'arrêt *Irwin Toy*, ni de la nature de leurs rapports avec les universités comme dans l'arrêt *Edwards Books*. Elle découle seulement de la politique de restriction budgétaire du gouvernement.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵*McKinney*, *supra*, note 400, page 275, juge La Forest; *Stoffman*, *supra*, note 407, page 456, juge La Forest. Pour des commentaires supplémentaires sur la question de l'application de l'article 32 de la *Charte*, voir: CHRISTIAN BRUNELLE, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux institutions gouvernementales*, Toronto, Carswell, 1993, pages 81 à 121.

⁴⁵⁶*McKinney*, *supra*, note 400, page 379, juge Wilson.

⁴⁵⁷*Id.*, page 379, juge Wilson.

⁴⁵⁸*Id.*, page 402, juge Wilson.

La juge Wilson est ainsi en désaccord⁴⁵⁹ avec la majorité lorsque celle-ci, en qualifiant les faits de situation de répartition des ressources limitées de notre société entre groupes concurrents, applique la même norme d'évaluation de l'atteinte minimale que celle préconisée dans une situation de groupe vulnérable. Elle est d'avis, qu'en aucun temps, des motifs de restrictions budgétaires ne peuvent servir de base au législateur pour justifier la restriction d'un droit constitutionnel d'une personne au détriment d'une autre⁴⁶⁰, ce qui viendrait "[...] à vicier complètement l'objectif de la consécration des droits et libertés dans la *Constitution*."⁴⁶¹

Or, une telle situation du groupe concurrent ne se retrouve pas dans l'arrêt *R.J.R.-MacDonald (Imperial Tobacco)*. En effet, dans ce litige, il ne s'agit aucunement d'une question portant sur une quelconque concurrence relative à des ressources limitées dans notre société.

En définitive, il nous est dès lors impossible de relier ce litige soit à la délimitation d'un groupe vulnérable au sens de l'arrêt *Irwin Toy*, soit à la situation de groupe concurrent au sens de l'arrêt *McKinney*, ce qui aurait permis l'exercice d'une certaine retenue judiciaire relativement à l'évaluation des moyens choisis. Une autre alternative pointe cependant à l'horizon: pourrait-on analyser ce litige en mettant en évidence une situation de vulnérabilité axée sur l'objet de l'expression commerciale ?

⁴⁵⁹*Id.*, page 403.

⁴⁶⁰*Ibid.*

⁴⁶¹*Ibid.*

La situation de vulnérabilité, dans lequel se retrouve le consommateur, est en relation avec sa capacité de faire des choix économiques éclairés. Cette capacité variera cependant en fonction de la catégorie de produits ou de services qu'il désire consommer ou obtenir, en fonction de l'objet même de l'expression commerciale. Une application particulière de l'analyse contextuelle dans un litige impliquant un expression commerciale prendra ainsi l'aspect de l'évaluation de la vulnérabilité du consommateur en fonction de l'objet même de l'expression commerciale.

2) *La délimitation de la situation de vulnérabilité en relation avec l'objet de l'expression commerciale*

La publicité peut toucher un produit ou un service⁴⁶², deux objets de consommation distincts. L'expression commerciale peut ainsi avoir pour objet un produit ou un service.

D'un côté, chacune de ces catégories de publicité a un but commun: l'augmentation des bénéfices. D'un autre côté, le consommateur, face à cette publicité, doit effectuer des choix économiques éclairés. Peu importe que la publicité porte sur un produit ou un service, le consommateur peut se retrouver dans une situation de vulnérabilité face à celle-ci.

Or, comme l'indique la juge McLachlin dans l'arrêt *Rocket*, des consommateurs placés dans une situation de choix d'un professionnel comme un dentiste seraient beaucoup plus vulnérables que ceux placés dans une situation où le choix doit s'exercer relativement

⁴⁶²PETER W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd, *op. cit.*, note 38, page 40-15.

à des biens ou des services normalisés⁴⁶³. La situation de vulnérabilité variant ainsi, une ligne directrice d'analyse semble se dessiner. En effet, la mesure de la vulnérabilité du consommateur, c'est-à-dire la variation entre la recherche de profit et l'importance de l'expression commerciale dans les choix éclairés du consommateur, devrait s'établir en tenant compte de la catégorisation du produit ou du service dans les circonstances précises du litige. La situation de vulnérabilité du consommateur variera ainsi selon un contexte factuel bien circonscrit. En effet, un consommateur sera dans une situation de vulnérabilité réelle face à une publicité visant des services professionnels ou des produits non normalisés. Toutefois, sa vulnérabilité sera de moindre importance lorsqu'il sera soumis à une publicité ayant trait à des caractéristiques objectives d'un service professionnel⁴⁶⁴ ou à une publicité concernant un produit normalisé.

C'est ainsi que dans une situation de vulnérabilité réelle, face à une publicité concernant des services professionnels, le consommateur est placé dans un contexte factuel où il a à choisir sans être en mesure de le faire adéquatement. Le consommateur moyen n'a pas les données requises lui permettant d'évaluer les compétences professionnelles d'un

⁴⁶³*Rocket, supra*, note 25, page 248, juge McLachlin: "Les consommateurs seraient beaucoup plus vulnérables face à une publicité non réglementée de la part des professionnels de l'art dentaire qu'ils ne le seraient à l'égard de la publicité non réglementée de manufacturiers ou fournisseurs d'un grand nombre d'autres biens ou services plus normalisés." La juge McLachlin cite l'arrêt *Virginia Pharmacy*, par. 773 n. 25 et par. 774 où la Cour suprême des États-Unis a établi une distinction entre la prestation de services des avocats ou des médecins, lesquels portent des jugements professionnels, et entre la vente de produits étiquetés, produits normalisés, qui ont été préparés par d'autres personnes.

⁴⁶⁴Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia, supra*, note 8, page 340, le juge Estey se questionnait à l'effet de savoir si on pouvait distinguer une publicité informative, publicité que l'on peut ici relier à celle portant sur les caractéristiques d'un service professionnel.

dentiste ou d'un autre professionnel⁴⁶⁵. Face à une publicité visant les qualités et les compétences professionnelles de divers dentistes, le consommateur serait ainsi placé dans une situation de grande vulnérabilité⁴⁶⁶. Ayant à faire un choix éclairé, il serait soumis à la publicité sans être en mesure d'en discerner les divers éléments professionnels.

Une règle de droit restrictive serait donc plus facilement validée dans ces circonstances. Le rôle de protection de l'État y trouverait sa pleine application⁴⁶⁷.

Il en est de même au sujet des produits non normalisés. Il s'agit en fait de la publicité touchant des produits non soumis, préalablement à leur mise en marché, à des standards de normalisation par une agence gouvernementale de contrôle. Lorsque le consommateur sera soumis à la publicité touchant une telle catégorie de produits, il sera également dans une situation de vulnérabilité réelle puisqu'il aura à faire un choix en se basant uniquement sur les données produites par l'agent économique. L'intérêt de celui-ci étant purement économique, le législateur pourra alors, par l'intermédiaire d'une règle de droit restrictive, assurer la protection du consommateur. C'est ainsi que dans un tel contexte factuel, en raison de la vulnérabilité du consommateur, les cours de justice feront preuve

⁴⁶⁵*Rocket, supra*, note 25, pages 249 et 250, juge McLachlin: "J'ai mentionné précédemment qu'aux États-Unis une distinction avait été établie entre les restrictions sur les renseignements relatifs aux produits normalisés et celles sur les prétentions qui, en soi, ne peuvent être vérifiées. Si un dentiste ou un autre professionnel prétend être plus compétent que ses collègues, le consommateur moyen n'est aucunement en mesure de vérifier cette prétention."

⁴⁶⁶*Id.*, page 248, juge McLachlin.

⁴⁶⁷*Id.*, page 250, juge McLachlin: "Dans de telles circonstances, la réglementation de la publicité professionnelle est clairement justifiée."

d'une plus grande retenue judiciaire à l'égard de la règle de droit restrictive.

Concernant toutefois la publicité relative aux services connexes d'un service professionnel ou la publicité portant sur des produits normalisés, le consommateur est placé dans un contexte factuel où l'expression commerciale va lui permettre de faire des choix économiques éclairés, sans le placer toutefois dans une situation de vulnérabilité réelle. Sa vulnérabilité sera de moindre importance.

En effet, ce qui caractérise la publicité liée à ces catégories de service ou de produit, est le fait qu'elle véhicule une information objective sans aucune possibilité que des facteurs subjectifs viennent embrouiller le choix du consommateur.

Le produit normalisé est une catégorie de produit qui, avant d'être mis en marché, a été soumis à des standards de normalisation concernant sa conception, sa fabrication ou les divers éléments de sa composition. L'État ayant déjà joué son rôle de protecteur en émettant de telles normes et, le produit y étant soumis, il s'ensuit que le consommateur est placé dans un contexte où il peut avoir recours à certaines données objectives au moment de faire ses choix. Il est donc moins vulnérable à la publicité. Sa vulnérabilité est de moindre importance. Il est ainsi mieux en mesure de faire des choix économiques éclairés.

Par conséquent, une règle de droit restreignant la publicité relative à une telle catégorie de produit risquerait davantage d'être invalidée. L'exigence de l'atteinte minimale ne serait pas diminuée. L'équilibre entre la recherche de bénéfices et entre la capacité de faire des choix économiques éclairés serait atteint. Le fait que le consommateur soit dans

une situation de moindre vulnérabilité fait en sorte qu'une règle de droit restrictive n'aurait pas sa place dans un tel contexte factuel.

Il en est de même au sujet des services connexes entourant les services professionnels. Ces services ont trait aux données objectives⁴⁶⁸ caractérisant la dispensation du service professionnel. L'information relative à ces données objectives est essentielle afin que le consommateur puisse faire des choix éclairés relativement au service professionnel qu'il entend consommé.

Toutefois, l'expression commerciale relative aux services connexes d'un service professionnel ne place pas le consommateur dans une situation de vulnérabilité réelle. Ces informations sont objectives. Il s'agit en fait d'une publicité informative. Le consommateur est ainsi en mesure d'en vérifier l'exactitude. Le législateur n'a à jouer, dans de telles circonstances, aucun rôle de protection.

Une règle de droit restreignant une telle expression commerciale serait donc invalidée puisqu'elle restreignerait la liberté d'expression commerciale de l'agent économique. L'arrêt *Rocket* est un exemple en ce sens⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸*Id.*, page 251, juge McLachlin: "Le public a intérêt à obtenir des renseignements sur les heures de bureau du dentiste, sur la langue qu'il parle et sur d'autres faits objectifs pertinents à son travail [...]"

⁴⁶⁹Voir également: *Dr Hershel Bernstein c. Corp. professionnelle des dentistes et al.*, [1991] D.D.C.P. 247.

L'objet sur lequel portera la publicité peut ainsi se distinguer de la façon suivante: un service professionnel ou les caractéristiques objectives connexes à ce service, un produit normalisé ou non. C'est en regard de chacune de ces catégories que variera la situation de vulnérabilité du consommateur.

CONCLUSION

Nous avons passé en revue les trois phases relatives à la délimitation du domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale. L'interprétation large et libérale de cette forme de liberté, constitutionnellement garantie en vertu de l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*, permet de circonscrire un vaste domaine constitutionnel. En effet, l'alinéa 2 b) protège toute expression commerciale pouvant être justifiée par la valeur sociale de la démocratie moderne ou par la valeur personnaliste de l'épanouissement personnel, laquelle expression est cependant une forme non violente d'expression, transmettant ou tentant de transmettre une signification. Or, c'est dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne*, par l'approche contextuelle du caractère commercial de l'expression, que se délimite effectivement le domaine constitutionnel de la liberté d'expression commerciale.

La contextualisation de la liberté d'expression commerciale fait en sorte que, lorsque le législateur n'est pas en mesure de délimiter le groupe vulnérable de consommateurs, nous nous retrouvons dans une situation où la reconnaissance d'une liberté constitutionnellement protégée est suspendue à la capacité judiciaire de déterminer la spécificité de l'objet de l'expression commerciale. La situation de vulnérabilité peut ainsi varier suivant que l'expression commerciale vise un produit normalisé ou non ou bien un service connexe à un service professionnel ou ce même service professionnel.

Considérant ces critères, il peut ainsi s'avérer fort simple de déterminer une situation de vulnérabilité. Prenons l'exemple suivant. Lequel de ces deux consommateurs

est dans une situation de vulnérabilité réelle: celui soumis à une publicité sur une marque de cigarettes dont le paquet porte des indications sur sa dangerosité et sa composition ou le consommateur subissant une publicité concernant une marque de bière alors que ce produit ne porte aucune indication relative à la composition du produit et à sa dangerosité suite à une consommation excessive. Il est vrai que la bière est également un produit normalisé. Cependant, contrairement aux cigarettes, nul ne sait exactement ce que contient ce produit puisque les étiquettes identifiant les diverses marques de bière, tout comme d'ailleurs tous autres produits alcoolisés, ne portent aucune mention à cet effet, alors que même les étiquettes accolées aux bouteilles contenant uniquement de l'eau indique exactement la composition du produit.

Comme le démontre cette mise en situation, l'approche contextuelle de la liberté d'expression commerciale nous conduit vers une spécificité de l'expression commerciale directement reliée à l'aspect qualitatif du produit ou du service.

Au regard de tous ces facteurs de même qu'en prenant en considération l'approche suivie par la Cour suprême dans l'arrêt *Rocket*, nous sommes enclins à penser que la Cour suprême sera dorénavant plus réticente à intervenir dans une situation de liberté d'expression commerciale.

L'interprétation large et libérale de l'alinéa 2 b) nous a permis de démontrer, de façon abstraite toutefois, que la liberté d'expression commerciale bénéficiait d'un vaste domaine constitutionnel.

Or, d'une façon concrète, nous réalisons cependant que ce domaine présente maintenant peu d'ampleur. Peu importe l'étendue de la protection constitutionnelle que l'on veut bien lui reconnaître en vertu de l'alinéa 2 b), il est indéniable que la liberté d'expression commerciale se heurtera dorénavant à une spécificité contextuelle de plus en plus restrictive.

BIBLIOGRAPHIE**MONOGRAPHIES**

ABEL, ALBERT S., *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 4e éd. rev., Toronto, Carswell, 1975, 980 pages.

BARBEAU, ALPHONSE, *Le droit constitutionnel canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1974, 440 pages.

BEAUDOIN, GÉRALD-A., *Essais sur la Constitution*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1979, 422 pages.

BEAUDOIN, GÉRALD-A., *Le partage des pouvoirs*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983, 634 pages.

BEAUDOIN, GÉRALD-A. (sous la direction de), *Causes invoquant la Charte 1986-87*, Actes de la conférence de l'Association du Barreau canadien, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1987, 443 pages.

BEAUDOIN, GÉRALD-A. et EDWARD RATUSKY (sous la direction de), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 1058 pages.

BEAUDOIN, GÉRALD-A., *La Constitution du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1990, 987 pages.

BÉLIVEAU, PIERRE, *Les garanties juridiques dans les Chartes des droits*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1991, 658 pages.

BRUN, HENRI et GUY TREMBLAY, *Droit public fondamental, textes commentés*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1973, 890 pages.

BRUN, HENRI et GUY TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1990, 1232 pages.

BRUNELLE, CHRISTIAN, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux institutions gouvernementales*, Toronto, Carswell, 1993, 156 pages.

CHEVRETTE, FRANÇOIS et HERBERT MARX, *Droit constitutionnel, Notes et Jurisprudence*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, 1728 pages.

COLLIARD, CLAUDE-ALBERT, *Libertés publiques*, 6e éd., Paris, Dalloz, 1982, 904 pages.

- CONKLIN, WILLIAM E., *Images of a Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1989, 365 pages.
- DWORKIN, RONALD M., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978, 371 pages.
- DWORKIN, RONALD M., (ed. by), *The Philosophy of Law*, Oxford, University Press, 1977, 176 pages
- DWORKIN, RONALD M., *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, 425 pages.
- FINKELSTEINS, NEIL, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, Vol 2, 5e éd., Toronto, Carswell, 1986, 1501 pages.
- GARANT, PATRICE, *Droit administratif, Les Chartes*, Vol 3, 3e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1992, 625 pages.
- GIBSON, DALE, *The Law of the Charter: General Principles*, Toronto, Carswell, 1986, 302 pages.
- GREEN, IAN, *The Charter of Rights*, Toronto, James Lorimer & Compagny Publishers, 1989, 258 pages.
- GRENIER, BERNARD, *La Déclaration canadienne des droits, Une loi bien ordinaire*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1979, 172 pages.
- GOSSELIN, JACQUES, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, 298 pages.
- HOGG, PETER W., *Constitutional Law of Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1985, 988 pages.
- HOGG, PETER W., *Constitutional Law of Canada*, Vol 2, 3e éd., Toronto, Carswell, 1992.

- LASKIN, BORA, *Canadian Constitutional Law*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1966, 1104 pages.
- LEDERMAN, WILLIAM R., *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*, Toronto, Butterworths, 1982, 442 pages.
- MAGNET, JOSEPH ELIOT, *Constitutional Law of Canada, Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vol 2, 2e éd., Toronto, Carswell, 1985, 1597 pages.
- MANNING, MORRIS, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitutional Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery Ltd, 1983, 760 pages.
- McLUHAN, MARSHALL, *D'oeil à l'oreille*, Montréal, Éditions Hurtubise H.M.H. Ltée, 1977, 166 pages.
- MEIKLEJOHN, ALEXANDER, *Free Speech and Its Relation to Self Government (1948)*, New York, Kennikat Press, 1972, 107 pages.
- MILL, JOHN START, *De la liberté*, Zurich, Éditions du Grand-Midi, 1987, 277 pages, traduction de Gilbert Boss.
- MORIN, JACQUES-YVAN ET JOSÉ WOEHLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec, du régime français à nos jours*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1992, 978 pages.
- NOWAK, JOHN E., RONALD D. ROTUNDA and NELSON J. YOUNG, *Constitutional Law*, 2e éd., St-Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1983, 1372 pages.
- RAWLS, JOHN, *Théorie de la justice*, Paris, Éditions du Seuil, 1987, 666 pages, traduction de Catherine Audard.
- SALHANY, ROGER E., *The Honourable, The Origin of Rights*, Toronto, Carswell, 1986, 175 pages.

TRIBE, LAURENCE H., *American Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press Inc., 1978, 1204 pages.

TRIBE, LAURENCE H., *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola, New York, The Foundation Press Inc., 1988, 1778 pages.

TRUDEL, PIERRE, *Le droit à l'information et à la communication*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, 595 pages.

WHYTE, JOHN D. and WILLIAM R. LEDERMAN, *Canadian Constitutional Law, Cases, Notes and Materials*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1992.

ARTICLES DE REVUE ET AUTRES

ABRAMS, NATHALIE, "The Sham Exception to the Noerr-Pennington Doctrine: A Commercial Speech Interpretation", (1982-83) 49 *Brooklin L. Rev.*, pages 573 à 603.

AITCHISON, BILL, "The Right to Receive and the Commercial Speech Doctrine: New Constitutional Considerations", (1974-75) 63 *The Georgetown L. J.*, pages 775 à 803.

ALDERMAN, RICHARD M., "Commercial Entities' Noncommercial Speech: A contradiction in Terms", (1982) *Utah L. Rev.*, pages 731 à 761.

ALEXANDER, E. R., "The Canadian Charter of Rights and Freedom in the Supreme Court of Canada", (1989) 105 *The Law Quarterly Rev.*, pages 561 à 598.

ALEXANDER, E. R., "The Supreme Court of Canada and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1990) 40 *U. of Toronto L. J.*, pages 1 à 73.

ALEXANDER, LARRY, "Striking Back at the Empire: a Brief Survey of Problemes in Dworkin's Theory of Law", (1987) 6 *Law and Philosophy*, pages 419 à 438.

- ALEXANDER, LARRY, "Commercial Speech and *First Amendment* Theory: A Critical Exchange", (1980-81) 75 *North Western University L. Rev.*, pages 307 à 315.
- ALEXANDER, MICHAEL, "Censorship and the Limits of Liberalism", (1988) *U. T. Fac. L. Rev.*, pages 58 à 100.
- ALMOND, LINCOLN D., "*Posadas de Puerto Rico Assocs. v. Tourism Co. of Puerto Rico*: A New Weapon in the Battle to Ban Tobacco Product Advertising", (1987-88) 20 *Connecticut L. Rev.*, pages 125 à 151.
- AUBY, JEAN-MARIE, "Rapport général" dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, La vérité et le droit (Journées canadiennes), *Vérité et liberté d'expression, le droit de propager la vérité*, Tome XXXVIII, Paris, Économica, 1987, 779 pages.
- BAKER, EDWIN C., "Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom", (1976-77) 62 *Iowa L. Rev.*, pages 1 à 56.
- BAKER, EDWIN C., "Scope of the *First Amendment* Freedom of Speech", (1977-78) 25 *U.C.L.A. L. Rev.*, pages 964 à 1040.
- BAKER, EDWIN C., "Some United States experience and points of view", (1983) 13 *Manitoba L. J.*, pages 608 à 613.
- BAKER, EDWIN C., "Limitations on basic human rights-A view from the United States" dans ARMAND DE MESTRAL (sous la direction de), *Limitations des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, pages 75 à 103.
- BARNES, RICHARD L., "A Call for a Value-Based Test of Commercial Speech", (1985) 63 *Washington University L. Q.*, pages 649 à 706.
- BARRETT, EDWARD L., "The Uncharted Area-Commercial Speech and the *First Amendment*", (1979-80) 13 *U.C. Davis L. Rev.*, pages 175 à 209.

- BAYUS, ELAINE, "The Constitutional Status of Commercial Expression", (1975-76) 3 *Hastings Constitutional L. Q.*, pages 761 à 801.
- BEAL, ARTHUR C. JR, "Constitutional Law-The Fine Line Between Protected and non-Protected Speech", (1979) 7 *Florida State L. Rev.*, pages 749 à 757.
- BECKTON, CLARE F., "Freedom of Expression in Canada-How free?", (1983) 13 *Manitoba L. J.*, pages 583 à 597.
- BECKTON, CLARE F., "Freedom of Expression-Access to the Courts", (1983) 61 *Can. Bar Rev.*, pages 101 à 123.
- BECKTON, CLARE F., "La liberté d'expression" dans GÉRALD-A. BEAUDOIN et EDWARD RATUSHNY (sous la direction de), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989, pages 225 à 259.
- BENDER, PAUL A., "Justifications for Limiting Constitutional guaranteed rights and freedoms: Some remarks about the proper role of Section One of the *Canadian Charter*", (1983) 13 *Manitoba L. J.*, pages 670 à 681.
- BENDER, PAUL A., "Free expression" dans ARMAND DE MESTRAL (sous la direction de), *Limitations des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, pages 433 à 445.
- BINETTE, ANDRÉ, "La liberté d'expression commerciale", (1987) 28 *C.de D.*, pages 341 à 36
- BLOCK, BRADFORD E., "Commercial Speech-End in Sight *To Chrestensen ?*", (1973-74) 23 *De Paul L. Rev.*, pages 1258 à 1275.
- BLOUSTEIN, EDWARD J., "Holmes: his *First Amendment* Theory and his Pragmatist Bent", (1987-88) 40 *Rutgers L. Rev.*, pages 283 à 302.

BOLLIGER, LEE C., "Free Speech and Intellectual Values", (1982-83) 92 *Yale L. J.*, pages 438 à 473.

BOTTOS, DINO, "*Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression*", (1989) 27 *Alberta L. Rev.*, pages 461 à 475.

BOYCE, DAVID S., "Commercial Speech: *First Amendment* Protection Clarified", (1975-76) 28 *U. of Florida L. Rev.*, pages 610 à 620.

BRAUN, STEFAN, "Should Commercial Speech be Accorded Prima Facie Constitutional Recognition under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms?*", (1986) 18 *Ottawa L. Rev.*, pages 37 à 53.

BRUN, HENRI, "*La Charte des droits et libertés de la personne: domaine d'application*", (1977) 37 *R. du B.*, pages 179 à 203.

BRUN, HENRI, "Quelques notes sur les articles 1, 2, 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*", (1982) 23 *C. de D.*, pages 781 à 794.

BURON, DENIS, "Liberté d'expression et diffamation de collectivités: quand le droit à l'égalité s'exprime", (1988) 29 *C. de D.*, pages 491 et 534.

BUSHELL, S. J., "Freedom of expression-The first step", (1977) 15 *Alberta L. Rev.*, pages 93 à 121.

BUTLER, HENRY N., "Liberty Fund Inc. Symposium on the *First Amendment* and Securities Regulation", (1987-88) 20 *Connecticut L. Rev.*, pages 383 à 477.

CAMERON, JAMIE, "The original Conception of Section 1 and its Demise: A Comment on *Irwin Toy Ltd v. Attorney-General of Quebec*", (1989) 35 *Rev. de droit de McGill*, pages 253 à 277.

CAMERON, JAMIE, "Abstract Principle v. Contextual Conception of Harm: A Comment on *R. v. Butler*", 37 *Rev. de Droit de McGill*, pages 1144 à 1151.

- CARTY, ANTHONY, "L'impact de Dworkin sur la philosophie du droit anglo-américaine", (1986) 2 *Droit et Société*, pages 7 à 14.
- CHARISSE, MARC S., "Brothels in the Market place of Ideas: Defining Commercial Speech", (1990) *Communications and the Law*, pages 3 à 19.
- CASE COMMENTS, "Standard of Review for Regulations of Commercial Speech: *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*", (1982) 66 *Minnesota L. Rev.*, pages 903 à 930.
- CASS, RONALD A., "Commercial Speech, Constitutionalism, Collective Choice", (1987-88) 56 *U. of Cincinnati L. Rev.*, pages 1317 à 1382.
- CHARETTE, FRÉDÉRIK, "Libéraliser la publicité des avocats: fondements et conséquences", (1992) 71 *R. du B. Can.*, pages 508 à 551.
- CHEVRETTE, FRANÇOIS et ANDRÉ MOREL, "Censure provinciale du film et contrôle municipal des manifestations", (1978) 38 *R. du B.*, pages 222 à 227.
- CHEVRETTE, FRANÇOIS, "La disposition limitative de la *Charte des droits et libertés de la personne*: le dit et le non-dit", (1987) 21 *R. J. T.*, pages 462 à 489.
- CHILDRESS, STEVEN ALAN, "*Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*: The Commercial Speech Doctrine under The First Amendment", (1980-81) 12-13 *U. of West Los Angeles L. Rev.*, pages 297 à 305.
- COHEN, DAVID, "Can it really be unconstitutional to regulate product safety information?", (1990) 17 *Canadian Business L. J.*, pages 55 à 74.
- COLKER, RUTH, "Section 1, Contextuality and Anti-Disadvantage Principle", (1992) 42 *U. of Toronto L. J.*, pages 77 à 112.
- CONRARD, MARK A., "*Board of Trustees of the State University of New York v. Fox*-The Dawn of a New Age of Commercial Speech Regulation of Tobacco and Alcohol", (1990) 9 *Cardozo Arts & Entertainment L. J.*, pages 61 à 106.

- CORRIVEAU, MANON, "L'étiquetage des aliments irradiés et la liberté d'expression", (1988) 29 *C. de D.*, pages 65 à 90.
- COTLER, IRWIN, "Freedom of expression" dans ARMAND DE MESTRAL (sous la direction de), *Limitations des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, pages 353 à 382.
- DECKER, JACK W., "Commercial Speech and the *First Amendment: Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*", (1977) *Capital University L. Rev.*, pages 75 à 93.
- DE MONTIGNY, YVES, "Les rapports entre la liberté d'expression et ses limites raisonnables", (1991) 22 *R. G. D.*, pages 129 à 150.
- DENBOW, STEFANIA A., "Commercial Speech and the *First Amendment*-Continuing Uncertainty after six years", (1982-83) 12 *Capital U. L. Rev.*, pages 115 à 141.
- DENVIR, JOHN, "Justice Brennan, Justice Rehnquist, and Free Speech", (1985-86) 80 *North Western U. L. Rev.*, pages 285 à 320.
- DILULLO, SAMUEL A., "The Present Status of Commercial Speech: Looking for a Clear Definition", (1986) 90 *Dickinson L. Rev.*, pages 705 à 730.
- DEMERIEUX, MARGARET, "The Delineation of the Right to Freedom of Expression", (1980) 1 *Public Law*, pages 359 à 366.
- DUPLÉ, NICOLE, "Les libertés d'opinion et d'expression: nature et limites", (1987) 21 *R. J. T.*, pages 541 à 582.
- EBERLE, EDWARD J., "Practical Reason: The Commercial Speech Paradigm", (1992) 42 *Case Western Reserve L. Rev.*, pages 411 à 508.
- EDWARDS, KRISTA L., "*First Amendment* values and the Constitutional Protection of tobacco Advertising", (1987) 82 *North Western L. U. Rev.*, pages 145 à 180.

- ELLIOT, ROBIN M., "The Supreme Court of Canada and Section 1-The Erosion of the Common Front", (1987) 12 *Queen's L. J.*, pages 276 à 340.
- EMERSON, THOMAS I., "Toward a General Theory of the *First Amendment*", (1963) 72 *Yale L. J.*, pages 877 à 956.
- ERICKSON, ROBERT C., "The Consumers Right to Know: An Analysis of *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* and the Effect of the *First Amendment* Right to Receive Information on Lawyers' Advertising", (1976-77) 12 *New England L. Rev.*, pages 991 à 1020.
- ESSON, WILLIAM A., "The judiciary of Freedom of Expression", (1985) 23 *U. W. O. L. Rev.*, pages 159 à 164.
- ETHERINGTON, BRIAN, "Picketing in Labour Disputes: *Retail, Wholesale and Dep. Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*", (1987) 66 *Can. Bar Rev.*, pages 818 à 838.
- FARBER, DANIEL A., "Commercial Speech and *First Amendment* Theory", (1979) 74 *North Western U. L. Rev.*, pages 372 à 408.
- FINKELSTEIN, MARIE, "Commercial expression" dans NEIL R. FINKELSTEIN et BRIAN MACLEOD ROGERS (ed. by), *Charter issues in civil cases*, Toronto, Carswell, 1988, pages 199 à 211.
- FINKELSTEIN, NEIL, "Laskin's four classes of liberty", (1987) 66 *Can. Bar Rev.*, pages 227 à 266.
- FISCHER, MADELEINE, "Constitutional Law-Freedom of Speech and Press-Commercial Speech is not Protected by the *First Amendment*", (1973-74) 48 *Tulane L. Rev.*, pages 426 à 432.
- FLEUCHAUS, JONATHAN J., "*First Amendment* Protection: for Commercial Speech: An Optical Illusion?", (1978-79) 31 *U. of Florida Rev.*, pages 799 à 814.

- FOREST, RÉAL, "Liberté d'expression dans le domaine économique" dans BARREAU DU QUÉBEC, Formation permanente, *Application des Chartes en matière civile*, Cowansville, Les Éditions Blais Inc., 1988, pages 154 à 178.
- FRANKS, JAMES B., "The Commercial Speech Doctrine and the *First Amendment*", (1976-77) 12 *Tulsa L. J.*, pages 699 à 730.
- FUCHSBERG, JACOB D., "Commercial Speech: Where it's at", (1979-80) 46 *Brooklyn L. Rev.*, pages 389 à 399.
- GAGNON, JEAN-DENIS, "L'arrêt *Dolphin Delivery*: La porte est-elle ouverte ou fermée", (1987) 32 *Rev. de Droit de McGill*, pages 924 à 941.
- GAUDET, SERGE, "La règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*: Commentaires sur l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson* [1989] 1 R.C.S. 1038", (1990) 20 *R. D. U. S.*, pages 447 à 470.
- GIBSON, DALE, "Reasonable Limits under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*", (1985-86) 15 *Manitoba L. J.*, pages 27 à 52.
- GIBSON, DALE, "Constitutional law-Freedom of commercial Expression under the *Charter*-Legislative jurisdiction over Advertising-A representative ruling: *Attorney general of Quebec v. Irwin Toy Limited*", (1990) 69 *Can. Bar Rev.*, pages 339 à 355.
- GUASTINI, RICCARDO, "Théorie et Ontologie du Droit chez Dworkin, (1986) 2 *Droit et société*, pages 15 à 22.
- GUNTHER, GERALD, "Learned hand and the Origins of Modern *First Amendment* Doctrine: Some Fragments of History", (1975) 27 *Stan. L. Rev.*, pages 719 à 755.
- HICKS, STEPHEN C., "Liberté et égalité: Rawls et Dworkin et la philosophie du droit des États-Unis", (1981-82) 12 *R. D. U. S.*, pages 481 à 497.

HARRISON, JEFFREY L., "Public Utilities and the *First Amendment*: The Economics and Ideology of *Pacific Gas & Electric*", (1986) 38 *U. of Florida L. Rev.*, pages 319 à 346.

HOGG, PETER W., "Comparaison entre la Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits" dans GÉRALD-A. BEAUDOIN ET EDWARD RATUSHNY (sous la direction de), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e édition, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989, pages 3 à 25.

HOGG, PETER, W., "Section 1 Revisted", (1991) 1 *National Journal of Constitutional Law*, pages 1 à 24.

HUDON, EDWARD G., "Expressions incitant à la violence: le droit américain, le droit canadien et l'affaire *Dupuis c. La Société Saint-Jean-Batiste de Montréal*", (1986) 17 *R. G. D.*, pages 513 à 535.

HUNTER, HOWARD OWEN, "Prescription Drugs and Open Housing: More on Commercial Speech", (1976) 25 *Emory L. J.*, pages 815 à 848.

HUTCHINSON, ALLAN C., "Money talk: against constitutionalizing (commercial) speech", (1990) 17 *Canadian Business L. J.*, pages 2 à 34.

JACKSON, THOMAS H. and JOHN CALVIN JEFFRIES Jr., "Commercial Speech: Economic Due Process and The *First Amendment*", (1979) 65 *Virginia L. Rev.*, pages 1 à 41.

KALVEN, HARRY Jr, "*New York Times Case*: A note on The Central Meaning of the *First Amendment*", (1964) *The Sup. Ct. Rev.*, pages 191 à 221.

KANTZ, SHERRYL S., "*First Amendment*-Freedom of Speech Commercial Speech and Advertising", (1978-79) 12 *Akron L. Rev.*, pages 300 à 309.

KATZ, ELLEN EDGE, "Constitutional Law-Freedom of Speech-Commercial Speech Doctrine-Use of Sex-designated Classified Advertising Column Headings", (1973-74) *Duquesne L. Rev.*, pages 1000 à 1008.

- KERANS, ROGER P., "The future of Section one of the *Charter*", (1989) 23 *U. B. C. L. Rev.*, pages 567 à 577.
- KLAUSNER, MANUEL S., "The *First Amendment* and Commercial Speech", (1988) 11 *George Mason U. L. Rev.*, pages 83 à 87.
- KNIGHT, KEVIN., "The Life of Reley: Complete *First Amendment* Protection versus Deferred Commercial Speech Standard for Professional Fundraising Solicitors", (1990) 23 *Indiana L. Rev.*, pages 145 à 167.
- KOZINSKI, ALEX, "Commercial Free Speech in the Marketplace of Ideas", (1989) 41 *Rutgers L. Rev.*, pages 719 à 752.
- KOZINSKI, ALEX & STUART BANNER, "The Anti-History and Pre-History of Commercial Speech", (1993) 71 *Texas L. Rev.*, pages 747 à 775.
- KURLAND, PHILIP B., "*Posadas de Puerto Rico v. Tourism Company*: Twas Strange, Twas Passing Strange; Twas Pitiful, Twas Wondrous Pitiful", (1986) *The Sup. Ct. Rev.*, pages 1 à 17.
- KUSNER, JAMES A., "Freedom to Hear: The *First Amendment*, Commercial Speech and Access To Information", (1981-82) 28 *Wayne L. Rev.*, pages 137 à 179.
- LASKIN, BORA, "An inquiry into the Diefenbaker *Bill of Rights*", (1959) 37 *Can. Bar. Rev.*, pages 77 à 134.
- LEDERMAN, W. R., "The Nature and Problems of a *Bill of Rights*", (1959) 37 *Can. Bar. Rev.*, pages 4 à 15.
- LEDERMAN, W. R., "Droits et libertés constitutionnels et conflits de valeurs: l'interprétation de la *Charte* et l'article premier" dans GÉRALD-A. BEAUDOIN et EDWARD RATUSHNY (sous la direction de), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989, pages 145 à 185.

LEE, WILLIAM E., "The Supreme Court and the Right to receive Expression", (1987) *The Sup. Ct. Rev.*, pages 303 à 344.

LISS, FRANKLIN R., "A mandate to Balance: Judicial Protection of Individual Rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*", (1992) 39 *Emory L. J.*, pages 1281 à 1316.

LISTER, ANTHONY and DAVID PANNICK, "Advertising and Freedom of Expression in Europe", (1985) *Public Law*, pages 349 à 352.

LIVELY, DONALD E., "The Supreme Court and Commercial Speech: New Worlds with an Old Message", (1987) 72 *Minnesota L. Rev.*, pages 289 à 310.

LOCHER, TODD J., "*Board of Trustees of the State University of New York v. Fox: Cutting Back on Commercial Speech Standards*", (1990) 75 *Iowa L. Rev.*, pages 1335 à 1354.

LOHMANN, PAUL M., "Constitutional Law-*First Amendment*-Protection of Commercial Speech", (1976-77) 60 *Marquet L. Rev.*, pages 138 à 152.

LURIE, MARK DAVID, "Issue Advertising, Commercial Expressions, and Freedom of Speech: A proposed Framework for *First Amendment* Adjudication", (1987) 28 *Boston College L. Rev.*, pages 981 à 1005.

LYON, NOEL, "The Teleological Mandate of the Fundamental Freedoms Guarantee: What to do with Vague but Meaningfull Generalities", (1982) 4 *Supreme Court L. Rev.*, pages 57 à 73.

MACHINA, KENTON F., "Freedom of Expression in Commerce", (1984) 3 *Law and Philosophy*, pages 375 à 406.

MACK, BARBARA M., "Commercial Speech: A Historical Overview of its *First Amendment* Protections and an Analysis of its Future Constitutional Safeguards", (1989) 38 *Drake L. Rev.*, pages 59 à 73.

- MACKAY, WAYNE A., "Freedom of thought, belief, opinion and expression including freedom of the press and other media of communications and freedom of peaceful assembly: whose interests are protected ?" dans GÉRALD-A. BEAUDOIN (sous la direction de), *Vos clients et la Charte, liberté et égalité*, Actes de la Conférence de l'Association du Barreau Canadien, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1987, pages 131 à 185.
- MACKAY, WAYNE A., "Freedom of expression: is it all just talk?", (1989) 68 *Can. Bar Rev.*, pages 713 à 764.
- MAHONEY, KATHLEEN, " *R. v. Keegstra*: A Rationale for Regulating Pornography?", (1992) 27 *Rev. de Droit de McGill*, pages 242 à 269.
- MANNE, H, G, "The Inversion of Constitutionnalism", (1987) 37 *U. T. L. J.*, page 260 à 267.
- MANWARING, J.A., "Bringing the Common Law to the Bar of Justice: A Comment on the Decision in the Case of *Dolphin Delivery Ltd*", (1987) 19 *Ottawa L. Rev.*, pages 413 à 446.
- MARSHALL, GEOFFREY, "Taking Rights for an Override: Free Speech and Commercial Expression", (1989) *Public Law*, pages 4 à 11.
- MARX, HERBERT, "The Montreal Anti-Demonstration By-Law-Bad Everywhere", (1970-71) 4 *Man. L. J.*, pages 347 à 354.
- MAURO, ALBERT P. Jr., "Commercial Speech after *Posadas* and *Fox*: a Rational Basis Wolf in Intermediate Sheep's Clothing", (1992) 66 *Tulane L. Rev.*, pages 1931 à 1969.
- McALLISTER, DEBRA M., "*Butler*: A Triumph for Equality Rights", (1992) 2 *National Journal of Constitutional Law*, pages 118 à 131.
- McALPINE, JOHN D. and ALLAN C. DONOVAN, "Case comments: *Ford v. Quebec (Attorney General)*; *Irwin Toy v. Quebec (Attorney General)*", (1989) 23 *U. B. C. L. Rev.*, pages 615 à 628.

- McGOWAN, DAVID F., "A Critical Analysis of Commercial Speech", (1990) 78 *California L. Rev.*, pages 359 à 448.
- McKENZIE, NAN KALTHOFF, "Ambiguity, Commercial Speech and The *First Amendment*", (1987-88) 56 *U. of Cincinnati L. Rev.*, pages 1295 à 1316.
- McKEON, KATHLEEN, "*Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 100 S.Ct. 2343 (1980)",(1981) 11 *Environmental Law*, pages 767 à 783.
- McMILLAN, JAMES B., "Free Speech-Now More Than Ever", (1983) 19 *Wake Forest L. Rev.*, pages 1 à 6.
- MEEKS, THOMAS J., "Commercial Speech: Foreclosing on the Overbreadth Doctrine", (1977-78) 30 *U. of Florida L. Rev.*, pages 479 à 490.
- MEIKLEJOHN, ALEXANDER, "The *First Amendment* and Evils that Congress has a Right to Prevent, (1951) 26 *Ind. L. J.*, pages 477 à 493.
- MEIKLEJOHN, ALEXANDER, "The *First Amendment* is an Absolute", (1961) *The Sup. Ct. Rev.*, pages 245 à 266.
- MEIKLEJOHN, DONALD, "Commercial Speech and the *First Amendment*", (1976-77) 13 *California Western L. Rev.*, pages 430 à 455.
- MENDES, ERROL P., "In Search of a Theory of Social Justice: The Supreme Court Reconceives the *Oakes Test*", (1990) 24 *R. J. T.*, pages 1 à 35.
- MERRIL, THOMAS W., "*First Amendment* Protection for Commercial Advertising: The New Constitutional Doctrine", (1976) 44 *The U. of Chicago L. Rev.*, pages 205 à 254.
- MONAGHAN, HENRY PAUL, "Overbreadth", (1981) *The Sup. Ct. Rev.*, pages 1 à 39.
- MOON, RICHARD, "The scope of freedom expression", (1985) 23 *Osgoode Hall L. J.*, pages 331 à 357.
- MOON, RICHARD, "Lifestyle Advertising and Classical Freedom Expression Doctrine", (1991) 36 *Rev. de Droit de McGill*, pages 76 à 116.

- MOREL, ANDRÉ, "La clause limitative de l'article 1 de la *Charte Canadienne des droits et libertés*: une assurance contre le gouvernement des juges", (1983) 61 *R. du B. Can.* pages 81 à 100.
- MURRAY, PAUL G., "Section One of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: An Examination at two Levels of Interpretation", (1989) 21 *R. G. D.*, pages 631 à 679.
- NEUBORNE, BURT, "A Rationale for Protecting and Regulating Commercial Speech", (1979-80) 46 *Brooklyn L. Rev.*, pages 437 à 462.
- NEUBORNE, BURT, "Freedom of expression in the United States-A case study in implied limitations on textually absolute constitutional rights" dans ARMAND DE MES-TRAL (sous la direction de), *Limitations des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, pages 383 à 398.
- NEUBORNE, BURT, "Notes for a Theory of Constrained Balancing in First Amendment Cases: An Essay in Honor of Tom Emerson", (1987-88) 38 *Case Western Reserve L. Rev.*, pages 576 à 588.
- NEUBORNE, BURT, "The *First Amendment* and Government Regulations of Capital Markets", (1989) 55 *Brooklyn L. Rev.*, pages 5 à 63.
- NIENOW, THOMAS H., "*In re R.J. Reynolds Tobacco Co., Inc.*: The 'Common Sense' Distinction between Commercial and Noncommercial Speech", (1986-87) 14 *Hastings Constitutional L. Q.*, pages 869 à 887.
- NOTE, "Freedom of Expression in a Commercial Context", (1964-1965) 78 *Harvard L. Rev.*, pages 1191 à 1211.
- NOTE, "The *First Amendment* Overbreadth Doctrine", (1970) 83 *Harvard L. Rev.*, pages 844 à 927.
- NOVAK, RITA M., "The Erosion of Commercial Speech-The Right to Know and The Informed Consumer-*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*", (1976-77) 26 *De Paul L. Rev.*, pages 134 à 145.

- NUTT, MARY B., "Recent Development-Trends in *First Amendment* Protection of Commercial Speech", (1988) 41 *Vanderbilt L. Rev.*, pages 173 à 206.
- OLSEN, ERIC G., "The Right to Know in *First Amendment* Analysis", (1978-79) 57 *Texas L. Rev.*, pages 505 à 521.
- PARMELEE, STEVEN G., "Constitutional Law-*First Amendment* Commercial Speech falls within the Protection of *First Amendment-Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 96 S. CT. 1817 (1976)", (1976-77) 10 *Creighton L. Rev.*, pages 362 à 377.
- PECK, SIDNEY R., "An Analytical Framework for the Application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*", (1987) 25 *Osgoode Hall L. J.*, pages 1 à 85.
- PENTNEY, WILLIAN F., "Les principes généraux d'interprétation de la *Charte*" dans GÉRALD-A. BEAUDOIN et EDWARD RATUSHNY (sous la direction de), *Charte des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989, pages 29 à 73.
- PÉPIN, RENÉ, "La vérité et la liberté d'expression", (1987) 18 *R. G. D.*, pages 869 à 881.
- PETTITI, LOUIS, "Liberté d'expression" dans ARMAND DE MESTRAL (sous la direction de), *Limitation des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, pages 399 à 416.
- PLATT, NEAL ROBERT, "Commercial Speech and The *First Amendment*: An Emerging Doctrine", (1976-77) 5 *Hofstra L. Rev.*, pages 655 à 671.
- PODGOR, ELLEN S., "Constitutional Law-*First Amendment-Bigelow v. Virginia.*", (1974-75) 8 *Indiana L. Rev.*, pages 890 à 897.
- PRESTON, PAUL, "Purely Commercial Speech and its Relationship to The *First Amendment*", (1976-77) 37 *Louisiana L. Rev.*, pages 263 à 270.
- PROULX, DANIEL, "La suprématie des droits et libertés de la personne et la question constitutionnelle au Canada", (1981) 12 *R. G. D.*, pages 413 à 429.

- RÉAUME, DENISE, "Is Integrity a virtue? Dworkin's Theory of Legal Obligation", (1989) 39 *U. T. L. J.*, pages 380 à 409.
- REDISH, MARTIN H., "The *First Amendment* in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression", (1970- 71) 39 *George Washington L. Rev.*, pages 429 à 473.
- REHNQUIST, WILLIAM H., "The *First Amendment*: Freedom, Philosophy, and the Law", (1976-77) 12 *Gonzaga L. Rev.*, pages 1 à 18.
- REINHARD, RAWN HOWARD, "The Tort of Disparagement and the Developing *First Amendment*", (1987) *Duke L. J.*, pages 727 à 775.
- ROBERTS, BARRY S., "Toward a General Theory of Commercial Speech and the *First Amendment*", (1979) 40 *Ohio State L. J.*, pages 115 à 152.
- ROSS, CLARA SUE, "Pushing Puffing Post-*Posadas*", (1987-88) 56 *U. of Cincinnati L. Rev.*, pages 1461 à 1485.
- ROTUNDA, RONALD D., "The Commercial Speech Doctrine in the Supreme Court", (1976) *U. of Illinois L. Rev.*, pages 1080 à 1101.
- RUTHERGLEN, GEORGE, "Theories of free Speech", (1987) 17 *Oxford Journal of Legal Studies*, pages 115 à 124.
- ST-PIERRE, MICKAEL A., "Constitutional Law-*First Amendment*-Narrowing the Scope of *First Amendment*-Protection for Commercial Expression-*Friedman v. Rogers* 99 S. Ct. 887 (1979)", (1979) 13 *Suffolk U. L. Rev.*, pages 1503 à 1523.
- SAMEK, ROBERT A., "Untrenching Fundamental Rights", (1981-82) 27 *Rev. de Droit de McGill*, pages 755 à 787.

- SCANLON, THOMAS M., "A Theory of Freedom of Expression" dans RONALD M. DWORKIN (ed. by), *The Philosophy of the Law*. Oxford, University Press, pages 153 à 171.
- SCANLON, THOMAS M., "Freedom of Expression and Categories of Expression", (1978-79) 40 *U. of Pittsburgh L. Rev.*, pages 519 à 550.
- SCHAUER, FREDERICK, "Categories and the *First Amendment*: A Play in Three Acts", (1981) 34 *Vanderbilt L. Rev.*, pages 265 à 307.
- SCHAUER, FREDERICK, "Commercial Speech and The Architecture of The *First Amendment*", (1987-88) 56 *U. of Cincinnati L. Rev.*, pages 1181 à 1203.
- SCHIRO, RICHARD, "Commercial Speech: The Demise of a Chimera", (1976) *The Sup. Ct. Rev.*, pages 45 à 58.
- SCHLAG, PIERRE J., "An Attack on Categorical Approaches to Freedom of Speech", (1982-83) 30 *U. C. L. A. L. Rev.*, pages 671 à 739.
- SCHOLLER, HEINRICH, "Freedom of opinion and Information" dans ARMAND DE MESTRAL (sous la direction de), *Limitations des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, pages 417 à 432.
- SCHNEIDER, THOMAS M., "Prior Restraints and Restrictions on Advertising after *Virginia Pharmacy Board*: The Commercial Speech Doctrine Reformulated", (1978) 43 *Missouri L. Rev.*, pages 64 à 89.
- SHARPE, ROBERT J., "Commercial expression and the *Charter*", (1987) 37 *U. T. L. J.* pages 229 à 259.
- SHERIDAN, DAVID, "Commercial Speech: The Supreme Court Sends another *Valentine* to Advertisers", (1975-76) 25 *Buffalo L. Rev.*, pages 737 à 751.
- SIEBRASSE, NORMAN, "The *Oakes* test: An old ghost impeding bold new initiatives", (1991) 23 *Rev. de Droit d'Ottawa*, pages 99 à 137.

- SIEGEL, PAUL, "Smart Shopping as Patriotism: Avoidance, Denial and Advertising", (1990) 10 *Communications and the Law*, pages 37 à 58.
- SIMON, TODD F., "Defining Commercial Speech: A Focus on Process rather than Content", (1984-85) 20 *New England L. Rev.*, pages 215 à 245.
- STALLERY, BRIAN, "The Charter's relevance to Private Litigation: Does Dolphin Deliver", (1987) 32 *Rev. de Droit de McGill*, pages 905 à 923.
- STATISTIQUES CANADA, *L'observateur économique canadien*, Supplément statistique historique 1991/92, Catalogue 11-210.
- STIBEL, GARY, "Too Much Puff: Persuasion, Paternalism, and Commercial Speech", (1987-88) 56, *U. of Cin. L. Rev.*, pages 1205 à 1249.
- STOCKMAN, GERALD R., "Freedom of Speech and the Corporation", (1959) 4 *Villanova L. Rev.*, pages 377 à 395.
- STONE, CHRISTOPHER D., "Theorizing Commercial Speech", (1988) 11 *George Mason U. L. Rev.*, pages 95 à 114.
- TANANBAOUM, ALLAN, "New and Improved: Procedural Safeguards for Distinguishing Commercial From Noncommercial Speech", (1988) 88 *Columbia L. Rev.*, pages 1821 à 1848.
- TILLENAL, MICKAEL J., "Commercial Expression comes of Age: The Path of constitutional recognition under the *Charter of Rights*", (1990) 28 *Alta. L. Rev.*, pages 604 à 631.
- THORNICROFT, HENNETH, "Constitutional Law-*Charter of Rights and Freedom*-Compulsory Payment of Union Dues-Use for Collective Bargaining and Non-Bargaining Purposes: *Lavigne v. Ontario public Service Employees Union*", (1992) 71 *Can. Bar. Rev.*, pages 155 à 166.

- TOWERY, JAMES E., "Freedom of The Press, The Commercial Speech Doctrine Applied to Abortion Advertisement, *Bigelow v. Virginia*", (1975) 24 *Emory L. J.*, pages 1165 à 1190.
- TRAUTH, DENISE M. and JOHN L. HUFFMAN, "The Commercial Speech Doctrine: *Posadas Revisionism*", (1988) 10 *Communications and Law*, pages 43 à 56.
- TURNER, AMY, "Constitutional Law-*First Amendment*-Commercial Speech-*Linmark Associates, Inc. v. Township of Willingboro*", (1978-79) 24 *New York Law School L. Rev.*, pages 225 à 246.
- TURP, DANIEL, "La suprématie de la *Convention européenne des droits de l'homme* et des *Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés*" dans GÉRALD-A BEAUDOIN (sous la direction de), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Actes des Journées strasbourgeoises (1988), Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1989, pages 43 à 57.
- VANDYCKE, ROBERT, "La *Charte canadienne des droits de l'homme* et le contrôle de la constitutionnalité", (1991) 8 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, pages 473 à 490.
- VAN RIPER, ELLEN MARIE, "*Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company: Rolling the Dice with Central Hudson*", (1987-88) 40 *Rutgers L. Rev.*, pages 241 à 281.
- VESTAL, DAVID D., "The Tobacco Advertising Debate: A *First Amendment* Perspective", (1989) 11 *Communications and the Law*, pages 53 à 67.
- WEINBERG, JONATHAN, "Constitutional Protection of Commercial Speech", (1982) 82 *Columbia L. Rev.*, pages 720 à 750.
- WERTS, JOHN S., "The *First Amendment* and Consumer Protection Commercial Advertising as Protected Speech", (1970-71) 50 *Oregon L. Rev.*, pages 177 à 196.
- WHELAN, MARGARET, "Common Sense and Commercial Speech", (1987) 48 *U. of Pittsburgh L. Rev.*, pages 1121 à 1150.

- WILCOX, GEORGE H., "Toward a Definition of Commercial Speech", (1988) 23 *Law England L. Rev.*, pages 595 à 614.
- WOEHLING, JOSÉ, "La réglementation linguistique de l'affichage public et la liberté d'expression, *P. G. Québec c. Chaussures Brown's Inc.*", (1986-87) 32 *Rev. de Droit de McGill*, pages 878 à 904.
- WOEHLING, JOSÉ, "L'article 1 de la *Charte canadienne* et la problématique des restrictions aux droits et libertés: l'état de la jurisprudence de la Cour suprême" dans INSTITUT CANADIEN D'ÉTUDES JURIDIQUES SUPÉRIEURES, Actes des journées strasbourgeoises, *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux, aspects canadiens et européens*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1993, pages 3 à 34.
- WOEHLING, JOSÉ, "La conformité de certaines modifications projetées au régime linguistique de l'affichage public et de la publicité commerciale découlant de la *Charte de la langue française* avec les chartes des droits et libertés", *Annexe à l'Avis sur d'éventuelles modifications à la Charte de la langue française*, Montréal, Conseil de la langue française, 1993, 39 pages.
- WRIGHT, GEORGE R., "A Rationale From J.S. Mill for The Free Speech Clause", (1985) *The Sup. Ct. Rev.*, pages 149 à 178.
- ZELICK, GRAHAM, "The European Convention on Human Rights: Its Significance for *Charter Litigation*" dans ROBERT J. SHARPE (ed. by), Toronto, Butterworths, 1987, pages 97 à 130.

LISTE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

Baily v. Williamson, L. R. 8 B. 118

Banque Nationale du Canada c. Union International des employés de commerce, [1984] 1 R.C.S. 269

Barrick Realty Inc. v. City of Gary Indiana, 491 F. 2d 161 (1974)

Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350 (1977)

B. C. G. E. U. c. Colombie Britannique (P. G.), [1988] 2 R.C.S. 214

Bigelow v. Virginia, 421 U.S. 809 (1975)

Birks & Sons Ltd v. City of Montreal, [1955] R.C.S. 799

Board of Trustees of the State University of New York v. Fox, 492 U.S. 469 (1989)

Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 U.S. 60 (1983)

Boucher v. The King, [1951] R.C.S. 265

Brossard et al v. Langevin, [1877] 1 R.C.S. 145

Breurd v. Alexander, 341 U.S. 622 (1951)

Cabaret Sex Appeal Inc. c. Montréal (ville de), [1992] R.J.Q. 2189

Canada (C.D.P.) c. Taylor, [1990] 3 R.C.S. 892

Canada (Procureur général) c. R.J.R.-MacDonald Inc., [1993] R.J.Q. 375 (C.A.)

Carey v. Population Services International, 431 U.S. 678 (1977)

Central Hudson Gas and Electric Corporation v. Public service Commission, 447 U.S. 557 (1980)

Chanel Seven T.V. Ltd v. National Association of Broadcast Employees and Technicians, [1971] 5 W.W.R. 328 (Man. C.A.)

Chaput v. Romain, [1955] R.C.S. 834

Chesnesky v. Armadale Publishers Ltd, [1979] 1 R.C.S. 1067

Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971)

Comité pour la République du Canada c. La Reine, [1985] 2 C.F. 3

Comité pour la République du Canada c. Canada, [1991] 1 R.C.S. 139

Cooperative Committee on Japanese Canadian v. Att.-Gen. of Canada, [1947] A.C. 87

Corporation de la ville de Peterborough c. Kenneth Ramsden, Cour suprême du Canada, No. 22787, 2 septembre 1993.

Cowen v. Attorney General for British Columbia, [1941] R.C.S. 321

Cox v. Louisiana, 379 U.S. 536 (1965)

Craton c. Winnipeg School Division no. 1, [1985] 2 R.C.S. 150

Cunningham and Att.-Gen. of B. C. v. Tommey Homma and Att.-Gen. of Canada, [1903] A.C. 151

Dickason c. Université de l'Alberta, [1992] 2 R.C.S. 1103

Devine c. Québec (P. G.), [1988] 2 R.C.S. 790

Dr Hershel Bernstein c. Corp. professionnelle des dentistes et al., [1991] D.D.C.P. 247

Dolphin Delivery Ltd v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580, Peterson and Alexander, [1983] B.C.W.L.D. 100

Dolphin Delivery Ltd v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580, Peterson and Alexander, [1984] 3 W.W.R. 481

Dupond c. Ville de Montréal, [1978] 2 R.C.S. 770

Edmonton (City) v. Forget et al., [1989] 99 A.R. 122

Edmonton Journal c. Alberta (P. G.), [1989] 2 R.C.S. 1326

États-Unis d'Amérique c. Cotroni, [1989] 1 R.C.S. 1469

Fabien c. Dimanche Matin Ltée, [1979] C.S. 928

Ford c. Québec (P.G.), [1985] C.S. 147

Ford c. Québec (P. G.), [1988] 2 R.C.S. 712

Fort Frances Pulp and Power Co. v. Manitoba Free Press Co., [1923] A.C. 695

Fraser c. Commission des relations de travail de la fonction publique, [1985] 2 R.C.S. 455

Friedman v. Rogers, 440 U.S. 1 (1979)

Gay Alliance Toward Equality c. The Vancouver Sun, [1979] 2 R.C.S. 435

Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964)

Gay Alliance Toward Equality c. The Vancouver Sun, [1979] 2 R.C.S. 435

Giboney et al. v. Empire Storage and Ice Co., 69 S. CT. 684 (1949)

Grier v. Alberta Optometric Association, [1985] 5 W.W.R. 436 (Alta Q.S.)

Grier v. Alberta Optometric Association, [1987] 53 Alta L.R. 289

Griffin v. College of Dental Surgeons of B.C. and A. G. of B.C., [1988] 3 W.W.R. 60
(B.C.S.C.)

Halifax Antiques Ltd v. Coyle et al., [1985] 69 N.S.R. (2d) 375

Hogan c. La Reine, [1975] 2 R.C.S. 574

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145

Imperial Tobacco c. Canada (P.G.), [1991] R.J.Q. 2260 (C.S.)

Institute of Edible Oil Foods v. Ontario, [1988] 47 D.L.R. (4th) 368

International Fund for Animal Welfare Inc. c. La Reine, [1987] 1 C.F. 244

Irwin Toy Ltd c. P. G. du Québec, [1982] C.S. 96

Irwin Toy Ltd c. P. G. du Québec, [1986] R.J.Q. 2441 (C.A.)

Irwin Toy Ltd c. Québec (P. G.), [1989] 1 R.C.S. 927

Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301 (1965)

Lapointe c. Comité de discipline de l'Ordre des denturologistes du Québec, [1990] R.J.Q. 2315 (C.S.)

Lavigne c. SEFPO, [1991] 2 R.C.S. 211

Law Society of Manitoba v. Savino, [1983] 1 D.L.R. (4th) 285 (Man C.A.)

Law Society of Upper Canada c. Sapinker, [1984] 1 R.C.S. 357

Les Chaussures Brown's Inc. c. P. G. du Québec, [1987] R.J.Q. 80 (C.A.)

Linmark Associates Inc. v. Township of Willingboro, 431 U.S. 85 (1977)

Lochener v. New York, 198 U.S. 45 (1904)

Magasins Koffler de l'Est Inc. c. Ordre des Pharmaciens du Québec, [1989] R.J.Q. 943

Martin v. City of Struthers, 319 U.S. 141 (1943)

McKay et al v. The Queen, [1965] R.C.S. 798

McKay v. Government of Manitoba, [1986] 2 W.W.R. 367

McKay c. Manitoba, [1989] 2 R.C.S. 357

McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229

Metromedia Inc. v. City of San Diego, 453 U.S. 490 (1981)

Milk Wagon Drivers Union of Chicago, Local 753 et al. v. Meadowmoor Dairies Inc., No. 1,
312 U.S. 287 (1941)

Mills v. Alabama, 384 U.S. 214 (1966)

Montréal (City) v. Buczynsky, [1990] 59 C.C.C. (3d) 302

Morgan c. Le Procureur Général de la Province de l'Île-du-Prince-Édouard, [1976] 2 R.C.S.
349

Murdock v. Pennsylvania, 319 U.S. 105 (1943)

National Citizen Coalition Inc. v. A. G. Canada, [1984] 11 D.L.R. (4th) 418

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)

Nova Scotia Board of Censors v. McNeil, [1978] 2 R.C.S. 662

Okralick v. Ohio State Bar Association, 436 U.S. 447 (1978)

Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd., [1964] 41 D.L.R.
(2d) 1

O.P.S.E.U. c. Procureur général de l'Ontario, [1987] ? R.C.S. 57

Osborne c. Canada (Conseil du Trésor), [1991] 2 R.C.S. 69

Palko v. State of Connecticut, 302 U.S. 319 (1937)

Parkdale Hotel Ltd v. A. G. Canada et al., [1986] 27 D.L.R. (4th) 19 (Fed. Ct T. D.)

Piedmont (Corp. municipale de) c. Ultramar Canada Corp., [1991] R.J.Q. 1366 (C.S.)

Pinhouse Plaza Pharmacy v. R., [1988] 3 W.W.R. 705 (SAsk. Q.B.)

Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations, 413 U.S. 376 (1973)

Posadas de Puerto Rico v. Tourism Compagny of Puerto Rico, 478 U.S. 328 (1986)

Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia, [1982] 2 R.C.S. 307

Procurier v. Martinez, 416 U.S. 396 (1974)

Rawan v. United States Post Office Department, 300 F. Supp. 1036 (1969)

Re Criblin and Toronto (City), [1892] O.R. 325

Re Gersherman Products Co. Ltd and Motor Transport Board, [1985] 22 D.L.R. (4th) 520
(Man. C.A.)

*Re Information Retailers Association of Metropolitan Toronto Inc. and Municipality of
Metropolitain Toronto*, [1985] 52 O.R. (2d) 449

Re Klein and Re Dvorak and Law Society of Upper Canada, [1985] 16 D.L.R. (4th) 489 (Ont. Div. Ct.)

Re Koumoudoros and Metro Toronto, [1984] 6 D.L.R. (4th) 523 (Div. Court)

Re Luscher and Dignity Minister Of National Revenue, Customs and Excise, [1985] 17 D.L.R. (4th) 503 (Fed. C.A.)

Re Ontario Film and Video Appreciation Society Board of Censor, [1985] 45 O.R. (2d) 80 (C.A.)

Re Primus, 436 U.S. 412 (1978)

Reference re Alberta Statutes, [1938] R.C.S. 100

Reference re Sections 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code, [1987] 6 W.W.R. 289 (Man C.A.)

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313

Renvoi relatif au Code Criminel (Man), [1990] 1 R.C.S. 1123

R. c. Andrews, [1990] 3 R.C.S. 870

R. c. Big M Drug Mart Ltd, [1985] 1 R.C.S. 295

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452

R. c. Chaulk, [1990] 3 R.C.S. 1303

R. c. Edouards Books and Art, [1986] 2 R.C.S. 713

- R. c. Harrold*, [1971] 19 D.L.R. (3d) 417
- R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 294
- R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697
- R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103
- R. c. Ratelle*, [1992] R.J.Q. 791
- R. c. Rémi-Mercier*, [1990] R.J.Q. 2968 (C.S.)
- R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731
- R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154
- R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 551
- R. v. Andrews et al.*, [1988] 65 O.R. (2d) 161 (C.A.)
- R. v. Fringe Product Inc. et al.*, [1990] 53 C.C.C. (3d) 154
- R. v. Glassman and Bogyo*, [1987] 24 C.R.R. 242
- R. v. Halpert*, [1985] 48 O.R. (2d) 249 (Prov. Ct)
- R. v. Halpert*, [1985] 15 C.C.C. 93 (2d) 392 (C.A.)
- R. v. Harrold*, [1971] 19 D.L.R. (3d) 417

R. v. Jaheka, [1987] 59 C.R. (3d) 164

R. v. James-Davies Gunning and Matchett, [1988] 90 A.R. 388

R. v. Layton, [1986] 38 C.C.C. (3d) 551

R. v. Professionnal Technology of Canada Ltd, [1986] 2 C.P.R. (3d) 318 (Alta Prov. Ct.)

R. v. Ramsingh et al., [1984] 14 C.C.C. (3d) 230 (Man. Q.B.)

R. v. Red Hot Video Ltd, [1984] 6 C.C.R. 169

R. v. Reid, [1988] 57 Alta L.R. (2d) 1 (Alta C.A.)

R. v. Skinner, [1987] 58 C.R. 93d) 137

R. v. Thomas Lipton Inc., [1989] 51 C.C.C. (3d) 104

R. v. Tremayne, [1986] 52 C.R. (3d) 262 (B.C.S.C.)

R. v. Videoflicks Ltd, [1985] 48 O.R. (2d) 395 (C.A.)

R. v. Wagner, [1985] 43 C.R. 328 (Alta Q.B.)

Rocket c. Collège Royal des chirurgiens dentistes, [1990] 2 R.C.S. 232

Saumur v. City of Quebec, [1953] 2 R.C.S. 299

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd, [1986] 2 R.C.S. 573

SEFPO c. Ontario (Procureur Général), [1987] 2 R.C.S. 2

Singh c. M. E. I., [1985] 1 R.C.S. 177

Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 2 R.C.S. 1038

Stoffman c. Vancouver General Hospital, [1990] 3 R.C.S. 483

Street v. New York, 89 S. CT 134 (1969)

Stromberg v. California, 282 U.S. 359 (1931)

Switzman c. Elbling, [1957] R.C.S. 285

Thornill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940)

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)

United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1969)

United States v. Pelligrino, 467 F. 2d 41 (1972)

Union Colliery Co. of B. C. Ltd. v. Bryden, [1899] A.C. 580

Valentine v. Chrestensen, 316 U.S. 52 (1942)

Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council Inc., 425 U.S. 748 (1976)

Weisfield v. Canada, [1989] 27 F.T.R. 30 (C.F.)

Winnar v. S. M.T. (Eastern) Ltd, [1951] R.C.S. 887

Young v. American Mini Theaters, 427 U.S 50 (1976)

Zauderer v. Office of Disciplinary Council of Supreme Court of Ohio, 105 S. CT. 2265 (1985)