

Les Cahiers de droit

La liberté d'expression commerciale

André Binette



Volume 28, Number 2, 1987

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042813ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042813ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Binette, A. (1987). La liberté d'expression commerciale. *Les Cahiers de droit*, 28(2), 341–366. <https://doi.org/10.7202/042813ar>

Article abstract

The Quebec Court of Appeal has recently decided that commercial speech is protected by s. 2 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and by s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms. This article tries to measure the significance of this judicial extension of the constitutional protection of freedom of speech. Canadian case-law is examined as well as the more important decisions of the Supreme Court of the United States.

An attempt is made to reveal the conflict in judicial values and political philosophy that underlies the debate over commercial speech. This conflict revolves around the constitutional relationship between law-makers and the courts on matters of social and economic policy. The suggestion is made that commercial speech is an intellectual and legal vehicle for the political objectives of the New Right.

The author concludes that whatever the proper distribution of constitutional authority on the subject may be in the U.S., a different social configuration in Canada should lead our courts to a very careful consideration of the American cases.

La liberté d'expression commerciale

André BINETTE *

The Quebec Court of Appeal has recently decided that commercial speech is protected by s. 2 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and by s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms. This article tries to measure the significance of this judicial extension of the constitutional protection of freedom of speech. Canadian case-law is examined as well as the more important decisions of the Supreme Court of the United States.

An attempt is made to reveal the conflict in judicial values and political philosophy that underlies the debate over commercial speech. This conflict revolves around the constitutional relationship between law-makers and the courts on matters of social and economic policy. The suggestion is made that commercial speech is an intellectual and legal vehicle for the political objectives of the New Right.

The author concludes that whatever the proper distribution of constitutional authority on the subject may be in the U.S., a different social configuration in Canada should lead our courts to a very careful consideration of the American cases.

	<i>Pages</i>
Introduction.....	342
1. La jurisprudence canadienne.....	343
1.1. Deux jugements récents de la Cour d'appel du Québec.....	343
1.2. La jurisprudence des autres provinces.....	345
1.3. La doctrine canadienne.....	350
1.4. La Cour suprême du Canada.....	351
2. La jurisprudence américaine.....	352
2.1. La jurisprudence classique.....	352
2.2. La remise en question du droit établi.....	353

* Avocat. L'auteur remercie le professeur Ivan Bernier, de l'Université Laval, de ses suggestions et commentaires.

	<i>Pages</i>
2.3. L'arrêt <i>Virginia State Board of Pharmacy</i>	354
2.4. Les difficultés de mise en œuvre du nouveau droit.....	356
2.5. Le test de l'arrêt <i>Central Hudson</i> et l'article 1 de la Charte canadienne.....	357
2.6. Les nouvelles difficultés après <i>Central Hudson</i>	359
2.7. La critique socio-politique du droit américain.....	362
Conclusion	364

Introduction

Dans deux jugements récents ¹, la Cour d'appel du Québec a donné à la liberté d'expression une portée élargie. Selon ces jugements, la garantie de la liberté d'expression que contiennent les chartes des droits canadienne et québécoise ² protège non seulement l'expression politique ou culturelle, mais également le droit de l'entreprise privée de diffuser de l'information économique au moyen de la publicité commerciale.

C'est la première fois qu'une cour d'appel canadienne se prononce aussi clairement en faveur de la protection constitutionnelle de l'expression commerciale. Si cet avis était confirmé par la Cour suprême ³, il marquerait un tournant majeur dans l'évolution du droit des libertés fondamentales au Canada, tournant dont les effets appréciables se feraient notamment sentir dans le droit linguistique et le droit des communications, mais aussi dans d'autres secteurs, comme le droit professionnel, le droit du travail ou le droit des valeurs mobilières.

Le but de cet article est double. Il s'agit d'abord de faire un travail descriptif, en retraçant l'émergence de la jurisprudence canadienne sur la question, qui ne compte encore qu'une poignée de jugements, ainsi que les principaux arrêts américains, qui sont d'une grande pertinence, mais dont la

1. *Irwin Toy c. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2441; *Procureur général du Québec c. La Chaussure Brown's inc. et autres*, J.E. 87-83. L'auteur était l'un des procureurs du procureur général du Québec dans ces deux affaires.

2. *La Charte canadienne des droits et libertés*, qui est constituée des articles 1 à 34 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., c. C-12.

3. La Cour suprême du Canada a accordé la requête pour autorisation de pourvoi dans l'affaire *Irwin Toy*, et au moment où ce texte est rédigé, le Procureur général du Québec s'apprete à formuler la même requête dans l'affaire *Chaussure Brown's*.

lecture révèle l'ampleur des difficultés auxquelles nos tribunaux pourraient être confrontés.

Il s'agit ensuite de faire voir que le débat sur l'expression commerciale débouche rapidement sur celui, plus large, qui porte sur le rôle des libertés économiques dans notre société politique. Certains juges et auteurs considèrent que la diffusion de l'information économique doit être protégée par la constitution parce qu'elle est la condition nécessaire de la liberté d'expression politique, alors que d'autres refusent d'établir un tel lien, parce que pour eux le libéralisme politique peut se superposer à différents systèmes économiques; de son côté, la critique radicale avance que la notion d'expression commerciale est un cheval de Troie qui, sous des dehors vertueux, cherche en réalité à servir des valeurs conservatrices et inégalitaires en concourant au démantèlement de plusieurs des acquis sociaux des dernières décennies.

1. La jurisprudence canadienne

1.1. Deux jugements récents de la Cour d'appel du Québec

Dans *Irwin Toy c. Procureur général du Québec*⁴, l'entreprise demanderesse et appelante soutenait que sa liberté d'expression était brimée par l'article 248 de la *Loi sur la protection du consommateur*⁵, qui interdit la publicité destinée aux enfants. Pour avoir gain de cause, elle devait préalablement établir que la liberté d'expression, protégée par l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, recouvrait le message économique transmis par la publicité commerciale. Les trois juges qui ont participé à la décision ont unanimement souscrit à cette proposition.

M. le juge Jacques, appuyé par M. le juge Kaufman, souligne que le texte de l'article 2 n'exclue aucune forme d'expression et n'indique pas qu'il se limite au champ classique de la liberté d'expression, à savoir l'opinion politique et la création artistique. Selon lui, il n'appartient pas aux tribunaux de privilégier une forme d'expression plutôt qu'une autre, d'autant plus que l'information économique qui est transmise par les commerçants joue un rôle essentiel dans notre société :

Les choix économiques des citoyens sont aussi importants, sinon plus, que les choix artistiques et culturels. Ces choix dépendent des informations disponibles et ils ne peuvent être des choix éclairés que si ces informations circulent le plus librement possible.⁶

4. *Supra*, note 1.

5. L.R.Q., c. P.-40.1.

6. *Supra*, note 1, p. 2448.

Après avoir ainsi choisi d'accorder une protection constitutionnelle à l'expression commerciale, le savant juge tempère immédiatement ses propos, se disant disposé à reconnaître que les atteintes législatives à cette forme d'expression peuvent légitimement être plus prononcées que des restrictions à l'expression politique ou culturelle. On sait que l'article 1 de la Charte canadienne autorise des limites «qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer» aux droits et libertés qu'elle consacre. Pour M. le juge Jacques, les limites raisonnables peuvent être différentes en nature et en étendue selon la nature de l'expression envisagée. Ces limites peuvent être raisonnables dans un cas d'expression commerciale, alors qu'elles ne le seraient pas dans un cas d'expression politique⁷.

Il donne trois exemples de catégories de limites qui pourraient s'avérer admissibles :

- la publicité relative à un produit ou à une activité peut être coextensive à la légalité de ce produit ou de cette activité. On pense à la publicité pour une drogue prohibée, par exemple ;
- la publicité qui contient une supercherie, un mensonge ou des moyens injustes ou déloyaux peut être contrôlée ;
- un troisième type de restriction pourrait avoir pour objet le médium utilisé : journaux, radio, télévision.⁸

C'est ce dont il était question en l'espèce puisque la *Loi sur la protection du consommateur* interdisait surtout la publicité transmise par deux moyens de communication, la radio et la télévision, et destinée aux enfants de moins de 13 ans.

M. le juge Jacques a considéré que la justification de cette restriction à une liberté constitutionnelle, présentée par le Procureur général du Québec, était insuffisante. Pour lui, et pour M. le juge Kaufman, rien n'indiquait en particulier que la publicité des jouets de l'appelante causait un tort à l'enfant. Cette publicité influençait certes les choix de l'enfant ou de ses parents mais là est précisément sa fonction, qui n'est pas dommageable, selon le juge, si le produit ne l'est pas et si la publicité est loyale⁹.

M. le juge Vallerand s'est rangé à l'avis de ses collègues quant à la protection de l'expression commerciale. Il s'est penché sur une partie de la jurisprudence américaine en la matière pour ensuite en rejeter la pertinence parce que l'équilibre des valeurs culturelles et des valeurs économiques est, pour lui, différent aux États-Unis, de même que les textes constitutionnels. Il s'appuie cependant en partie sur les arrêts-clés de la Cour suprême américaine

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*

9. *Id.*, p. 2456.

pour affirmer que la publicité est essentiellement la communication d'un message et donc une forme d'expression¹⁰. Selon lui, la motivation économique de l'annonceur ne diffère pas de celle d'un éditeur ou même d'un auteur d'un ouvrage politique ou littéraire.

Comme ses collègues, il estime qu'il ne lui appartient pas de restreindre la portée de la Charte, qui protège la liberté d'expression sans aucune réserve, et il compte sur l'existence de la clause limitative de l'article 1, qui n'a pas d'équivalent aux États-Unis, pour éviter aux juges canadiens les difficultés qu'ont connues leurs homologues américains dans la mise en œuvre de la protection de l'expression commerciale. Il s'est toutefois porté dissident en l'espèce sur l'appréciation du caractère raisonnable de l'atteinte à la liberté d'expression de l'appelante.

Dans le *Procureur général du Québec c. La Chaussure Brown's inc. et autres*¹¹, l'affaire de la langue de l'affichage public où la validité de l'article 58 de la *Charte de la langue française* était contestée, la Cour d'appel a réitéré la position prise dans *Irwin Toy*. Avant d'en arriver à la conclusion que l'on sait, la Cour a reconnu aux entreprises qui avaient fait de la publicité dans une langue autre que le français, le droit d'invoquer la liberté d'expression¹² dans sa dimension commerciale.

En entendant les appels de ces deux jugements, la Cour suprême du Canada sera amenée à considérer la question pour la première fois.

1.2. La jurisprudence des autres provinces

Une autre cour d'appel provinciale, celle du Manitoba, a choisi de reconnaître la liberté d'expression commerciale, mais cette affaire n'a pas donné lieu à un arrêt de la Cour suprême. Dans *Re Law Society of Manitoba and Savino*¹³, deux juges sur trois ont décidé que les restrictions à la publicité des avocats dans cette province étaient compatibles avec la Charte canadienne. L'un des juges de la majorité ne s'est pas prononcé sur la question constitutionnelle, tandis que l'autre s'est dit d'accord avec la position du juge dissident à l'effet que la publicité était protégée par la

10. *Id.*, p. 2460.

11. *Supra*, note 1.

12. M. le juge Monet a semblé exprimer une certaine réticence à ce sujet dans sa brève opinion. Par ailleurs, la Cour a également ajouté une dimension linguistique à la liberté d'expression dans ce jugement en décidant pour la première fois que la liberté de s'exprimer comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. Cette liberté peut cependant être restreinte, selon M. le juge Bisson, pour imposer l'emploi prédominant du français en plus de la langue choisie, si celle-ci n'est pas le français : voir la p. 46 de son opinion.

13. (1984) 1 D.L.R. (4th) 285.

garantie constitutionnelle de la liberté d'expression. L'analyse de ce dernier (M. le juge O'Sullivan) fut toutefois laconique :

In my opinion, advertising in one's own publication or that of another is a mode of expression : that mode of expression is guaranteed under the Charter.¹⁴

L'examen le plus fouillé de la question dans les recueils canadiens est celui de la Divisional Court de l'Ontario¹⁵. Dans *Re Klein and Law Society of Upper Canada*¹⁶, les règlements provinciaux relatifs à la publicité des avocats étaient là aussi attaqués. Comme dans *Savino*, la légalité constitutionnelle de ces règlements fut préservée par un jugement majoritaire. Cette fois, cependant, l'étude de l'expression commerciale fut beaucoup plus rigoureuse, tant du côté de la majorité que de celui de la dissidence.

M. le juge Callaghan, au nom de la majorité, a mis l'accent sur la continuité de l'interprétation judiciaire de la liberté d'expression¹⁷. Tout en convenant que la publicité commerciale était une forme d'expression qui n'était pas exclue par l'article 2 de la Charte canadienne, il a émis l'avis que l'enchâssement constitutionnel des droits et libertés en 1982 n'élargissait pas, en soi, la portée de ceux-ci à compter de cette date. Il fallait justifier l'extension réclamée du périmètre de la liberté d'expression au-delà de ses domaines traditionnels, qui étaient principalement politiques. Selon lui, la fonction et la finalité de l'expression politique diffèrent profondément de celles de l'expression commerciale. L'activité économique est pour lui subordonnée dans les sociétés démocratiques à l'activité politique et la liberté d'expression constitutionnelle ne se préoccupe que de la qualité des prises de position politiques. Il souligne que la Charte canadienne ne protège nulle part les droits économiques, le droit de gagner sa vie de l'article 6 n'étant lui-même qu'un aspect du droit à la mobilité inter-provinciale. Il en conclut que si les décisions politiques et législatives sont prises librement, elles ne doivent pas être sanctionnées par les tribunaux, même si elles conduisent à des entraves plus ou moins importantes aux rapports économiques¹⁸.

Le savant juge a ensuite examiné les principaux arrêts pertinents de la Cour suprême des États-Unis¹⁹. Il a noté que la liberté d'expression était protégée par le premier amendement de la constitution américaine depuis

14. *Id.*, p. 296.

15. La *Divisional Court* de l'Ontario n'a pas d'équivalent au Québec. Elle est composée de juges de la cour supérieure de la province, la High Court, et entend notamment les appels de certaines décisions de cette dernière. Voir le *Judicature Act*, R.S.O. 1980, c. 223, art. 5.

16. (1985) 16 D.L.R. (4th) 489.

17. *Id.*, p. 530.

18. *Id.*, p. 532.

19. *Id.*, pp. 533 à 539.

deux siècles, mais que ce n'était qu'en 1976 que la Cour suprême a étendu la portée de cette protection à l'expression commerciale.

Ce virage de la jurisprudence fut réalisé dans *Virginia State Board of Pharmacy c. Virginia Citizens Consumer Council* ²⁰, une affaire portant sur le droit d'un pharmacien d'annoncer les prix des médicaments qu'il met en vente, à l'encontre de la réglementation professionnelle interdisant pareille publicité. Pour M. le juge Callaghan, la Cour suprême des États-Unis a donné deux motifs à l'appui de sa décision de casser l'interdiction de cette forme d'expression : le premier motif faisait de la diffusion de renseignements sur les prix une condition nécessaire de la vitalité de l'entreprise privée, qui à son tour sous-tendait le libéralisme politique ; le second attribue une valeur informationnelle à l'expression commerciale, valeur que la constitution américaine chercherait à soutenir dans tous les contextes où elle se manifeste. Les citoyens cherchent à obtenir cette information et les commerçants cherchent à la diffuser ; le rôle de la constitution serait de faciliter la communication entre les uns et les autres.

Quant au premier motif, M. le juge Callaghan estime que l'expression commerciale n'a rien à voir avec la liberté politique. La liberté d'entreprise n'est qu'une parmi plusieurs des conceptions de l'organisation de la production et de la distribution des biens. Les citoyens et leurs élus peuvent librement choisir un autre système économique sans pour autant aliéner cette liberté de choix au même moment ²¹. Citant le juge Rehnquist, de la Cour suprême des États-Unis, il écrit que rien dans la constitution n'oblige une législature à adhérer à la doctrine d'Adam Smith, le père intellectuel du capitalisme industriel ²².

M. le juge Callaghan ajoute que la Cour suprême semblait avoir renoncé, après l'arrêt *Virginia State Board of Pharmacy*, à relier la protection de l'expression commerciale à ce raisonnement politique. Le second motif retenu par la Cour suprême américaine est celui sur lequel elle a continué de s'appuyer subséquemment.

Pour M. le juge Callaghan, l'approche énoncée par ce second raisonnement, qui privilégie la communication *in se*, obscurcit la différence entre les finalités des formes d'expression. Cette différence a conduit la Cour suprême américaine à reconnaître, comme M. le juge Jacques dans *Irwin Toy*, que l'expression commerciale méritait une moins grande protection que l'expression politique, parce qu'un traitement identique aurait menacé l'intangibilité de cette dernière. Cette constatation suffit, pour M. le juge Callaghan, pour rejeter le principe même d'une telle protection :

20. 96 S. Ct. 1817 (1976), 425 U.S. 748.

21. *Supra*, note 16, à la p. 535.

22. *Ibid.*

But if commercial speech serves a function completely different from that associated with non-commercial speech ; if its too-close association with political speech threatens to devalue the latter and the First Amendment ; if it is of less moment ; if it is entitled to less protection and to regulations formulated with less precision than that to which non-commercial speech is entitled, then surely the question arises, why protect it at all ? ²³

L'existence de la clause limitative de la Charte canadienne ne faciliterait guère les choses pour les tribunaux canadiens, selon lui. Au contraire, il sera nécessaire d'adopter deux modes d'interprétation de l'article 1, selon que l'on est en présence d'expression politique ou d'expression commerciale, ce qui serait contraire, selon M. le juge Callaghan, à la volonté du législateur constitutionnel ²⁴. La teneur indifférenciée de l'article 1 exclurait en effet l'élaboration d'un test du caractère raisonnable d'une limite à la liberté d'expression commerciale qui serait adapté à la nature spécifique de cette dernière. Loin d'être un argument favorable à la protection de l'expression commerciale, comme il l'était pour la Cour d'appel du Québec, l'existence de l'article 1 incite M. le juge Callaghan à suivre la direction opposée.

Si la différenciation des tests du *reasonableness* au sens de l'article 1 était néanmoins entreprise par la Cour suprême, celle-ci serait fatalement conduite à un examen laborieux de chacun des modes de réglementation de l'expression commerciale, qui seraient légion. Il faudrait à tout prix éviter ces marécages dans lesquels s'est enlisé la Cour suprême des États-Unis, dont la jurisprudence difficile ne ferait ironiquement que faire la preuve de la distinction qu'on cherchait à supprimer :

This case-by-case review of all such regulatory legislation has led to no clear test as to the extent that commercial speech is protected. It also highlights the irony of the *Virginia Citizens* case, for it demonstrates that legal effect is still being given to a distinction — that between commercial and non-commercial speech — which was supposedly erased by that case. ²⁵

M. le juge Callaghan conclut en résumant l'essentiel de sa pensée : l'expression commerciale ne contribue en rien aux valeurs démocratiques parce qu'elle n'a rien à dire sur la manière dont les citoyens sont gouvernés ou devraient être gouvernés ; l'expression commerciale ne mérite pas par conséquent, la protection constitutionnelle. ²⁶

M. le juge Henry, dissident, prend le contrepied de l'opinion de ses collègues avec une analyse tout aussi articulée. Il souligne à son tour que la Charte, à sa face même, n'écarte pas l'expression commerciale. Il trace un lien

23. *Id.*, p. 537.

24. *Id.*, p. 538.

25. *Id.*, p. 538-539.

26. *Id.*, p. 539.

entre la liberté d'annoncer des biens et des services et l'intégrité du système de libre entreprise :

Freedom to advertise one's goods or services is fundamental to the private enterprise system. The freedom to « build a better mouse trap » is not only an essential part of the dynamics of the system but is made effective only in this era of mass marketing by the freedom to advertise in the mass media, both in the domestic market and abroad.²⁷

Le libéralisme économique reconnaît au citoyen la faculté de risquer son capital et son labeur en vue d'obtenir un profit, parce que ce serait le meilleur moyen d'assurer la répartition optimale des ressources dans la société²⁸. Cette répartition optimale ne pourrait cependant s'opérer sans la liberté d'information économique la plus complète. Le fonctionnement efficace du marché des biens et services est d'une importance critique pour les citoyens, dont le niveau de vie en dépend.

La vitalité du système économique est également l'une des principales préoccupations des gouvernements. L'efficacité des politiques économiques de ceux-ci est souvent le principal critère d'évaluation de leur activité par l'électeur. Il n'existe donc pas, pour M. le juge Henry, de dichotomie réelle entre l'économique et le politique. L'expression économique ou commerciale étant intimement liée à l'expression politique parce que l'une et l'autre concourent aux choix fondamentaux des citoyens, l'une et l'autre doivent être traitées de façon identique par le droit constitutionnel²⁹. Il cite, en les approuvant, deux des principaux arrêts américains en la matière³⁰.

Le jugement de la *Divisional Court* a le mérite de faire voir la nature du débat ainsi que les clivages non seulement juridiques, mais aussi socio-politiques, qui séparent les tenants des positions opposées. Des conceptions différentes du rôle de l'entrepreneur, de l'État, et du droit public sont à la base des raisonnements divergents. M. le juge Henry n'a d'ailleurs pas hésité à faire allusion au contexte actuel de la déréglementation et du désengagement relatif de l'État de l'activité économique pour justifier son opinion³¹.

Signalons que quelque temps avant l'affaire *Klein*, un autre jugement de la *Divisional Court* avait, sur division, restreint la portée de la liberté d'expression à l'expression politique³². Dans des motifs distincts, le troisième juge a indiqué qu'il aurait étendu la protection constitutionnelle à

27. *Id.*, p. 501.

28. *Id.*, p. 505.

29. *Id.*, p. 506.

30. *Id.*, p. 509 à 511.

31. *Id.*, p. 505.

32. *Re Koumoudoros and Metro Toronto*, (1984) 6 D.L.R. (4th) 523.

l'expression culturelle, mais il a convenu qu'en l'occurrence une effeuilleuse ne pouvait se prévaloir de la liberté d'expression culturelle pour contester un règlement municipal qui lui interdisait de se dénuder complètement.

1.3. La doctrine canadienne

Le jugement de la *Divisional Court* dans l'affaire *Klein* a été critiqué dans un récent commentaire³³. L'auteur reprend, en le raffinant, le point de vue de la dissidence de M. le juge Henry. S'il n'existe pas un lien direct entre la publicité commerciale et le choix des idées politiques, les attitudes politiques des citoyens sont tout de même, selon lui, partiellement déterminées par leurs rapports économiques. La liberté d'expression commerciale serait un attribut essentiel de la démocratie politique sans en être à elle seule la condition suffisante. Les États totalitaires s'empressent, selon l'auteur, d'interdire l'activité économique privée et l'information qui la concerne pour assurer leur main-mise politique sur la société. Il reconnaît cependant qu'en Amérique latine le libéralisme économique ne suffit pas à instaurer durablement une société politique respectueuse des valeurs démocratiques. Néanmoins, il est d'avis que la démocratie politique est menacée lorsque l'État se met à rogner les libertés économiques. C'est parce que la réglementation économique excessive issue de l'État-Providence aurait gravement miné les fondements démocratiques des sociétés nord-américaines que la Cour suprême des États-Unis a été amenée en 1976 à renverser sa jurisprudence antérieure et que les tribunaux canadiens devraient lui emboîter le pas. Cet argument politique, voire idéologique, est exprimé en ces termes :

The observation of the majority in *Re Klein* that commercial speech did not enjoy constitutional protection in the United States until the case of *Virginia Citizens* in 1976 is more demonstrative of a judicial recognition of a fundamental change in the social order than of any inherent lack of political significance of free commercial speech. Simply put, there was no need to engage in judicial mental gymnastics to recognize the systemic relevance of free commercial speech to a democracy in the free-wheeling hey day of nineteenth century laissez-faire and pre-World War II economic liberalism. With the emergence of the post-war «social welfare state», the decision to extend some recognition to commercial speech was, in part, a response to the perceived dangers to the political process itself of unlimited state regulation of the economic order. The resulting judicial quagmire of American constitutional litigation from which the Court in *Re Klein* recoiled should not detract from this response.³⁴

33. S. BRAUN, «Should commercial speech be accorded prima facie constitutional recognition under the Canadian Charter of Rights and Freedoms?», (1986) 18 *Ottawa Law Review* 37.

34. *Id.*, p. 47-48.

L'auteur ajoute que les balbutiements d'une jurisprudence naissante ne doivent pas faire perdre de vue l'importance des principes en cause. Les difficultés encourues dans la mise en œuvre de ces principes devraient être aplanies avec les années³⁵. D'autres secteurs du droit de la liberté d'expression, comme la réglementation de l'obscénité, connaissent leur part de complexité, ce qui n'a pas empêché les tribunaux d'intervenir³⁶. L'auteur estime qu'il est indiqué pour les tribunaux, lors de l'application de la Charte canadienne, d'accorder dans la plupart des cas une reconnaissance constitutionnelle *prima facie* à une liberté alléguée pour que l'arbitrage entre cette liberté (ou ce droit) et d'autres intérêts sociaux soit effectué dans un deuxième temps seulement, à l'intérieur des paramètres fixés par la clause limitative de l'article 1³⁷.

1.4. La Cour suprême du Canada

De son côté, la Cour suprême du Canada s'est exprimée sur la question avant l'adoption de la Charte canadienne. Dans une affaire relative encore une fois à la publicité sur les services offerts par les avocats, *Jabour c. Law Society of British Columbia*³⁸, elle a indiqué à l'unanimité qu'à cette époque la réglementation de l'expression économique était de compétence provinciale, compétence qui n'était pas restreinte par une norme constitutionnelle :

La liberté d'expression dont la Cour est saisie en l'espèce n'a bien sûr rien à voir avec le processus électoral et le fonctionnement de nos institutions démocratiques, savoir la Chambre des communes et les législatures provinciales. Il s'agit en réalité du droit à la liberté d'expression en matière commerciale, du droit de faire de la publicité commerciale. On ne saurait guère prétendre qu'une province ne peut, au moyen d'une loi appropriée, réglementer les aspects moraux et financiers d'un commerce exploité ou d'une profession exercée à l'intérieur de ses frontières.³⁹

De toute façon, a-t-elle ajouté, la liberté d'expression politique elle-même pouvait avant 1982 être limitée par une loi fédérale ou provinciale, si celle-ci pouvait valablement s'appuyer sur l'un ou l'autre des titres de compétence législative attribués en 1867.⁴⁰

Comme cet arrêt ne représente plus nécessairement le point de vue de la Cour suprême sur la question après l'adoption de la Charte canadienne, il

35. *Id.*, p. 52.

36. *Idem.*

37. *Id.*, p. 49-50.

38. [1982] 2 R.C.S. 307.

39. *Id.*, p. 364.

40. *Idem.*

faut se borner à constater au moment d'écrire ces lignes que la liberté constitutionnelle d'expression commerciale a été reconnue au Québec et au Manitoba, mais qu'on lui a refusé cette reconnaissance en Ontario.

Cet aperçu de l'état actuel du droit canadien aura mis en lumière l'influence et la valeur persuasive de la réflexion des tribunaux américains sur le sujet. Ceux-ci, après avoir opté pour la reconnaissance de principe de la liberté d'expression commerciale en 1976, ont élaboré par la suite une jurisprudence souvent cahoteuse et parfois déroutante. Nous tenterons dans les prochaines pages d'en tracer les grandes lignes.

2. La jurisprudence américaine

Nous avons vu que ce n'est que récemment (en 1976) que la Cour suprême des États-Unis a étendu au *commercial speech* la protection constitutionnelle que le *First Amendment* accordait depuis deux cents ans à la liberté d'expression politique. Elle a cependant entouré cette protection nouvelle de si nombreuses nuances et d'une si grande imprécision, dans des jugements marqués par la prolifération des opinions distinctes, qu'il est difficile de se prononcer fermement sur sa position.

Dans un arrêt récent portant sur la réglementation des panneaux publicitaires, *Metromedia Inc. v. City of San Diego*⁴¹, M. le juge Rehnquist, dissident (aujourd'hui juge en chef), qualifie les diverses opinions de ses confrères de la majorité de « virtual Tower of Babel, from which no definitive principles can be clearly drawn »⁴².

2.1. La jurisprudence classique

La jurisprudence classique était à l'effet que l'expression commerciale ne pouvait se prévaloir d'aucune garantie constitutionnelle. En 1942, dans *Valentine v. Chrestensen*⁴³, le propriétaire d'un sous-marin amarré dans le port de New-York avait distribué des feuillets sur les rues, dont l'une des faces faisait la promotion du sous-marin à des fins commerciales, alors qu'au verso on pouvait lire une protestation à l'encontre de l'attitude négative des autorités portuaires à son égard. Le promoteur fut poursuivi pour avoir contrevenu à un règlement municipal qui interdisait la distribution de matériel publicitaire dans les rues. Il réagit en contestant la validité du règlement.

41. 101 A.S. Ct. 2882 (1981), 453 U.S. 490.

42. *Id.*, p. 569.

43. 62 S. Ct. 920 (1942), 316 U.S. 52.

Tout en convenant que la protestation était une forme d'expression politique protégée par le premier amendement, la Cour suprême confirma néanmoins à l'unanimité la condamnation du promoteur ainsi que la validité du règlement. La Cour estimait que si elle donnait raison à l'appelant, il serait trop facile pour un commerçant de profiter de la protection constitutionnelle de l'expression politique pour se mettre à l'abri d'une réglementation par ailleurs valide de l'activité commerciale. La proposition voulant que la publicité commerciale puisse elle-même se prévaloir du *First Amendment* fut résolument écartée :

This court has unequivocally held that the streets are proper places for the exercise of the freedom of communicating information and disseminating opinion and that, though the states and municipalities may appropriately regulate the privilege in the public interest, they may not unduly burden, or proscribe its employment in these public thoroughfares. We are equally clear that the Constitution imposes no such restraint on government as respects purely commercial advertising. Whether, and to what extent, one may promote or pursue a gainful occupation in the streets [...] are matters for legislative judgment ⁴⁴.

Dans la même veine, il était évident pour la Cour suprême en 1951, qu'un vendeur itinérant ne pouvait invoquer le *First Amendment* à l'encontre d'un règlement municipal qui ne lui permettait de frapper aux portes des résidences privées que sur invitation ⁴⁵. L'un des trois dissidents, M. le juge Black, n'est arrivé à une conclusion différente que parce que l'activité du vendeur, la vente d'abonnements de revues, lui paraissait accessoire à l'expression politique ou culturelle que de telles publications contiennent. Dans une note infra-paginale, il devait ajouter :

Of course I believe that the present ordinance could constitutionally be applied to a « merchant » who goes from door to door « selling pots ». ⁴⁶

2.2. La remise en question du droit établi

La position de la Cour se mit cependant à évoluer avec les années. Dans *Pittsburgh Co. v. Human Relations Commission* ⁴⁷ par exemple, la Cour reconnut la validité d'une disposition qui interdisait aux journaux de publier des offres d'emploi adressées uniquement à des personnes de l'un ou l'autre sexe. La discrimination sexuelle dans l'embauche était par ailleurs prohibée dans l'État en cause. La Cour signala qu'elle aurait pu décider autrement et

44. *Id.*, p. 43. (c'est nous qui soulignons)

45. *Beard v. City of Alexandria*, 71 S. Ct. 920 (1951), 341 U.S. 622.

46. *Id.*, p. 650.

47. 93A S. Ct. 2553 (1973), 413 U.S. 376.

permettre la diffusion de tels messages si l'activité qu'ils annonçaient avait été légale.

En 1975, dans *Bigelow v. Virginia*⁴⁸ l'éditeur d'un hebdomadaire virginien, qui avait accepté une annonce payée par une clinique d'avortement située dans un autre État, fut accusé d'avoir enfreint une loi de la Virginie qui interdisait la promotion de l'avortement. L'application de la Loi à cet éditeur fut jugée inconstitutionnelle pour le motif que l'annonce contenait une information qui pouvait être d'intérêt public. Le lecteur pouvait par exemple apprendre que l'avortement était légal dans un autre État. Ce renseignement pouvait être utile non seulement aux femmes qui désiraient un avortement, mais encore pour les citoyens intéressés à l'évolution de cette question controversée, ou désireux de promouvoir une modification semblable du droit de la Virginie⁴⁹. Cette composante politique du message en litige suffisait pour décider que le premier amendement n'avait pas été respecté, même si en l'occurrence l'expression politique faisait partie d'un texte proposant une transaction commerciale. La Cour n'eut pas à se prononcer dans cette affaire sur la valeur constitutionnelle du message commercial dénué de toute dimension politique. Elle laissa cependant clairement entendre qu'elle était disposée à réviser l'arrêt *Christensen*.⁵⁰

2.3. L'arrêt *Virginia State Board of Pharmacy*

C'est ce que la Cour suprême entreprit dans *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*⁵¹. Dans cette affaire, une association de consommateurs soutenait qu'une loi de l'État de la Virginie, qui interdisait aux pharmaciens d'annoncer le prix de leurs prescriptions, était incompatible avec le premier amendement. M. le juge Blackmun, au nom de la majorité, résuma la question en litige en ces termes :

Our pharmacist does not wish to editorialize on any subject, cultural, philosophical, or political. He does not wish to report any particularly newsworthy fact, or to make generalized observations even about commercial matters. The « idea » he wishes to communicate is simply this : « I will sell you the X prescription drug at the Y price. » Our question, then, is whether this communication is wholly outside the protection of the First Amendment.⁵²

La Cour a d'abord décidé que les requérants-intimés pouvaient invoquer le *First Amendment* parce que la liberté d'expression ne recouvrait pas

48. 95A S. Ct. 2222 (1975), 421 U.S. 809.

49. *Id.*, p. 823.

50. *Id.*, p. 825.

51. *Supra*, note 20.

52. *Id.*, p. 761.

seulement les droits des émetteurs d'une communication, mais également les personnes à qui elle est destinée, ainsi que la communication elle-même⁵³. Les mobiles économiques des annonceurs ne suffisaient pas, selon la Cour, à exclure leur message du champ d'application de la liberté d'expression; l'intérêt des consommateurs à obtenir des médicaments à bas prix et celui du grand public à l'information la plus large et la plus complète étaient déterminants⁵⁴.

Une seconde rationalisation fut offerte par la Cour, et évoquée dans l'affaire *Klein*⁵⁵. La libre circulation de l'information commerciale est indispensable au bon fonctionnement du système économique capitaliste ainsi qu'à la formation d'opinions intelligentes sur les façons de réglementer ou de modifier ce système. Les citoyens d'une société fondée sur la liberté d'entreprise doivent avoir accès à l'information économique, qui leur sert à prendre de multiples décisions privées chaque jour. Cette information leur permet aussi, à un second degré, de se former une opinion sur les décisions économiques que les gouvernements doivent prendre. Cette opinion amènera les citoyens à préférer l'un ou l'autre candidat lorsqu'ils auront à faire une croix sur leur bulletin de vote⁵⁶.

À l'encontre de ceux qui estimaient que la qualité des services des pharmaciens pourrait se détériorer à la suite d'une guerre des prix, la Cour a considéré qu'elle devait donner effet à la prémisse fondamentale de sa philosophie du *First Amendment*, à savoir qu'il est préférable d'opter pour davantage d'information que pour une approche paternaliste et bien-intentionnée qui protège les citoyens contre eux-mêmes. Ceux-ci auront le discernement requis pour choisir le meilleur pharmacien même si ses services sont plus onéreux, et il existe d'autres moyens législatifs d'assurer le contrôle de la qualité des services professionnels.⁵⁷

La Cour s'empressa d'ajouter une mise en garde pour souligner la différence entre l'expression commerciale et les formes d'expression traditionnellement protégées par le *First Amendment*. Des distinctions évidentes, qu'elle qualifie de *commonsense differences*^{57a}, suggéraient un degré de protection différent. Ces *commonsense differences* allaient compliquer le travail de la Cour dans les années subséquentes.

53. *Id.*, p. 756-757.

54. *Id.*, p. 763-764.

55. *Supra*, notes 21 et 22.

56. *Supra*, note 20, p. 765.

57. *Id.*, p. 770.

57a. *Id.*, note 24.

2.4. Les difficultés de mise en œuvre du nouveau droit

Dans *Bates v. State Bar of Arizona*⁵⁸, la Cour confirmait l'arrêt *Virginia Board* en transposant son analyse à la publicité faite par des avocats. L'année suivante, cependant, dans *Ohralik v. Ohio State Bar Association*⁵⁹, elle admit que cette publicité se prêtait à une réglementation plus importante que d'autres formes d'expression.

Le Barreau de l'Ohio pouvait, par exemple, sanctionner une conduite telle que celle de l'appelant, qui avait approché les victimes d'un accident alors que l'une était encore à l'hôpital et que l'autre, toujours ébranlée, venait d'en sortir. La Cour souligna que la parité entre la protection constitutionnelle offerte à l'expression commerciale et celles de formes d'expression plus précieuses menacerait ces dernières.

We have not discarded the «common-sense» distinction between speech proposing a commercial transaction, which occurs in an area traditionally subject to government regulation, and other varieties of speech. [...] To require a parity of constitutional protection for commercial and noncommercial speech alike could invite dilution, simply by a leveling process, of the force of the Amendment's guarantee with respect to the latter kind of speech. Rather than subject the First Amendment to such devitalization, we instead have afforded commercial speech a limited measure of protection, commensurate with its subordinate position in the scale of First Amendment values, while allowing modes of regulation that might be impermissible in the realm of noncommercial expression.⁶⁰

Ce tempérament fut réitéré peu après, dans *Friedman v. Rogers*⁶¹, lorsqu'une loi qui réglementait les raisons sociales des optométristes survécut à l'examen judiciaire. Cette Loi contrevenait au projet du propriétaire de multiples établissements optométriques, qui voulait conserver les différentes

58. 97A S. Ct. 2691 (1977), 433 U.S. 350. À la même époque, la Cour suprême a invoqué l'arrêt *Virginia Board* pour casser un règlement municipal qui interdisait d'annoncer la mise en vente de résidences privées au moyen de panneaux ou d'affiches devant la maison. La municipalité avait choisi cette mesure pour tenter d'enrayer ou de ralentir une vague de départs massifs de citoyens blancs qui craignaient que l'arrivée de Noirs dans le quartier ne réduise considérablement la valeur de leurs propriétés. *Linmark Associates Inc. v. Township of Willingboro*, 97A S. Ct. 1615 (1977), 431 U.S. 85.

Dans *Carey v. Population Services International*, 97A S. Ct. 2010 (1977), 431 U.S. 678, la Cour suprême a donné raison à une entreprise qui contestait la validité d'une loi de l'État de New York, qui interdisait l'envoi par la poste de publicité sur les produits contraceptifs à des adolescents de moins de 16 ans. Bien que ce jugement se soit davantage appuyé sur le droit constitutionnel à la vie privée, un droit que la Cour considère implicitement protégé par le quatorzième amendement, l'arrêt *Virginia Board* fut également invoqué à titre secondaire.

59. 98A S. Ct. 1912 (1978), 436 U.S. 447.

60. *Id.*, p. 455-456.

61. 99 S. Ct. 887 (1979), 440 U.S. 1.

raisons sociales de ceux-ci pour donner l'impression d'une concurrence en réalité inexistante. Tout en convenant que les raisons sociales étaient une forme d'expression commerciale, la Cour décida que l'intérêt du consommateur à obtenir une information complète militait plutôt en faveur du maintien de la Loi.

Cette reconnaissance d'une distinction de nature entre l'expression commerciale et l'expression non-commerciale contredisait l'intention de la Cour suprême dans *Virginia Board* de mettre l'une et l'autre sur le même pied en regard du droit constitutionnel. La Cour tenta de résoudre cette contradiction en élaborant des paramètres de mise en œuvre de la garantie constitutionnelle qui sont spécifiques à l'expression commerciale.

2.5. Le test de l'arrêt *Central Hudson* et l'article 1 de la Charte canadienne

On sait qu'aux États-Unis, en l'absence d'une clause limitative écrite qui justifierait les inévitables restrictions légitimes aux droits et libertés inscrits dans le *Bill of Rights*, les tribunaux ont construit des clauses limitatives implicites, ou jurisprudentielles, qui sont adaptées à chacun de ces droits. Dans le cas de la liberté d'expression politique, une restriction qui atteint le contenu d'un message ne sera considérée justifiable que lorsque des circonstances extraordinaires la rendent nécessaire⁶².

Dans *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*⁶³ la Cour suprême des États-Unis a formulé un test moins exigeant que celui de la nécessité, qui consiste à évaluer le poids comparatif des intérêts sociaux en cause et à mesurer la proportionnalité des fins et des moyens :

In commercial speech cases, then, a four-part analysis has developed. At the outset, we must determine whether the expression is protected by the First Amendment. For commercial speech to come within that provision, it at least must concern lawful activity and not be misleading. Next, we ask whether the asserted governmental interest is substantial. If both inquiries yield positive answers, we must determine whether the regulation directly advances the governmental interest asserted, and whether it is not more extensive than is necessary to serve that interest.⁶⁴

62. *Consolidated Edison v. Public Service Commission*, 100 A.S. Ct. 2327 (1980), 447 U.S. 530, p. 535-536 ; *Members of the City Council of the City of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent*, 104 S. Ct. 2118 (1984), p. 2128.

63. 101 A.S. Ct. 2343 (1980), 447 U.S. 557.

64. *Id.*, p. 566. Dans *Central Hudson*, la Cour suprême a jugé qu'un règlement de la *Public Service Commission* de l'État de New York, qui empêchait les entreprises qui faisaient la vente d'électricité de chercher à stimuler la consommation de cette forme d'énergie au moyen de la publicité, était incompatible avec le premier amendement.

Le test de *Central Hudson* n'est pas sans rappeler celui énoncé par la Cour suprême du Canada en relation avec l'article 1 de la Charte canadienne, dans *R. v. Oakes*⁶⁵. Le test canadien devra cependant s'appliquer à toutes les formes d'expression protégées par l'article 2 de la Charte. Si la protection de ce dernier était étendue à l'expression commerciale, il n'y aurait à prime abord pas de latitude au Canada pour l'élaboration de grilles d'analyse distinctes.

Il faudrait peut-être alors considérer que le test formulé dans *Oakes* est non seulement assez flexible pour s'adapter à la problématique spécifique de chacune des libertés constitutionnelles, mais aussi comme dans le cas présent à chaque dimension d'une liberté. Le concept du raisonnable qui figure au cœur de l'article 1 est évolutif et relatif. Il est aussi social, en ce qu'il fait appel aux valeurs communautaires consensuelles. Celles-ci se transforment à l'intérieur d'une société avec les années, et elles diffèrent entre sociétés contemporaines. Cette flexibilité pourrait donner à l'article 1 la possibilité de moduler l'analyse judiciaire en fonction de l'importance sociale des valeurs en cause, même si le poids et la nature de ces valeurs se rattachent à la facette spécifique de la liberté générale qui est étudiée. Ainsi, dans le cas de la liberté d'expression, la clause limitative unique et écrite de l'article 1 pourrait remplir simultanément les fonctions des deux clauses jurisprudentielles américaines qui ont été élaborées pour distinguer entre la protection supérieure qui est accordée à l'expression politique (et culturelle) et la protection moindre qui est donnée à l'expression commerciale.

Le danger de cette façon de faire est cependant le même qu'aux États-Unis, c'est-à-dire l'imprévisibilité de la qualification judiciaire préalable de la communication en litige. L'identification de l'expression commerciale n'est pas chose aisée, et son enjeu est critique puisqu'elle conditionne toute l'analyse ultérieure du tribunal.

C'est l'inquiétude que soulevait chez un commentateur le jugement de la Cour suprême américaine dans l'affaire *Central Hudson*:

The Court's requirement that commercial speech regulation be no more extensive than necessary, however, a «least restrictive means» standard, can [...] always find, in challenging a regulation, a slightly less «drastic» or «restrictive» alternative. The Court thus gave with one hand and took away with the other; while commercial speech restrictions may have little trouble surviving the substantial-state-interest test, they are subject as well to a least-restrictive means test that the Court has the power either to emphasize or to ignore.

The Court has thus created a shifting rule of law that may lead to little more than ad hoc adjudication. The lower courts, in assessing challenges to «time, place,

65. [1986] 1 R.C.S. 103.

and manner » restrictions on nonmisleading commercial speech, have tended to apply *Central Hudson* and uphold the restriction; in assessing challenges to restrictions on content they have tended to strike down the restriction, sometimes citing *Central Hudson* and sometimes ignoring it entirely. In so doing, they have in practice drawn the distinction that the Court refused to draw. Such application of a Supreme Court rule, however, is healthy neither for the bar nor for the advertisers being regulated.⁶⁶

2.6. Les nouvelles difficultés après *Central Hudson*

Peu de temps après, ces craintes prirent une plus grande ampleur après *Metromedia Inc. v. City of San Diego*,⁶⁷ où la Cour déclara inconstitutionnelle une réglementation municipale des panneaux publicitaires. Dans cette affaire, la majorité, composée de six juges, se répartit en deux groupes de quatre et de deux juges, respectivement. Trois dissidences distinctes furent formulées.

C'est dans cet arrêt que le juge Rehnquist, dissident, qualifia les opinions de ses collègues de tour de Babel d'où il est impossible de tirer des règles claires. Il ajouta tout de suite après :

[...] I regret even more keenly my contribution to this judicial clangor, but find that none of the views expressed in the other opinions written in the case come close enough to mine to warrant the necessary compromise to obtain a Court opinion.⁶⁸

Il est effectivement difficile de dégager une *ratio* cohérente de cet arrêt. La pluralité a vu dans la réglementation municipale à la fois une atteinte à la liberté d'expression commerciale *et* une atteinte à la liberté d'expression politique. Appliquant donc des tests propres à chacune de ces restrictions, et notamment le test de *Central Hudson* dans le cas du *commercial speech*, elle a décidé qu'il n'y avait pas atteinte inconstitutionnelle au *commercial speech* mais que la restriction en cause ne respectait pas les exigences du test propre à la liberté d'expression politique.

Les deux juges qui ont concouru au jugement de la pluralité par l'entremise de motifs distincts ont refusé de distinguer les effets du règlement municipal sur l'expression commerciale de ceux sur l'expression non-commerciale. Ils ont considéré la question sous l'angle d'une atteinte globale à la liberté d'expression politique.

66. J. WEINBERG, « Constitutional protection of commercial speech », (1982) 82 *Columbia Law Review* 720, p. 729-730.

67. *Supra*, note 41.

68. *Id.*, p. 569-570.

La situation se complique encore davantage du fait que la pluralité, tout en invoquant le test en quatre parties que la Cour avait formulé dans *Central Hudson*, semble s'être contenté en réalité d'un test plus souple selon un commentateur :

[...] the plurality held that the ordinance directly advanced the city's two interests because the presence of billboards impaired both traffic safety and the city's appearance. In reaching this conclusion, the plurality found that the city's judgment that these signs created safety and aesthetic problems was «not manifestly unreasonable». [...] Thus, while claiming to apply the intermediate scrutiny mandated by *Central Hudson*, the plurality actually evaluated the commercial component of the ordinance under a more lenient «deferential» test.⁶⁹

Le test élaboré dans *Central Hudson* a donc soulevé de graves problèmes d'application dans *Metromedia*. Les membres de la Cour suprême ne s'entendent guère sur la nature des faits qui justifient qu'on y ait recours et, lorsqu'on y a recours, on ne semble pas respecter ses exigences, ce qui fait que les solutions auxquelles il conduit sont des plus imprévisibles. L'arrêt *Bolger v. Youngs Drug Products*⁷⁰, rendu en 1983, n'a que peu clarifié les choses. Dans cette affaire, la Cour a jugé non valide une description d'une loi fédérale qui prohibait l'envoi, par le courrier, de publicité relative aux produits contraceptifs. Une majorité s'est cette fois regroupée autour de motifs communs articulés autour du test de *Central Hudson*, mais cette majorité n'était que de cinq juges. Trois autres juges étaient d'accord avec le jugement de la majorité mais ont adopté des motifs différents. Deux d'entre eux se sont également prévalus du test de *Central Hudson*, mais l'ont employé autrement que ne l'a fait la majorité.

La Cour fut tout aussi divisée dans ses deux arrêts les plus récents sur l'expression commerciale, *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel*⁷¹ qui avait trait encore une fois à la réglementation de la publicité sur les services des avocats, et *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*⁷².

Dans cette dernière affaire, un casino portoricain contestait la légalité constitutionnelle d'une loi de cet État, qui ne permettait la publicité sur les casinos qu'à l'extérieur de Porto-Rico, de façon à attirer les touristes sur les lieux tout en évitant de stimuler la participation des habitants de l'île. La Cour suprême (à 5 contre 4) refusa d'accéder à la demande de déclaration

69. Comment, « Standard of review for regulation of commercial speech : *Metromedia Inc. v. City of San Diego* », (1982) 66 *Minnesota Law Review* 903, p. 910-911.

70. 103A S. Ct. 2875 (1983), 463 U.S. 60.

71. 105 S. Ct. 2265 (1985).

72. 106A S. Ct. 2968 (1986).

d'inconstitutionnalité, et appliqua dans ses motifs le test en quatre parties de l'arrêt *Central Hudson*.

Les activités des casinos étant légales à Porto-Rico, la première branche du test de *Central Hudson* était satisfaite. L'objectif social poursuivi, la protection de la santé, de la sécurité et de la moralité publiques, fut jugé substantiel. Quant au moyen adopté, la suppression partielle de la publicité, il servait directement l'objectif du législateur, selon la majorité. Ce moyen ne brimait pas l'expression plus que nécessaire, ce qui respectait la quatrième et dernière condition que la Cour s'était imposée dans *Central Hudson*.⁷³

La Cour rejeta en particulier la prétention que la contre-publicité (par des messages d'intérêts public) aurait suffi à équilibrer l'attrait des casinos pour les citoyens de Porto-Rico⁷⁴. Elle se déclara également en désaccord avec la position de l'appelant à l'effet qu'une fois que le législateur eut décidé de légaliser l'activité commerciale en cause, il s'était empêché d'en limiter la publicité. Au contraire, pour M. le juge Rehnquist, le pouvoir d'interdire les casinos comportait le pouvoir partiel d'en restreindre la promotion par la publicité⁷⁵.

M. le juge Vallerand, de la Cour d'appel du Québec, ayant évoqué cette affaire dans un *obiter* de son opinion dans *Irwin Toy*, a écrit qu'il ne pouvait souscrire à cette dernière proposition parce qu'elle dévalorisait la protection constitutionnelle qu'on venait d'accorder :

C'est là, soit dit avec égards, reléguer l'expression du propos commercial au rang des activités purement commerciales, à ce titre soumise au caprice des législateurs et, partant, refuser la protection accordée au droit d'expression qu'on vient tout juste de lui reconnaître.⁷⁶

La Cour suprême des États-Unis aurait-elle décrit un cercle de 360 degrés pour revenir à son point de départ ? Ou les propos de M. le juge Vallerand sous-estiment-ils les difficultés qui surgissent dans la pratique de la protection constitutionnelle de l'expression commerciale ?

Il faut faire remarquer que M. le juge Rehnquist, le nouveau juge en chef du plus haut tribunal américain, a opposé une résistance acharnée dans plusieurs arrêts au principe de l'élévation constitutionnelle de l'expression commerciale. Si aujourd'hui il devient le porte-parole d'une majorité qui se proclame fidèle à la jurisprudence des dix dernières années, ce n'est peut-être que pour priver cette jurisprudence d'une grande partie de son effectivité.

73. *Id.*, p. 2977.

74. *Id.*, p. 2978.

75. *Id.*, p. 2979.

76. *Supra*, note 1, p. 2459.

Dans sa dissidence dans *Central Hudson*, l'éloquence de M. le juge Rehnquist était mordante :

I remain of the view that the Court unlocked a Pandora's Box when it «elevated» commercial speech to the level of traditional political speech by according it First Amendment protection in *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council*[...] The line between «commercial speech» and the kind of speech that those who drafted the First Amendment had in mind, may not be a technically or intellectually easy one to draw, but it surely produced far fewer problems than has the development of judicial doctrine in this area since *Virginia Board*.

[...]

For in a democracy, the economic is subordinate to the political, a lesson that our ancestors learned long ago, and that our descendants will undoubtedly have to relearn many years hence.⁷⁷

2.7. La critique socio-politique du droit américain

M. le juge Rehnquist avait auparavant évoqué le spectre de l'époque qu'on croyait révolue de *Lochner v. New-York*⁷⁸, qui soumettait toute la législation socio-économique à un contrôle judiciaire d'opportunité par la voie du concept du *due process*, ou de l'application régulière de la loi, du quatorzième amendement.

Dans *Lochner*, une loi d'un État qui instaurait la semaine de 60 heures fut déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle violait la liberté individuelle de contracter des patrons et des salariés. Cet interventionnisme du pouvoir judiciaire fut abandonné trente ans plus tard dans *United States v. Carolene Products*⁷⁹, qui laissait au législateur, dans la foulée du *New Deal* et d'une crise constitutionnelle majeure, une grande discrétion en matière de réglementation de l'économie.

M. le juge Rehnquist n'est pas le seul à accuser la Cour suprême de revenir à des conceptions dépassées du rapport entre les institutions législatives et judiciaires sous le couvert du droit de la liberté d'expression. La doctrine s'est exprimée en termes semblables :

In short, the Supreme Court has reconstituted the values of *Lochner v. New-York* as components of freedom of speech. This renovation of discredited doctrine is far more troublesome than commentators have been willing to admit and warrants thorough reconsideration.

77. *Supra*, note 63, p. 598-599.

78. 25 S. Ct. 539 (1904), 198 U.S. 45.

79. 58 S. Ct. 779 (1937), 304 U.S. 144.

Were it not for the First amendment trappings, this revivification of *Lochner* would no doubt excite substantial opposition. At the very least it would be recognized as a contradiction of the heretofore settled idea that the Constitution tolerates extensive regulation of the economy.

[...]

The point is [...] that such judgments are properly left to popularly elected legislatures. In terms of constitutional values, price supports, minimum wage laws, and advertising bans are utterly indistinguishable. Constitutional objection to such laws stands or falls on precisely the ground asserted in *Lochner v. New York* and repeatedly repudiated in the decades since then.⁸⁰

Pour ces auteurs, les valeurs qui sous-tendent le premier amendement sont l'épanouissement personnel et la démocratie politique. La recherche du 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 aussi élevée dans la hiérarchie des valeurs sociales et ne sont pas visées par l'esprit du premier amendement.

Une critique plus radicale associe la notion d'expression commerciale au contexte idéologique et politique de la vitalité du néo-libéralisme, qui prône une réduction de la taille de l'État et de son intervention dans l'économie. La liberté d'expression commerciale aurait fait son apparition au moment où le néo-libéralisme en avait besoin et en aurait constitué l'une des manifestations :

Since 1970, the question of corporate speech has become a central issue of constitutional law. Until then governments had been allowed to regulate corporate speech — for example, by banning cigarette advertising on television — without serious hindrance. Within a relatively short period of time, the constitutional picture has changed dramatically so that today governments find it extremely difficult to regulate corporate speech. In 1980, the Supreme Court held that a state could not prohibit [...] utilities from using mailings to customers as a forum for advocating increased reliance on nuclear energy.

The example above suggests one source of the new concern for corporate speech. With few exceptions, before the 1970s governments had regulated only the speech of corporate actors well outside the core of capitalist enterprise; it mattered little that advertising by fly-by-night sales operations might be prohibited or regulated. The consumer and antinuclear movements of the 1970s, coupled with popular revulsion at corporate involvement in the crimes of the Nixon administration and in overseas bribery, contributed to occasional legislative successes that cut more deeply into the heart of monopoly capitalism. Following a well-worn path, corporations moved from the legislative arena, in which they had lost, to the judicial arena, where they succeeded in persuading the judges to rule that constitutional interests were at stake.⁸¹

80. T.H. JACKSON et J.C. JEFFRIES JR., « Commercial speech : economic due process and the First Amendment », (1979) 65 *Virginia Law Review* 1, p. 30 à 33.

81. M. TUSHNET, « Corporations and free speech », dans *The Politics of Law*, édité par D. KAIRYS, New-York, Pantheon Books, 1982, p. 253-254.

Dans la même veine, on pourrait soutenir que les tendances cycliques antérieures de la Cour suprême des États-Unis, l'interventionisme de *Lochner*, le non-interventionisme de *Carolene Products*, étaient aussi liées à des contextes spécifiques, le libéralisme pur et dur du tournant du siècle dans le premier cas, la construction de l'État-providence dans le second. Dire que l'interprétation constitutionnelle tient compte des choix politiques fondamentaux est une vérité de La Palice qui n'étonne que si elle est exprimée.

Conclusion

Le débat sur l'expression commerciale qui est engagé devant les tribunaux canadiens est donc nécessairement un débat aux fortes consonances socio-politiques. À ce propos, il est intéressant de constater que M. le juge Jacques a cité le professeur F.A. Hayek dans *Irwin Toy*⁸², comme il l'avait fait dans un jugement antérieur⁸³. Le professeur Hayek est un maître à penser du nouveau libéralisme, qui déplore le rôle accru que s'est donné l'État dans l'économie et la société depuis le début du siècle, parce qu'il y voit une sérieuse menace aux libertés et à l'initiative individuelles. Il préconise un retour du balancier pour réduire considérablement la taille de l'État et des recueils législatifs, ce qui permettrait selon lui un renouvellement social par la réaffirmation des valeurs fondamentales qui ont donné son impulsion à la civilisation occidentale.

Dans son ouvrage de philosophie juridique le plus important⁸⁴, le professeur Hayek distingue l'ordre spontané de l'ordre organisé. Le premier est le résultat de forces qui échappent au contrôle de la raison et qui trouvent un équilibre naturel. Les relations entre les éléments du cosmos, d'un cristal, d'une cellule ou d'un flocon de neige sont des exemples d'ordre spontané, qui est plus riche et plus complexe que l'ordre organisé, qui est quant à lui le fruit d'une intervention humaine. Cette dernière ne peut que perturber et appauvrir des systèmes spontanés dont la complexité dépasse notre entendement.

Sur le plan social, la common law et la liberté d'entreprise sont des manifestations d'un ordre spontané, parce que ces systèmes sont le produit de comportements et de décisions individuels qui se voulaient spécifiques et

82. *Supra*, note 1, p. 2447.

83. *Alliance des professeurs de Montréal c. Le procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, p. 377.

84. *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, Univ. of Chicago Press, 3 vol. parus respectivement en 1973, 1976 et 1979. Le professeur Hayek fut également un prix Nobel en économie.

circonstanciels. Ces comportements et décisions n'avaient pas pour but de créer un mode de régulation social ; celui-ci est né spontanément par leur accumulation :

It is because it was not dependent on organization but grew up as a spontaneous order that the structure of modern society has attained that degree of complexity which it possesses and which far exceeds any that could have been achieved by deliberate organization. In fact, of course, the rules which made the growth of this complex order possible were initially not designed in expectation of that result ; but those people who happened to adopt suitable rules developed a complex civilization which then often spread to others.⁸⁵

Pour le professeur Hayek, la propension des gouvernements à vouloir réglementer l'ordre spontané de la vie sociale et économique est une aberration parce qu'elle conduit à l'appauvrissement et au déséquilibre de la réalité existante :

[...] it is impossible, not only to replace the spontaneous order by organization and at the same time to utilize as much of the dispersed knowledge of all its members as possible, but also to improve or correct this order by interfering in it by direct commands. Such a combination of spontaneous order and organization it can never be rational to adopt. [...] This is the gist of the argument against «interference» or «intervention» in the market order. The reason why such isolated commands requiring specific actions by members of the spontaneous order can never improve but must disrupt that order is that they will refer to a part of a system of interdependent actions determined by information and guided by purposes known only to the several acting persons but not to the directing authority. The spontaneous order arises from each element balancing all the various factors operating on it and by adjusting all its various actions to each other, a balance which will be destroyed if some of the actions are determined by another agency on the basis of different knowledge and in the service of different ends.⁸⁶

Dans cette optique, un gouvernement qui pousse l'interventionisme jusqu'à tenter une certaine planification linguistique ou à limiter les courants d'information économique est condamnable. Le professeur Hayek ajoute d'ailleurs que la liberté doit être défendue avec dogmatisme même si sa primauté peut dans certains cas paraître entraîner des effets négatifs :

The preservation of a free system is so difficult precisely because it requires a constant rejection of measures which appear to be required to secure particular results, [...]. A successful defence of freedom must therefore be dogmatic and make no concessions to expediency, even where it is not possible to show that, besides the known beneficial effects, some particular harmful result would also follow from its infringement. Freedom will prevail only if it is accepted as a general principle whose application to particular instances requires no justification.⁸⁷

85. *Id.*, vol. 1, p. 50.

86. *Id.*, p. 51.

87. *Id.*, p. 61.

La notion de liberté d'expression commerciale semble reposer sur les mêmes fondements philosophiques. Elle paraît destinée à réaffirmer la primauté de la liberté individuelle des personnes physiques et morales. Cette liberté est associée à la passivité de l'État au détriment d'autres valeurs contemporaines comme l'égalité ou la justice sociale, qui sont portées par un État actif qui cherche à redresser les imperfections des rapports sociaux dits naturels.

On sait qu'au Canada et au Québec, des consensus sociaux ont soutenu le développement d'un secteur public dont les activités d'encadrement économique sont relativement plus importantes qu'aux États-Unis. Cette spécificité de la culture politique canadienne a notamment été exprimée dans les termes du mandat conféré par le Comité du Conseil privé (le conseil des ministres fédéral) à la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (la commission Macdonald) :

De plus, le Comité recommande qu'au cours de leur enquête et au moment de rédiger leur rapport, les commissaires aient à l'esprit les principes suivants :

- a) l'économie canadienne repose sur l'initiative et la productivité de chaque Canadien, dans un contexte où se complètent les activités des secteurs public et privé, et qui reflète les valeurs traditionnelles de notre société.⁸⁸

La Cour suprême devra, explicitement ou non, au moment de l'interprétation prochaine de l'article 2 de la Charte canadienne et de l'article 3 de la Charte québécoise, opérer un choix entre ces lectures concurrentes du rôle de l'État, de la légitimité des choix socio-économiques du législateur et de la fonction des tribunaux devant des contestations constitutionnelles émanant de groupes d'intérêt que ces choix socio-économiques ont déçus ou mécontents.⁸⁹

88. *Rapport de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, Ministre des Approvisionnements et Services du Canada, 1985, vol. 3, annexe A, p. 641.

89. Cet article n'a pas examiné un second aspect de la liberté d'expression de l'entreprise privée, qui découle de la reconnaissance par les tribunaux américains du statut constitutionnel des opinions politiques de l'entreprise. Ainsi, dans *First National Bank v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978), une loi de l'État du Massachusetts qui interdisait les contributions des entreprises au financement d'une campagne référendaire fut déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême parce qu'elle brimait la liberté d'expression politique de ces entreprises. Si les tribunaux canadiens reconnaissent à leur tour qu'une personne morale (une entreprise ou un syndicat) pouvait se prévaloir de l'article 2 de la Charte canadienne pour diffuser ses opinions politiques, certaines dispositions de la *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.2, et de la *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., c. C-64.1, pourraient être contestées.