
Liberté d'expression, une perspective de droit comparé

Canada

ÉTUDE

EPRS | Service de recherche du Parlement européen

Unité Bibliothèque de droit comparé
PE 642.244– Octobre 2019

FR

LIBERTÉ D'EXPRESSION, UNE PERSPECTIVE DE DROIT COMPARÉ

Canada

ÉTUDE

Octobre 2019

Résumé

La présente étude fait partie d'un projet plus général qui vise à jeter les bases d'une comparaison des régimes juridiques applicables à la liberté d'expression dans différents ordres juridiques.

Les pages ci-après exposent, relativement au Canada et en rapport avec le thème de l'étude, la législation en vigueur, la jurisprudence la plus significative et la notion de liberté d'expression avec ses limites actuelles et en prospective, et s'achèvent par quelques conclusions avec possibles solutions face aux défis futurs.

Au Canada, la liberté d'expression est garantie par la Constitution. Des lois provinciales relayent aussi sa protection dans les domaines du droit privé. Au gré des décisions, ce droit a mobilisé plusieurs théories justificatives (recherche de vérité, participation citoyenne, épanouissement personnel, etc.), interprétées avec beaucoup de latitude par les tribunaux. Le consensus moderne est qu'aucune théorie ne prévaut, la liberté d'expression évoluant avec les valeurs de la société canadienne.

AUTEUR

Ce document a été rédigé par **Prof. Pierre-Emmanuel Moyse**, professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université McGill et directeur du Centre des politiques en propriété intellectuelle (CPPI), à la demande de l'Unité Bibliothèque de droit comparé, Direction générale des services de recherche parlementaire (DG EPRS), Secrétariat général du Parlement européen. L'auteur tient à remercier Laura Geyer étudiante aux facultés de droit de McGill et de Paris I et assistante de recherche au Centre des politiques en propriété intellectuelle, François Le Moine et Pierre-Luc Racine, tous deux doctorants sous sa direction pour leurs corrections et suggestions. Ses remerciements vont également au professeur Stéphane Bernatchez de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke pour ses commentaires sur les versions préliminaires de ce texte.

EDITEUR

Prof. Dr. Ignacio Díez Parra, chef de l'Unité Bibliothèque de droit comparé

Pour contacter l'Unité, veuillez écrire à l'adresse : EPRS-ComparativeLaw@europarl.europa.eu

VERSIONS LINGUISTIQUES

Original : FR

Traductions : DE, EN, ES, IT.

Ce document est disponible sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/thinktank>

CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ

Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen. Il est dirigé aux membres et aux personnels dans leur travail parlementaire.

Reproduction et traduction autorisées, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source et information préalable avec envoi d'une copie à l'adresse électronique ci-dessus indiquée.

Manuscrit achevé en septembre 2019

Bruxelles © Union européenne, 2019.

PE 642.244

Papier ISBN 978-92-846-5772-8

DOI:10.2861/31350

QA-04-19-628-FR-C

PDF ISBN 978-92-846-5781-0

DOI:10.2861/77582

QA-04-19-628-FR-N

Table des Matières

Liste des abréviations	IV
Synthèse	V
I. Introduction : contours et fondements de la liberté d'expression au Canada.....	1
II. Législation au Canada	7
II.1. Le droit international à la liberté d'expression : instruments internationaux contraignants.....	7
II.2. Le droit constitutionnel à la liberté d'expression : la Charte canadienne.....	10
II.3. Les sources complémentaires : le droit provincial à la liberté d'expression.....	12
II.4. La liberté d'expression à travers ses limites.....	14
II.4.1. Code Criminel	14
II.4.2. Télécommunication et radiodiffusion	15
II.4.3. Censure et interdiction de publication statutaire	16
II.5. Liberté d'expression et liberté de parole : les privilèges parlementaires.....	18
III. Jurisprudence la plus pertinente en la matière.....	21
III.1. Le droit public de la liberté d'expression sous l'article 2b)	21
III.1.1. R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697	21
III.1.2. Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927	25
III.1.3. R. c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731	27
III.1.4. Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877	29
III.1.5. Dagenais c. Canadian Broadcasting corp, [1994] 3 RCS 835.....	31
III.1.6. Réflexions sur le droit public de la liberté d'expression.....	33
III.2. Les recours de droit privé relativement à la liberté d'expression.....	35
III.2.1. Bou Malhab c. Métromédia CMR inc., 2011 CSC 9.....	35
III.2.2. Réflexions sur l'application de la garantie constitutionnelle dans les litiges entre particuliers.....	40
IV. La notion de liberté d'expression et ses limites actuelles et en prospective	42
IV.1. La notion de liberté d'expression et son évolution	42
IV.2. Droit de propriété littéraire ou artistique et liberté d'expression	45
IV.3. Le politiquement correct et la liberté d'expression.....	52
IV.4. L'affaire <i>Ward</i>	54
IV.5. Propagande haineuse et liberté d'expression	55
V. Conclusions	61
Textes législatifs et réglementaires.....	63
Jurisprudence.....	66
Bibliographie.....	69
Sitographie.....	71

Liste des abréviations

art.	article
arts.	articles
c.	chapitre
CcQ	<i>Code civil du Québec</i>
Charte canadienne	<i>Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11</i>
Charte québécoise	<i>Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ c C-12</i>
CSC	Jugements de la Cour suprême du Canada
DUDH	<i>Déclaration universelle des droits de l'Homme</i>
éd	édition
LQ	Lois du Québec (depuis 1969)
LRC	Loi révisée du Canada
n°	numéro
p.	page
para	paragraphe/paragraphes
pp.	pages
PIDCP	<i>Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques</i>
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.L.R.Q.	Recueil des lois et des règlements du Québec
s	suivant/suivant(e)s
vol	volume

Synthèse

La liberté d'expression est avant tout un rempart contre l'interventionnisme étatique. Elle représente ainsi le droit d'être et d'agir, en tant qu'individu, au sein d'une société moderne. Son développement relève donc avant tout du droit public. Au Canada ce droit est garanti par la Constitution, en particulier par l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹. De nombreux textes provinciaux, tel que la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*², en consacrent l'application en droit public et relayent sa protection dans des domaines spécifiques, avec les adaptations nécessaires, dans les domaines du droit privé. Le droit constitutionnel de la liberté d'expression a mobilisé, au gré des décisions et des travaux de la doctrine, plusieurs théories justificatives au soutien de la liberté d'expression, liberté qui est considérée comme fondamentale et *première* parmi les droits fondamentaux. La Cour suprême du Canada a ainsi pu poser que la liberté d'expression était un préalable à la recherche de la vérité. Elle est perçue comme un moyen de favoriser un « marché des idées » où des idées rivales se disputent la suprématie afin de faire surgir la vérité. Plus généralement, la liberté d'expression est aussi associée à l'exercice même de la participation citoyenne dans une démocratie. Enfin, on a pu dire qu'elle contribue à l'épanouissement personnel. Ces théories traditionnelles sont appliquées et interprétées avec beaucoup de latitude par les tribunaux pour en dégager, selon les causes et les contextes dans lesquels la liberté d'expression est invoquée, des principes guidant son application. On a voulu sortir la liberté d'expression des modèles instrumentalistes : la liberté d'expression vaudra d'être protégée pour ce qu'elle représente, en ce qu'elle fonde la dignité humaine, sans qu'il faille lui trouver une fonction particulière. On a pu aussi invoquer la théorie du préjudice. Le consensus moderne est qu'aucune théorie actuelle ne prévaut et il ne saurait y avoir de modèle explicatif universel. Les valeurs de la société canadienne évoluent et la liberté d'expression également. La Cour suprême a invoqué à plusieurs reprises le multiculturalisme canadien, inscrit à l'article 27 de la Charte canadienne, pour assoir sa jurisprudence sur la liberté d'expression, notamment pour valider l'action gouvernementale qui criminalise la propagande haineuse qui fait l'objet d'une législation. La jurisprudence et la doctrine de droit public nourrissent naturellement les débats sur l'application de la liberté d'expression lorsqu'elle est invoquée dans des litiges entre particuliers, notamment en moyen de défense dans des causes de contrefaçon de droit d'auteur ou dans les actions en diffamation.

¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].

² *Charte des droits et libertés de la personne*, R.L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*].

I. Introduction : contours et fondements de la liberté d'expression au Canada

La liberté d'expression est à la fois une condition préalable et une marque des démocraties libérales. Nous la retrouvons consacrée dans la Constitution canadienne et dans plusieurs législations provinciales. Elle est incluse depuis 1982 à l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*³ au titre des libertés fondamentales :

Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

[...]

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ;

Contrairement à la plupart des autres démocraties libérales occidentales, le droit canadien a constitutionnalisé tardivement la protection des libertés fondamentales. En effet, et jusqu'en 1982, l'architecture constitutionnelle canadienne reposait sur une loi du Parlement britannique : la *Loi de l'Amérique du Nord britannique* de 1867. Ce texte avait pour objectif principal d'établir une confédération et de délimiter les champs de compétences du parlement fédéral et des assemblées provinciales, sans pour autant inclure de protections pour les libertés individuelles. Cependant, la liberté d'expression jouissait néanmoins d'une certaine protection, que l'on peut qualifier de quasi-constitutionnelle. Avant 1982 donc, nous recensons une jurisprudence assez peu abondante qui porte explicitement sur la liberté d'expression. Cependant, l'esprit libéral hérité des institutions britanniques faisait en sorte que l'on décèle une volonté de défendre la liberté d'expression malgré l'absence de garanties formelles. Cet élément peut être illustré par deux décisions de la Cour suprême dans lesquelles la liberté d'expression fut protégée par des moyens indirects.

En 1937, le gouvernement québécois adopta une loi spéciale pour lutter contre la propagation du communisme. Cette loi, surnommée « *Loi du cadenas* » interdisait qu'une maison soit employée pour la propagation du bolchevisme ou du communisme⁴. Les forces de l'ordre avaient le pouvoir d'empêcher l'accès à tout endroit qui servait pour ces fins. En 1957, la Cour suprême fut appelée à se prononcer sur un litige concernant la résiliation d'un bail par le propriétaire d'un immeuble parce que son locataire avait contrevenu à la « *Loi du cadenas* ». La Cour suprême déclara que la loi provinciale était invalide, étant donné qu'elle était du ressort du droit criminel qui est au Canada de la compétence du gouvernement fédéral⁵.

Cependant, et comme l'exprime avec justesse l'opinion dissidente du juge Taschereau, la Cour suprême avait confirmé en 1923, et à l'unanimité, la constitutionnalité d'une loi semblable émanant du même législateur québécois qui permettait de fermer les maisons closes sur la base des compétences provinciales sur la propriété et le droit civil⁶. Le résultat différent auquel la Cour suprême arrive dans ces deux arrêts peut vraisemblablement s'expliquer par une volonté de protéger la liberté d'expression. La séparation des pouvoirs et la qualification de

³ *Charte canadienne*, supra note 1, art. 2b).

⁴ *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*, Statuts de la province de Québec 1937, c. 11, p. 41-43, art. 3.

⁵ *Switzman c. Elbling et Québec (P.G.)*, [1957] R.C.S. 285 [Switzman].

⁶ *Bédard c. Dawson*, [1923] R.C.S. 681. Cette cause portait sur la *Loi sur les maisons de désordre*, R.L.R.Q., c. M-2. Cette loi est toujours en vigueur.

ladite loi du cadenas comme étant une loi de nature criminelle permet ainsi indirectement aux tribunaux de restreindre les empiètements législatifs à l'encontre des libertés individuelles.

Quelques années plus tard, en 1959, en raison de la volonté du gouvernement québécois d'enrayer cette fois-ci le prosélytisme des Témoins de Jéhovah, la Cour suprême dut se prononcer sur les actions du premier ministre du Québec. Ce dernier avait ordonné l'annulation du permis d'alcool d'un restaurateur qui payait les cautions des témoins de Jéhovah arrêtés, ce qui leur permettait de reprendre leurs activités. Même s'il s'agit d'un cas de droit administratif, la décision avait un impact important sur la liberté de religion et d'expression des membres de la communauté religieuse. La Cour suprême a alors employé un principe issu de la tradition constitutionnelle britannique, la primauté du droit (*rule of law*), pour annuler la décision du premier ministre⁷.

Si on peut dire que la liberté d'expression a pu être protégée avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*⁸, elle l'a été sur des fondements très précaires, par des évocations à des principes démocratiques ou au rattachement à la tradition britannique, ce qui en limitait l'application⁹. Le juge Dickson souligne d'ailleurs dans l'arrêt *Keegstra* qu'en « l'absence de protection explicite dans une constitution écrite, [...] la liberté d'expression n'a pas toujours fait l'objet d'une considération poussée dans les affaires antérieures à la Charte¹⁰ ».

Parmi les nombreuses proclamations générales qui accompagnent d'ordinaire son application, on retiendra celle de la majorité dans l'arrêt *Irwin Toy* de la Cour suprême du Canada :

La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la Charte québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est, selon les Chartes canadienne et québécoise, "fondamentale" parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu¹¹.

On peut difficilement être en désaccord avec cette affirmation. En pratique, la liberté d'expression doit cependant parfois céder devant l'action réglementaire des gouvernements provinciaux ou fédéral. Elle n'est donc pas absolue d'autant qu'elle épouse les valeurs que se donnent une société, valeurs changeantes, plurielles et souvent difficiles à saisir dans l'abstrait.

⁷ *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

⁸ *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 [*SDGMR*] : « 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 institutions 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 » au para 12.

⁹ On cite fréquemment les arrêts de la Cour suprême *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100 et *Switzman*, *supra* note 5.

¹⁰ *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 [*Keegstra*].

¹¹ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 [*Irwin Toy*] ; Lire également les propos du juge Cory dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 : « Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. » à la p. 1336, repris dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731 [*Zundel*].

La liberté d'expression est le lieu où l'individualisme philosophique rencontre la liberté politique du citoyen : droit humain, elle est essentielle à la condition politique de l'individu. La liberté d'expression s'inscrit naturellement dans le prolongement de la liberté de pensée et de croyance puisqu'elle protège les discours qui en constituent le véhicule. Son domaine est vaste et couvre la liberté de réunion ou d'association et la liberté de la presse. On la dit fondamentale¹², car l'assise des sociétés modernes présuppose la multiplicité des intérêts qui doivent, dans tous les aspects de la vie civile, pouvoir être exprimés ; ne serait-ce que, dans son expression politique la plus essentielle, à travers le droit de vote. L'aménagement des différences qui est la mission assignée au droit présuppose en effet qu'elles puissent être exprimées. La trame narrative de l'œuvre de l'auteure canadienne Margaret Atwood, *La servante écarlate*¹³, décrit avec un réalisme confondant une société dans laquelle la liberté d'expression est supprimée et nous rappelle que la réalité historique des régimes totalitaires a souvent dépassé la fiction.

L'ordre, qui est la fonction du droit, présuppose une certaine tolérance¹⁴ au *désordre* (*ce sont les libertés*), dans les mots et attitudes plutôt que dans les actes, qui se présentent alors essentiellement sous les formes variées de l'expression des gammes d'opinions. L'ambition de la démocratie libérale est d'aménager les individualités tout en rendant possible le gouvernement de la société civile¹⁵. La notion est à ce point *souche* – vitale, dira la Cour suprême¹⁶, qu'elle irradie autant le droit public, droit qui s'intéresse aux rapports entre individus et gouvernements, que le droit privé. Les principes que les tribunaux canadiens en dégagent, les *valeurs* de la *Charte canadienne*, enrichissent de nombreuses disciplines du droit privé. D'autre part, si effectivement la *Charte canadienne* est limitée dans son application aux relations entre individus et gouvernement, de nombreux textes complémentaires permettent d'en garantir l'existence quant aux relations entre privés.

Dans un pays bijuridique tel que le Canada¹⁷, le régime de la liberté d'expression permet de mettre en perspective les traditions de *common law* et de droit civil. La liberté ou les *libertés*

¹² Dans *Irwin Toy*, *supra* note 11 : Pour la Cour suprême, reprenant pour elle les propos du juge Cardozo, la liberté d'expression est : « la matrice, l'élément essentiel de presque toute autre forme de liberté » citant *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), à la p. 327.

¹³ 1984 de George Orwell qui dénonce également les gouvernements totalitaires, fête également ses 70 ans. On citera encore un autre grand classique : *Fahrenheit 451* de Ray Bradbury.

¹⁴ Notion qui a été utilisée pour évaluer ce que la société canadienne serait prête à accepter au regard du matériel obscène pour juger de la validité d'une loi interdisant la distribution du matériel pornographique renfermant de la cruauté notamment dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 4 [*Butler*].

¹⁵ On renverra aux bons mots de Portalis : « La vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun. [...] Il faut donc des lois pour diriger les actions relatives à l'usage des biens, comme il en est pour diriger celles qui sont relatives à l'usage des facultés personnelles. On doit être libre avec les lois, et jamais contre elles », Jean-Étienne-Marie Portalis, « Exposé de motifs » dans Jean Guillaume de Loqué, dir., *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 8, (Paris : Treuttel et Würtz, 1827) 142, à la p. 152.

¹⁶ *Keegstra*, *supra* note 10 : « Que la liberté de s'exprimer ouvertement et sans restriction revête une importance vitale dans une société libre et démocratique, les tribunaux canadiens l'ont reconnu avant l'adoption de la Charte » ; Voir également *Irwin Toy*, *supra* note 11 : « Cette protection est, selon la Charte canadienne et québécoise, "fondamentale" parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu. Pour le juge Cardozo de la Cour suprême des États-Unis, la liberté d'expression était [TRADUCTION] "la matrice, l'élément essentiel de presque toute autre forme de liberté" (*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) à la p. 327) ; pour le juge Rand de la Cour suprême du Canada, elle était [TRADUCTION] "tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu" (*Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306 ».

¹⁷ Le Québec est la seule province de droit civil ; les autres provinces sont de tradition de *common law* : dès lors, au Québec, du fait du fédéralisme et dans les compétences qui sont accordées aux provinces par la Constitution, droit civil et *common law* forme un métissage de cultures juridiques. L'honorable juge Michel

sont en général associées au libéralisme politique¹⁸, philosophie dominante dans les pays de tradition britannique. Dans la pensée civiliste, en revanche, c'est la notion de droit et à partir du rapport droit/loi (individu/État) que s'est développée la pensée politique. La liberté d'expression exprime déjà une certaine idée de l'organisation des pouvoirs entre gouvernants et gouvernés. Le droit établit une sphère d'autonomie (droit subjectif) et c'est à l'État qu'il revient de la déterminer (droit positif). En dehors d'une liberté dans le droit (être libre c'est exercer ses droits), la liberté d'expression est un principe d'action générale à valeur plus philosophique que pratique. En *common law*, la notion de liberté est première ; elle est la position de défaut et imposerait à l'État une obligation de ne pas faire¹⁹. La liberté serait une valeur matricielle, métaphysique et préexisterait à l'association civile. Il appartient alors aux tribunaux d'en définir les contours dans la réalité des conflits particuliers. Elle limite l'action législative (ce qui justifie l'emploi du terme réducteur de « statutory right » ou droit statutaire pour faire valoir la portée spéciale des lois : l'État intervient minimalement lorsque cela est nécessaire et légitime) et permet un contrôle *ex post* des tribunaux judiciaires : il n'y aurait que des libertés jusqu'à la création d'un *tort* ou l'édiction d'une loi nécessaire. En bref, la notion de liberté est un principe actif de la construction du droit dans les systèmes de *common law* et évite de recourir, à la différence des pays civilistes, à des principes généraux régulateurs tels que l'ordre public ou l'abus de droit qui internalisent la liberté.

L'assise libérale de la liberté d'expression en droit canadien a été souvent relevée. Cette position originelle est désormais critiquée²⁰, mais il est utile d'en présenter le contenu et les présupposés. À titre liminaire, on rappellera l'influence considérable des théories utilitaristes sur la *common law*. L'influence est particulièrement marquée au regard de la liberté d'expression puisque la justification et fonction première de celle-ci seraient la recherche de la vérité en créant un marché d'idées. L'une des « vénérables » justifications de la liberté d'expression, écrira la Cour suprême dans *Keegstra*, « dit qu'elle est un préalable essentiel de la recherche de la vérité. Ce modèle, comme celui basé sur le processus politique, part d'un point de vue instrumentaliste. La liberté d'expression est perçue comme un moyen de favoriser un « marché des idées » où des idées rivales se disputent la suprématie afin de faire surgir la vérité »²¹. La Cour, dans ce même arrêt, poussera l'analogie avec les idéaux libre-échangistes en faisant référence au marché non réglementé²². Que cet objectif de vérité par la rencontre des idées librement exprimées soit également au cœur de la conception de

Bastarache définit le bijuridisme comme « la coexistence des traditions de la common law anglaise et du droit civil français, dans un pays possédant un système fédéral », Michel Bastarache, « Le bijuridisme au Canada », *Ministère de la Justice* (4 février 2000), en ligne : www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/hlf-hfl/f1-b1/bf1g.html.

¹⁸ Voir l'excellent texte de Stéphane Bernatchez, « La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal » (2012) 53:4 *Les Cahiers de Droit* 687.

¹⁹ Jean-François Gaudreault-Desbiens, *La liberté d'expression entre l'art et le droit* (Québec : Presses de l'Université Laval, 1996).

²⁰ Gaudreault-Desbiens pointera d'ailleurs l'insuffisance des références aux théories libérales pour justifier la liberté d'expression, l'expression « marché des idées » entretenant la confusion entre libéralisme économique et libéralisme politique. Voir Jean-François Gaudreault-Desbiens, « Du droit et des talismans : mythologies, métaphores et liberté d'expression » (1998) 39 *Les Cahiers de Droit* 717, à la p. 742.

²¹ *Keegstra*, *supra* note 10 : Dans le même paragraphe, la Cour attribue au juge Holmes la formulation de cette idée, citant sa dissidence dans la décision américaine *Abrams c. United States*, 250 U.S. 616 (1919). Holmes avait tenu une position bien moins favorable à la liberté d'expression dans des décisions antérieures ; Waldron explique ce changement par la consolidation progressive et irrémédiable de l'État fédéral. Fragile à ses débuts, il fallait faire prévaloir l'ordre, Voir Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech* (London : Harvard University Press London, 2012).

²² *Ibid.*

common law du droit de la preuve et de la procédure témoigne encore de la force de l'idéal libéral. Nous l'avons déjà indiqué, elle est garantie, par des moyens autres que le recours au droit constitutionnel, dans les domaines relevant du droit privé. Par exemple, le droit canadien connaît la doctrine de l'immunité absolue pour les déclarations tenues ou écrites dans le cours des procédures judiciaires :

Absolute privilege exists not to protect persons who have made malicious statements, but to protect those involved in the justice system from the necessity of having to weigh their words for fear of an action in defamation. It is designed to encourage freedom of speech and communication in judicial proceedings, and its need is borne out, at least in part, by necessity²³.

Cette incursion de la liberté d'expression dans le contexte judiciaire montre l'insistance de la *common law* à favoriser la contradiction (*adversarial system*), mais aussi sa confiance, jugée excessive par certains²⁴, dans le fonctionnement du marché des idées afin de discerner la vérité. À cet égard, nous relevons également que la liberté d'expression justifie l'ajustement des mécanismes du droit civil de la diffamation, à l'ère de l'internet, pour éviter de sanctionner la personne qui crée un lien hypertexte vers le contenu en cause :

En bref, l'Internet ne peut donner accès à l'information sans les hyperliens. Or, limiter l'utilité de ces derniers en les assujettissant à la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion aurait pour effet de gravement restreindre la circulation de l'information et, partant, la liberté d'expression. L'« effet paralysant » que cela serait susceptible d'avoir sur le fonctionnement de l'Internet pourrait être lourd de conséquences désastreuses [...] ²⁵.

La référence au marché des idées implique le retrait de l'État qui doit se garder de tout dirigisme ou d'imposer sa vision du bien. La reconnaissance de la liberté d'expression renvoie donc à l'idée d'un État neutre. Cette lecture proprement libérale ou néo-libérale viserait à favoriser une coordination naturelle des intérêts privés tout en protégeant les individus, dans les cas où un préjudice serait établi ou au moins raisonnablement présumé, contre les excès des pouvoirs publics. Selon Bernatchez :

[L]a métaphore du marché libre des idées repose elle-même sur le postulat que l'État libéral doit demeurer neutre à l'égard des conceptions du bien. En ce sens, tout choix entre ces conceptions doit être rejeté, ce qui exclut a priori la possibilité de limiter la liberté d'expression puisque toutes les opinions doivent être mises en avant sur ce marché libre des idées²⁶.

Cette neutralité, que l'on considère le législateur ou le pouvoir judiciaire, n'est souvent qu'illusoire. Il est difficile, dans la détermination concrète des atteintes à la liberté d'expression, de se soustraire à un jugement de valeur sur le contenu des discours. Les juges

²³ *M. (M.J.) c. M. (D.J.)*, 2000 SKCA 53 (CanLII), <http://canlii.ca/t/11718>.

²⁴ Voir Luc Tremblay, « Le Canada de la Charte : une démocratie libérale neutre ou perfectionniste ? » (1995) 40 R.D. McGill 487, à la p. 493 : « Le principe de la neutralité de l'action gouvernementale exprime l'idée négative qu'une institution gouvernementale ne peut pas restreindre un droit ou une liberté garantie uniquement pour des motifs qui cherchent promouvoir ou favoriser une conception particulière du bien ». L'auteur distingue la neutralité gouvernementale de la neutralité constitutionnelle qui pose « la question de savoir si, pour la Cour suprême du Canada, la justification des principes qui soutiennent les droits fondamentaux garantis et celle des principes qui permettent d'évaluer si les limites apportées à ces mêmes droits sont légitimes reposent sur des valeurs neutres entre les différentes conceptions particulières du bien ».

²⁵ *Crookes c. Newton*, [2011] 3 R.C.S. 269, au para 36 [*Crookes*].

²⁶ Bernatchez, *supra* note 18, à la p. 695.

ne peuvent véritablement faire abstraction du contenu de l'expression, de son contexte, voire du niveau d'acceptabilité de la solution envisagée par la société civile et du risque pour la cohésion sociale. L'alinéa 2b) de la *Charte canadienne* doit d'ailleurs être lu avec l'article premier qui autorise les gouvernements, sous certaines conditions, à limiter les droits garantis. L'article premier prévoit d'ailleurs un mécanisme de proportionnalité qui invite le juge à tenir compte du contexte particulier, des objectifs et des effets de l'action gouvernementale et, ce faisant, à s'interroger sur la nature du discours pour lequel la protection de la *Charte canadienne* est demandée. Il serait naïf de croire que l'État puisse demeurer neutre et agir sans imprimer dans ses lois ou ses actions une certaine vision de la moralité publique qui correspondrait plus ou moins aux valeurs du moment. Cette approximation de la norme acceptable est d'ailleurs problématique. Elle risque de correspondre à celle du groupe dominant : il se peut donc que la liberté d'expression des uns brime celle d'une minorité ou d'un groupe vulnérable.

La liberté d'expression est en réalité à la fois un principe émancipatif et interventionniste : dès lors que le discours ne peut plus être justifié en fonction de l'article premier de la *Charte canadienne*, l'intervention de l'État pourra être justifiée. On découvre alors, inhérente à la liberté, un droit des victimes à être protégées contre la parole préjudiciable des autres. Le régime de la liberté d'expression relève de plus en plus d'une casuistique complexe montrant une gradation dans la mesure de la garantie constitutionnelle. Même si le droit canadien procède par une approche globale, au moins dans son volet constitutionnel, apparaissent, au gré des décisions et peut-être de façon impressionniste, des contrastes variés qui tendent à faire émerger un droit disciplinaire de la liberté d'expression selon les formes de discours et leur contenu. On voit poindre un droit de la liberté d'expression dans le domaine artistique, dans le domaine de la presse, dans le domaine de la publicité, dans le domaine du droit criminel et de la propagande haineuse, etc.

Enfin, dernier vérin des forces traditionnelles qui la portent, la liberté d'expression est associée – comme d'ailleurs les autres libertés – à l'individualisme libéral. Elle n'est pas seulement essentielle à l'activité politique du citoyen. Elle est, plus proche de lui, une condition de son épanouissement personnel²⁷. Dans cette perspective, l'objectif d'assurer les meilleures conditions de réalisation personnelle impose une certaine idée du bien, faisant voir par là même l'insuffisance des théories libérales. De manière générale, l'ouverture au pluralisme juridique sort la rhétorique politique de son modèle libéral et figé du contrat social – la liberté d'expression serait ici protégée qu'en autant qu'elle soit nécessaire pour le projet politique – pour la replacer dans une perspective holistique, une protection de la liberté d'expression *en elle-même* et *pour elle-même*, sans mode unique de justification, c'est-à-dire non-instrumentaliste. Le retour de l'éthique juridique mobilise alors un discours qui s'affranchit d'une vue fonctionnaliste : l'expression sera protégée ou non en fonction des valeurs morales plurielles à découvrir au regard des circonstances et pour lesquelles l'adhésion est une condition à la société moderne. Mais surtout elle sera relative et devra permettre la cohésion sociale ; l'inclusivité et la dignité humaine seront alors ses vecteurs de lecture²⁸.

²⁷ Voir Tremblay, *supra* note 24 : citant MacCormick pour qui la liberté est « une condition du respect de soi et de la satisfaction que procure la capacité de réaliser sa propre conception d'une vie bien remplie, qui vaille la peine d'être vécue » à la p. 496.

²⁸ Waldron, *supra* note 21.

II. Législation au Canada

Cette section répertorie la législation en matière de protection de la liberté d'expression. Le portrait du droit positif serait cependant incomplet si l'on ignorait l'importance des sources prétoriennes qui la protégeaient initialement. En réalité, jusqu'à l'adoption de la *Charte canadienne*, ce sont principalement les tribunaux qui ont reconnu la liberté d'expression sur des bases plus ou moins définies, en ayant recours à l'évocation de principes de justice (*Bill of Rights*) et à une tradition constitutionnelle non écrite²⁹.

II.1. Le droit international à la liberté d'expression : instruments internationaux contraignants

Le Canada est signataire de nombreuses conventions protégeant la liberté d'expression. Les instruments d'application internationale ayant un effet contraignant sur le Canada et contenant des dispositions similaires à l'article 2b) de la *Charte canadienne* sont essentiellement des conventions des Nations Unies ratifiées par le Canada. Parmi celles-ci, se trouvent le *Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP)* ratifié en 1976 qui protège en son article 19 les individus contre les ingérences de l'État³⁰ :

1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.
2. Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

La *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*³¹ ratifiée en 1970 prévoit aussi en son sous-article 5d)(viii) :

Conformément aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2 de la présente Convention, les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toute ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants :

- d) Autres droits civils, notamment :
 - viii) Droit à la liberté d'opinion et d'expression

De plus, le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant*³² en 1991 et la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*³³ en 2010, qui assurent la pleine jouissance des droits et libertés fondamentaux de ces catégories spécifiques d'individus aux articles 13 et 21 respectivement :

L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute

²⁹ *Keegstra, supra* note 10 : La décision comprend notamment une partie intitulée « Le recours à la jurisprudence constitutionnelle américaine ».

³⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (23 mars 1976) à l'art. 19 [PIDCP].

³¹ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, (4 janvier 1969), à l'art. 5d)viii).

³² *Convention relative aux droits de l'enfant* (2 septembre 1990), à l'art. 13.

³³ *Convention relative aux droits des personnes handicapées* (13 décembre 2006, signée le 12 avril 2018) à l'art. 21.

espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant.

Les États Parties prennent toutes mesures appropriées pour que les personnes handicapées puissent exercer le droit à la liberté d'expression et d'opinion, y compris la liberté de demander, recevoir et communiquer des informations et des idées, sur la base de l'égalité avec les autres et en recourant à tous moyens de communication de leur choix au sens de l'article 2 de la présente Convention. À cette fin, les États Parties :

- a. Communiquent les informations destinées au grand public aux personnes handicapées, sans tarder et sans frais supplémentaires pour celles-ci, sous des formes accessibles et au moyen de technologies adaptées aux différents types de handicap ;
- b. Acceptent et facilitent le recours par les personnes handicapées, pour leurs démarches officielles, à la langue des signes, au braille, à la communication améliorée et alternative et à tous les autres moyens, modes et formes accessibles de communication de leur choix ;
- c. Demandent instamment aux organismes privés qui mettent des services à la disposition du public, y compris par le biais de l'internet, de fournir des informations et des services sous des formes accessibles aux personnes handicapées et que celles-ci puissent utiliser ;
- d. Encouragent les médias, y compris ceux qui communiquent leurs informations par l'internet, à rendre leurs services accessibles aux personnes handicapées ;
- e. Reconnaissent et favorisent l'utilisation des langues des signes.

Devenue obsolète, la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*³⁴ de 1948 liait également le Canada à des obligations de protection de la liberté d'expression :

Toute personne a droit à la liberté d'investigation, d'opinion, d'expression et de diffusion de la pensée par n'importe quel moyen.

Certains instruments internationaux n'ont pas d'effet contraignant immédiat sur le Canada, bien qu'ils contiennent des dispositions similaires, tels que la *Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH)*³⁵ de 1948 en son article 19 :

Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.

La *Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales*³⁶ en son article 10 :

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans

³⁴ *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* (avril 1948) à l'art. IV.

³⁵ *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* (10 décembre 1948) à l'art. 19 [DUDH].

³⁶ *Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales* (3 septembre 1953) Rome, 4.XI.1950, à l'art. 10.

considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

La *Convention américaine sur les droits de l'Homme* de 1969³⁷ en son article 13 qui rendit obsolète, à toutes fins pratiques, la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* :

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée et d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, que ce soit oralement ou par écrit, sous une forme imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

2. L'exercice du droit prévu au paragraphe précédent ne peut être soumis à aucune censure préalable, mais il comporte des responsabilités ultérieures qui, expressément fixées par la loi, sont nécessaires :

- a. Au respect des droits ou à la réputation d'autrui ; ou
- b. À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, ou de la santé ou de la morale publiques.

3. La liberté d'expression ne peut être restreinte par des voies ou des moyens indirects, notamment par les monopoles d'État ou privés sur le papier journal, les fréquences radioélectriques, les outils ou le matériel de diffusion, ou par toute autre mesure visant à entraver la communication et la circulation des idées et des opinions.

4. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 2 ci-dessus, les spectacles publics peuvent être soumis par la loi à la censure, uniquement pour en réglementer l'accès en raison de la protection morale des enfants et des adolescents.

5. Sont interdits par la loi toute propagande en faveur de la guerre, tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse, qui constituent des incitations à la violence, ainsi que toute autre action illégale analogue contre toute personne ou tout groupe de personnes déterminées, fondée sur des considérations de race, de couleur, de religion, de langue ou d'origine nationale, ou sur tous autres motifs.

La Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de 2005 a été acceptée par le Canada – mais non ratifiée – la même année en 2005 et fait de la liberté d'expression un principe directeur :

1. Principe du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales

³⁷ *Convention américaine sur les droits de l'Homme* (novembre 1969) à l'art. 13.

La diversité culturelle ne peut être protégée et promue que si les droits de l'homme et les libertés fondamentales telles que la liberté d'expression, d'information et de communication, ainsi que la possibilité pour les individus de choisir les expressions culturelles, sont garantis. Nul ne peut invoquer les dispositions de la présente Convention pour porter atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales tels que consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme ou garantis par le droit international, ou pour en limiter la portée.

Enfin, bien que le Canada ait initialement voté contre son adoption, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*³⁸ a finalement été signée en 2016³⁹. Celle-ci prévoit la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans l'application des normes au peuple autochtone. Étant donnée leur situation particulière, elle protège notamment leur liberté d'expression culturelle en son article 31.1 :

1. Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles.

Cette déclaration trouve une place particulière au Canada qui s'engage à établir une relation renouvelée avec les peuples autochtones et à reconnaître leurs droits. Là encore, elle ne représente cependant qu'un engagement politique et n'est pas exécutoire.

II.2. Le droit constitutionnel à la liberté d'expression : la Charte canadienne

Antérieurement à l'adoption de la *Charte canadienne* en 1982, la *Déclaration canadienne des Droits*⁴⁰ fut en 1960 la première loi fédérale protégeant les droits et libertés fondamentaux. Elle prévoyait des droits au statut quasi constitutionnel (non enchâssé dans la Constitution) accordés à d'autres lois fédérales. En son article 1d) et f), elle reconnaissait l'existence de la liberté de parole et de presse, sans pour autant contenir de disposition spécifique à la liberté d'expression. Cette loi est néanmoins devenue inefficace dès l'adoption de la *Charte canadienne* en 1982².

La *Charte canadienne* est un élément essentiel de la démocratie canadienne puisqu'elle s'inscrit dans la démarche du pays de rapatrier sa Constitution et d'affirmer ainsi son autonomie par rapport à l'ancienne métropole. Le rapatriement de la constitution le 17 avril

³⁸ *Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones* (13 septembre 2007), 61/295, en ligne : documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/08/PDF/N0651208.pdf?OpenElement.

³⁹ Gouvernement Canada, « Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones » (12 novembre 2010), en ligne : www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142.

⁴⁰ *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44.

1982 a ajouté à la constitution canadienne la *Loi constitutionnelle de 1982*, laquelle comprend à sa partie I la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La *Charte canadienne* consacre la liberté d'expression à l'article 2.b) comme suit : « Chacun a les libertés fondamentales suivantes : liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication⁴¹ ».

Il faut préciser que la *Charte canadienne* ne s'applique, comme le prévoit l'article 32 de la Charte tel qu'interprété par les tribunaux, qu'aux actions gouvernementales, au sens large. Cela signifie qu'elle vise uniquement le rapport public-privé, c'est-à-dire entre individus et gouvernement ou ses instances représentatives, mais qu'elle ne s'applique pas directement aux actions des parties privées. Initialement, les tribunaux ont refusé son application entre particuliers aux motifs qu'elle n'est « pas porteuse d'obligations incombant aux personnes de droit privé, il faut éviter que cela ne soit finalement le cas par le truchement de son application systématique aux tribunaux, qui ont notamment pour fonction de trancher les litiges entre de telles personnes »⁴². Les litiges privés seront toutefois assujettis aux lois provinciales sur les droits de la personnes (parfois appelées *Codes*), telle que la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*⁴³. Les questions de l'application de la Charte aux litiges privés en *Common Law* et plus largement de son influence en droit privé restent encore des sujets débattus. La Cour suprême avait, il est vrai, précisé que les litiges n'ayant aucun lien avec le gouvernement doivent être, en principe, exclu de l'application de la *Charte canadienne*⁴⁴. Cette conclusion qui valait certainement dans les premières années d'application de la *Charte canadienne* est toutefois de plus en plus remise en cause au gré de l'influence de plus en plus marquée des droits fondamentaux sur le droit canadien en général.

Lorsqu'un demandeur invoque une violation de sa liberté d'expression, l'article 2b) de la Charte canadienne s'analyse en deux temps. Il convient tout d'abord de déterminer si l'activité en question est protégée par la garantie constitutionnelle. Si elle ne l'est pas, elle peut néanmoins être couverte si l'objet ou l'effet d'une action gouvernementale restreint une activité expressive donnée qui appuie les principes et les valeurs de la liberté d'expression⁴⁵. Il convient alors de déterminer quand il y a « activité expressive ». La notion n'étant pas définie par la *Charte canadienne*, la Cour suprême a précisé qu'elle vise toute activité expressive qui véhicule un message : il suffit qu'elle « transmet[te] ou tente de transmettre une signification par une forme d'expression non violente »⁴⁶. La violence est la première limite interne de la liberté d'expression.

Malgré la généralité de la formule et l'étendue de son application, l'article 2b) trouve une autre limite dans l'article premier qui s'applique à l'ensemble des droits et libertés fondamentales. Celui-ci prévoit que la *Charte canadienne* « garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

⁴¹ *Charte canadienne, supra* note 1, art. 2b).

⁴² Maxime St-Hilaire, « Du non-droit de l'application de la Charte Canadienne des Droits et Libertés » (2015) 45 R.D.U.S. 57, à la p. 197.

⁴³ *Charte québécoise, supra* note 2.

⁴⁴ *SDGMR, supra* note 8 : les motifs majoritaires du juge McIntyre allaient initialement poser le principe suivant : « C'est ainsi que la Charte s'applique à la common law tant dans les litiges publics que dans les litiges privés. Cependant, elle ne s'applique à la common law que dans la mesure où la common law constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis » au para 34.

⁴⁵ *Irwin Toy, supra* note 11.

⁴⁶ *Keegstra, supra* note 10.

Ainsi, l'article 2b) sera lu et interprété à la lumière de l'article premier. Concrètement, la Cour détermine tout d'abord s'il y a eu atteinte à un droit particulier (la charge de la preuve pesant sur le demandeur), puis, le cas échéant, si cette atteinte est justifiée par l'article premier (la charge de la preuve pesant sur le défendeur). Au niveau de la justification, c'est-à-dire de l'application de l'article premier, la Cour a ainsi mis en place un test en deux volets, connu sous le nom du test « Oakes »⁴⁷ lequel vise à déterminer si la restriction est raisonnable et si sa justification peut se démontrer « dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁴⁸. Selon le premier volet, le gouvernement doit établir d'abord que l'objectif de la restriction doit être suffisamment important, se rapporter « à des préoccupations sociales, urgentes et réelles dans une société libre et démocratique »⁴⁹ et, ensuite, que les moyens sont proportionnés aux fins recherchées. Le second volet se subdivise en trois étapes. Premièrement, le défendeur devra prouver qu'il existe un *lien rationnel* entre les moyens choisis et l'objet de la loi. C'est-à-dire que les moyens sont « équitables et non arbitraires, [...] soigneusement conçu[s] pour atteindre l'objectif en question et avoir un lien rationnel avec cet objectif »⁵⁰. Deuxièmement, qu'il doit porter le moins possible atteinte au droit. Il s'agit du critère de l'*atteinte minimale*. Enfin, troisièmement, il existe une pondération finale : les moyens et les effets de la mesure restrictive pour atteindre l'objectif poursuivi doivent être *proportionnels* à l'importance de cet objectif⁵¹. Une mesure gouvernementale peut, en fin d'analyse, être trop onéreuse en raison de ses conséquences négatives sur la société même si la Cour a jugé qu'elle constituait une atteinte minimale au regard de l'objectif légitime poursuivi. Nous verrons plus loin en détail les conditions dans lesquelles une action législative enfreignant la liberté d'expression peut toutefois être jugée valide au regard du droit constitutionnel.

II.3. Les sources complémentaires : le droit provincial à la liberté d'expression

La liberté d'expression fait l'objet d'une protection au sein des provinces, en application de lois spécifiques, d'ailleurs souvent présentées comme des *codes*. Cette protection offre une couverture plus large que la *Charte canadienne*, car elle s'étend souvent à des situations non couvertes par cette dernière et vise spécifiquement les rapports privés, tels que les secteurs de l'emploi, des entreprises, des services, du logement, etc.

Toutes les provinces ont adopté un *Human Right Act* ou *Code*⁵² ainsi qu'une Commission ou un tribunal⁵³ pour en assurer l'application. Néanmoins, ces codes ne contiennent généralement pas de clause spécifique à la liberté d'expression ; ce sont majoritairement des

⁴⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 [*Oakes*].

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Voir la présentation sommaire de ces conditions, conditions inscrites à l'article 1 de la Charte canadienne : Ministère de la Justice du Canada, « Article 1 – Limites raisonnables », en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/check/art1.html>.

⁵² *British Columbia Human Rights Code* [RSBC 1996] c. 210 ; *Manitoba Human Rights Code*, [C.C.S.M. 1987] c. H175 ; *New Brunswick Human Rights Act*, [2011] c.171 ; *Newfoundland and Labrador Human Rights Act*, [SNL 2010] C. H-13.1 ; *Nova Scotia Human Rights Act*, [R.S. 1989] c. 214 ; *Ontario Human Rights Code*, [R.S.O. 1990], c. H.19 ; *Prince Edward Island Human Rights Act*, [2016], Ch. H-12 ; *Charte québécoise*, *supra* note 2 ; *Saskatchewan Human Rights Code* [2018], c. S-24.2 ; *Northwest Territories Human Rights Act*, [L.T.N.-O. 2002], c. 18 ; *Nunavut Human Rights Act* [S.Nu. 2003], c.12 ; *Yukon Human Rights Act*, [LRY 2002], c. 116.

⁵³ Commission canadienne des droits de la personne, « Organismes des droits de la personne provinciaux et territoriaux », en ligne : www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/provincial-territorial-human-rights-agencies.

textes de lutte contre la discrimination qui intègrent la notion de liberté d'expression sexuelle dans les publications, les services, l'emploi, la propriété, etc.⁵⁴.

Le Québec se distingue ici des autres provinces. Elle est la seule à avoir élaboré une *Charte des droits et libertés de la personne* qui n'est pas seulement une loi anti-discrimination. La Charte dispose en son article 3, que :

Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

Inspirée par la *Déclaration universelle des droits de l'homme (1948)* et du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966)*, la Charte québécoise se démarque également dans le continent nord-américain, car elle prévoit certains droits économiques et sociaux, dont le droit à l'information et le droit des minorités ethniques de maintenir et de faire progresser leur vie culturelle (Chapitre IV de la Charte québécoise) en plus des droits fondamentaux. Bien que la *Charte canadienne* ait préséance sur la *Charte québécoise*, cette dernière a un statut quasi constitutionnel en ce qu'elle prévaut elle-même sur les lois, les règlements provinciaux et les dispositions d'une convention collective⁵⁵. Elle s'applique dans les rapports public-privés et entre citoyens⁵⁶. Le *Code civil du Québec*⁵⁷ y fait expressément référence dans sa disposition préliminaire ("régit en harmonie..."). Elle institue une *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* pour sa promotion et son application. De plus, le *Tribunal des droits de la personne* garantit son respect.

Le Québec apparaît comme un fervent défenseur de la liberté d'expression dans les débats publics, en témoigne la modification de son *Code de procédure civile* dans le but de prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et empêcher les poursuites-bâillons⁵⁸. L'article 51 du *Code de procédure civile* mentionne spécifiquement la liberté d'expression :

Les tribunaux peuvent à tout moment, sur demande et même d'office, déclarer qu'une demande en justice ou un autre acte de procédure est abusif.

⁵⁴ A l'exception du Manitoba, qui ne mentionne pas la protection de l'expression sexuelle, mais restreint toute discrimination envers des stéréotypes, voir *Manitoba Human Rights Code*, *supra* note 52 : « restrict unreasonable discrimination against individuals, including discrimination based on stereotypes or generalizations about groups with whom they are or are thought to be associated, and to ensure that reasonable accommodation is made for those with special needs » (preamble, reconnaissance (b)).

⁵⁵ *Hôpital général de Montréal c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, aux paras 27-28.

⁵⁶ Voir par exemple *Duhaime c. Mulcair*, [2005] R.J.Q. 1134 ; *Guignard c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, [1998] R.L. 672.

⁵⁷ *Code civil du Québec*, R.L.R.Q. c. CCQ-1991.

⁵⁸ *Code de procédure civile*, R.L.R.Q. c. C-25.01, art. 51 et s. ; Voir le rapport *MacDonald*. Pierre Noreau, Roderick A. MacDonald et Daniel Jutras, « Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP) » (Montréal, Ministère de la justice du Québec, 2007), en ligne : https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/rapport_s/systeme-judiciaire/slapp.pdf. Pour des exemples récents de la mise en application de l'article 51 du *Code de procédure* : *Bellemarre c. Robitaille*, 2019 QCCQ 1046 : « D'un côté, il est indéniable que dans l'ère où nous vivons il y a un souci de plus en plus prononcé de s'assurer que les ressources du système judiciaire sont utilisées à des fins légitimes et non pas hypothéquées par des recours frivoles, vexatoires, malveillants ou encore qui n'ont pas de chance réelle de succès. Il s'agit donc de maintenir un équilibre entre ceci et le droit légitime d'une personne de s'adresser aux tribunaux pour trancher un litige. » au para 22 ; *Melançon c. Khadir*, 2017 QCCS 2108 ; *Bérubé c. Lafarge Canada inc.*, 2016 QCCA 874.

L'abus peut résulter, sans égard à l'intention, d'une demande en justice ou d'un autre acte de procédure manifestement mal fondé, frivole ou dilatoire, ou d'un comportement vexatoire ou quérulent. Il peut aussi résulter de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui ou encore du détournement des fins de la justice, entre autres si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics.

Tout comme le Québec, la Saskatchewan a introduit un article spécial dans son *Human Rights Code* qui consacre la liberté d'expression⁵⁹. Les autres provinces, dans les lois sur la protection de la personne, traitent plutôt de discrimination.

II.4. La liberté d'expression à travers ses limites

La liberté d'expression trouve une seconde limite dans l'encadrement législatif. Elle résulte généralement du droit des victimes à être protégée contre d'autres expressions. En effet, le plus souvent la liberté se révèle lorsqu'elle est enfreinte ; elle est découverte selon un principe interventionniste, lorsqu'il y a une allégation d'infraction.

La liberté d'expression peut être restreinte par des lois, si celles-ci sont justifiées par un objectif réel⁶⁰ et que le principe de proportionnalité prévu à l'article premier de la *Charte canadienne* est respecté. Lorsqu'une interdiction ou restriction est créée par une loi, la *Charte canadienne* s'appliquera de telle sorte que la loi ou la disposition en question sera susceptible de porter atteinte à l'article 2b)⁶¹. Les tribunaux interpréteront un texte législatif ou réglementaire, ou toute action gouvernementale, pour mieux protéger la liberté d'expression et limiter la portée de dispositions qui pourraient être interprétées trop largement⁶².

Sur le principe, une loi peut donc restreindre la liberté d'expression dans le temps ou dans un lieu, tant qu'elle ne le fait pas sur le contenu. Nombreux sont les domaines dans lesquels la liberté d'expression se trouve limitée par un texte législatif adopté pour servir des objectifs de protection sociale, culturelle ou économique. Les régimes les plus stricts et les domaines de droit classiques où l'on retrouve ces restrictions majoritaires sont le droit criminel, la télécommunication et la radiodiffusion, et les interdictions de publications statutaires.

II.4.1. Code Criminel

Les limites à la liberté d'expression sont majoritairement contenues dans le *Code criminel* qui est de juridiction fédérale⁶³. Avec l'orientation que lui donne la jurisprudence⁶⁴, le Parlement fédéral intervient pour criminaliser certains discours. Les provinces ont également un pouvoir de police, plus limité, et peuvent voter des dispositions accompagnées de sanctions pénales qui peuvent limiter la liberté d'expression (on pensera par exemple à la *Charte de la langue française* dont certaines dispositions avaient été déclarées contraires aux garanties de la

⁵⁹ *Saskatchewan Human Rights Code*, supra note 52, art. 5 : « Every person and every class of persons has the right to freedom of expression through all means of communication, including the arts, speech, the press or radio, television or any other broadcasting device ».

⁶⁰ *Butler*, supra note 14.

⁶¹ Voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto : Thomson Reuters, 2017).

⁶² *R. c. Bitz*, 2009 SKPC 138.

⁶³ *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.

⁶⁴ Notamment les arrêts *Butler*, supra note 14 et *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

Charte canadienne et de la *Charte québécoise*⁶⁵). Les provinces ont également compétence pour réguler les atteintes qui relèvent du droit civil⁶⁶, telles que la diffamation.

Les restrictions les plus courantes sur les discours sont des interdictions couplées à une sanction pénale, telles que l'obscénité⁶⁷, la pornographie juvénile⁶⁸ (interdiction de production, impression, publication, possession, distribution, vente, etc.), la propagande haineuse⁶⁹ (punition de l'incitation au génocide, de la communication et incitation publiques à la haine). En revanche, il n'existe pas au Canada de lois mémorielles. Il n'existe donc pas de délit de négationnisme. Dans l'arrêt *Zundel*⁷⁰, la Cour suprême a rappelé que la diffusion d'une brochure révisionniste intitulée « Did Six Million Really Die? », devait être protégée au titre de la liberté d'expression après avoir invalidé la disposition du Code criminel qui rendait coupable quiconque « volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public ». Certains auteurs notent cependant une certaine réserve judiciaire face au *Code criminel*, la Cour préférant désormais ajouter des conditions (définitions et standards) pour ces formes d'expression plutôt que de déclarer les articles du *Code Criminel* inconstitutionnels⁷¹. Selon une certaine jurisprudence, les restrictions à la liberté d'expression peuvent être justifiées s'il est démontré que la disposition pénale en cause ne vise pas à susciter la désapprobation morale mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société⁷².

II.4.2. Télécommunication et radiodiffusion

Les lois sur la télécommunication et la radiodiffusion⁷³, lois fédérales, à travers lesquelles les valeurs et la culture canadiennes sont promues, gouvernent le contenu canadien et sa diffusion⁷⁴. La programmation est encadrée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) lequel peut, par ses décisions et notamment par le retrait d'autorisation de diffusion ou de renouvellement de licence, encadrer, d'une certaine manière, la liberté d'expression⁷⁵.

Dans l'exercice de ses pouvoirs, le CRTC a le mandat de veiller à ce que la liberté d'expression soit respectée. L'article 3 en particulier de la *Loi sur la radiodiffusion*⁷⁶ prévoit que : « L'interprétation et l'application de la présente loi doivent se faire de manière compatible avec la liberté d'expression et l'indépendance, en matière de journalisme, de création et de

⁶⁵ *Ford c. Québec (Procureur Général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

⁶⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.), à l'art. 92(13) [*Loi constitutionnelle de 1867*] : « Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : [...] La propriété et les droits civils dans la province ».

⁶⁷ *Butler*, *supra* note 14 : la Cour a considéré que la définition de l'obscénité était suffisamment claire et servait un objectif social justifié, considéré à l'art. 163 du *Code Criminel*.

⁶⁸ *Code Criminel*, *supra* note 63, art. 163.1.

⁶⁹ *Code Criminel*, *supra* note 63, art. 318 et 319.

⁷⁰ *Zundel*, *supra* note 11.

⁷¹ Sheryl N. Hamilton, *Expressions Law: Communication, Law and Media in Canada* (Ontario : LexisNexis, 2009), à la p. 107.

⁷² *Butler*, *supra* note 14.

⁷³ *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38 ; *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11.

⁷⁴ *Loi sur la radiodiffusion*, *supra* note 73, art. 3(1)(b) et (d).

⁷⁵ Voir par exemple, Anne-Marie Gingras, « La question de la liberté d'expression dans les démêlés judiciaires et les revers administratifs de CHOI-FM » (2007) 40 *Revue canadienne de science politique* 79.

⁷⁶ *Loi sur la radiodiffusion*, *supra* note 73.

programmation, dont jouissent les entreprises de radiodiffusion ». La *Loi sur les télécommunications*⁷⁷ énonce également en son article 41(1) le même principe de précaution :

Le Conseil peut, par ordonnance, interdire ou réglementer, dans la mesure qu'il juge nécessaire — compte tenu de la liberté d'expression — pour prévenir tous inconvénients anormaux, l'utilisation par qui que ce soit des installations de télécommunication de l'entreprise canadienne en vue de la fourniture de télécommunications non sollicitées.

Plusieurs règlements d'application des lois sur la télécommunication comportent des interdictions expresses visant les discours haineux, racistes ou offensants. La *Loi sur la distribution de radiodiffusion* en particulier fait interdiction, en son article 8(1)b), de distribuer un service de programmation qui contient « des propos offensants ou des images offensantes qui, pris dans leur contexte, risquent d'exposer une personne, un groupe ou une classe de personnes à la haine ou au mépris pour des motifs fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge ou une déficience physique ou mentale »⁷⁸. Le Règlement sur la radio contient une disposition similaire interdisant les : « propos offensants qui, pris dans leur contexte, risquent d'exposer une personne ou un groupe ou une classe de personnes à la haine ou au mépris pour des motifs fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge ou la déficience physique ou mentale »⁷⁹. D'autres règlements prescrivent des interdictions semblables⁸⁰.

II.4.3. Censure et interdiction de publication statutaire

La liberté d'expression peut également se voir restreinte par des interdictions de publication spécifiques, par exemple dans le cadre d'un procès criminel⁸¹. La victime mineure est en mesure de demander une telle interdiction qui sera accordée par la Cour et ordonnée aux médias afin qu'ils ne divulguent pas l'identité de la victime. Ces aménagements sont prévus par plusieurs lois, à savoir la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*⁸² et le *Code Criminel*⁸³.

Aussi, les provinces sont compétentes pour réguler la censure des films, selon l'article 92(13) de la *Loi Constitutionnelle*⁸⁴. Au Québec par exemple, bien que la censure ne soit plus d'usage, le *Ministère de la culture et des communications* a le pouvoir d'interdire la projection ou la

⁷⁷ *Loi sur les Télécommunications*, supra note 73.

⁷⁸ *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555, art. 8(1)b).

⁷⁹ *Règlement de 1986 sur la radio*, DORS/86-982.

⁸⁰ Voir Julian Walker, *Discours haineux et liberté d'expression : balises légales au Canada* (Étude générale) Publication NO 2018-25-F (Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2018), en ligne : https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/fr_CA/ResearchPublications/201825E#a4-1.

⁸¹ Les interdictions de publication statutaires ont généralement été mises en place pour protéger les individus vulnérables accusés d'un crime, afin de leur permettre un procès équitable. Le plus souvent, il s'agit des procédures criminelles précédant un procès, les publications impliquant des mineurs dans un procès criminel ou encore celles protégeant les témoins et des demandeurs dans les crimes à caractère sexuel.

⁸² *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, art. 110(1) : interdit de dévoiler et de publier l'identité du criminel s'il est adolescent.

⁸³ *Code Criminel*, supra note 63, art. 672.501 (1) : prévoit que les victimes de crimes sexuels de moins de 18 ans ont le droit de demander une interdiction de publication.

⁸⁴ Voir par exemple *Nova Scotia Board of censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662.

distribution d'une œuvre cinématographique lorsqu'elle pose un réel danger pour l'ordre public⁸⁵.

De manière générale, les lois, dispositions ou arrêtés restreignant ou encadrant la liberté d'expression sont également souvent rejetés par les tribunaux dans le cadre d'une révision judiciaire, notamment lorsque l'écriture est trop imprécise et mène à une atteinte à la liberté d'expression et à sa mise en œuvre⁸⁶. La liberté d'expression apparaît alors négativement, les cas de refus les plus courants étant les restrictions préalables sur des publications⁸⁷, mais aussi l'expression forcée⁸⁸ étant donné que la liberté d'expression englobe le droit de ne pas s'exprimer⁸⁹.

À titre d'illustration, la *Loi permettant la divulgation des sources confidentielles* d'un journaliste⁹⁰ et la *Loi anti-pourriel*⁹¹ ont récemment été débattues pour leur atteinte éventuelle à la liberté d'expression. Relativement à la *Loi anti-pourriel*, le CRTC avait été saisi d'une demande de déclaration d'inconstitutionnalité au motif qu'en exigeant le consentement préalable du destinataire d'un message non sollicité, la nouvelle loi violait la liberté d'expression garantie par l'article 2b) de la *Charte canadienne*. Ici il s'agissait d'un contenu expressif commercial. Le CRTC rejette l'argument :

The Commission agrees with the Attorney General that this stage of the analysis is to take place principally through a Charter lens. As stated by the Supreme Court in *Thomson Newspaper Co.*, the question is whether the benefits that accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the Charter right.

The CEMs that CASL targets are unsolicited messages that do not always originate from malicious senders but that always have an economic or commercial component. While CEMs are forms of commercial expression, and while the Supreme Court has recognized the substantial value of freedom of commercial expression, this type of expression falls outside the core values of freedom of expression, as discussed by the Supreme Court.

Put simply, not all expression is equally worthy of protection. Nor are all infringements of free expression equally serious⁹².

⁸⁵ *Loi sur le cinéma*, R.L.R.Q., c. C-18.1, art. 81.

⁸⁶ *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232.

⁸⁷ Voir par exemple *Re Southan and the Queen (No 1)* (1983) 41 OR (2d) 583 (CA) ; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877 [*Thomson Newspapers*] ; *Dagenais c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 R.C.S. 835 [*Dagenais*].

⁸⁸ *RJR-MacDonald c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199 [*RJR-MacDonald*] : rejet d'une loi (*Tobacco Control Act*) forçant les individus à émettre une déclaration ; *Ford*, supra note 65, p. 748 : Au Québec, une loi exigeant que les signalisations publiques soient uniquement en français a été rejetée pour violation de l'article 2b).

⁸⁹ *RJR-MacDonald*, supra note 88 au para 124.

⁹⁰ *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22 ; *R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477.

⁹¹ *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne*, L.C. 2010, c. 23 ; Voir Karen Ng, "Spam Legislation in Canada: Federalism, Freedom of Expression and the Regulation of the Internet" (2005) 2:2 UOLTJ 447 aux paras 102 et 126.

⁹² Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, *Decision CRTC 2017-367*, en ligne : <https://crtc.gc.ca/eng/archive/2017/2017-367.pdf>.

II.5. Liberté d'expression et liberté de parole : les privilèges parlementaires

Les parlementaires des institutions fédérales et provinciales jouissent, à titre individuel mais aussi collectif, d'immunités particulières contre les risques de poursuite pour les propos tenus dans le cadre des débats ou délibérations parlementaires en chambre ou en comités. La liberté de parole est considérée comme fondamentale au fonctionnement des instances démocratiques. Cette forme particulière de liberté d'expression a été traitée en droit canadien traditionnellement comme une immunité et non comme un droit : elle est donc dessinée en creux et a été développée dans l'esprit d'une défense à un éventuel recours et non sous la forme d'une formulation positive, d'un droit. Le droit qui s'intéresse à cet aspect de la liberté d'expression est le droit très spécialisé des privilèges et règles procédurales des chambres de représentants. Il est peu développé, a donné lieu à peu de jurisprudence et de nombreuses questions relativement à la nature et l'étendue des privilèges demeurent irrésolues⁹³.

Au niveau fédéral, cette immunité est prévue par la *Constitution*, par renvoi au droit britannique. Le droit à la liberté de parole a donc ici un statut constitutionnel mais est une création indirecte du droit fédéral. C'est la *Loi sur le parlement du Canada*⁹⁴ qui, en son article 4, importe par référence le privilège parlementaire qui était en vigueur au Royaume-Uni lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle* de 1867. Pour qu'un privilège parlementaire existe il faut qu'il soit reconnu par la loi, soit par importation d'un privilège reconnu en droit britannique avant le 22 mai 1868, date d'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle* (paragraphe 4a)), soit par une loi fédérale qui ne peut prévoir plus que le droit britannique le faisait à la même date (paragraphe 4b)). Le paragraphe 4b) reprend l'énoncé de l'article 18 de la *Constitution* qui donne au Parlement fédéral le pouvoir d'établir des privilèges dans la même limite⁹⁵.

4 - Les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat et de la Chambre des communes, ainsi que de leurs membres, sont les suivants :

– a) d'une part, ceux que possédaient, à l'adoption de la *Loi constitutionnelle* de 1867, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni ainsi que ses membres, dans la mesure de leur compatibilité avec cette loi ;

– b) d'autre part, ceux que définissent les lois du Parlement du Canada, sous réserve qu'ils n'excèdent pas ceux que possédaient, à l'adoption de ces lois, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni et ses membres.

⁹³ Ariane Beauregard, « La protection des droits des non-parlementaires dans le cadre des délibérations des assemblées législatives » (2011), en ligne : Université Laval – Thèses et mémoires <http://hdl.handle.net/20.500.11794/22605>; *Nouveau-Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319 [N.B. Broadcasting]; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (P.G.)*, [1996] 2. R.C.S. 876 ; *Canada (House of Commons) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667 [Vaid].

⁹⁴ *Loi sur le parlement*, L.R.C. 1985, c. P-1.

⁹⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 66, art. 18 : « 18. Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat et la Chambre des Communes et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par loi du Parlement du Canada ; mais de manière à ce qu'aucune loi du Parlement du Canada définissant tels privilèges, immunités et pouvoirs ne donnera aucuns privilèges, immunités ou pouvoirs excédant ceux qui, lors de la passation de la présente loi, sont possédés et exercés par la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et par les membres de cette Chambre ».

Cette référence à la *Loi constitutionnelle* de 1867 relaye les principes dégagés en droit britannique concernant les privilèges accordés aux élus dès le XVI^e siècle⁹⁶, selon la *lex parlaments*, puis inscrits à l'article 9 du *Bill of Rights, An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*, de 1689⁹⁷. L'article 9 se lit ainsi :

9° Que la liberté de parole, des débats et des procédures dans le sein du Parlement, ne peut être entravée ou mise en discussion en aucune Cour ou lieu quelconque en dehors du Parlement lui-même

L'un des auteurs les plus cités sur le sujet, Maingot, écrit que « [l]a liberté de parole, telle qu'elle est énoncée à l'Article 9 du *Bill of Rights* de 1689, avait pour objet de mettre les députés à l'abri du risque de dépossession par les autres organes du gouvernement - la Couronne ou l'exécutif - ou par les tribunaux »⁹⁸.

Au niveau provincial, le droit à la liberté d'expression a d'abord été déduit du droit de toute législature coloniale de modifier sa propre constitution⁹⁹. La jurisprudence canadienne considère désormais que le droit provincial sur le sujet est soumis à la même limite référentielle que le droit britannique qui est prévue à l'article 18 de la Constitution et à laquelle le Parlement fédéral est assujéti, alignant ainsi le droit provincial sur le droit fédéral. Par exemple, dans une décision refusant la protection d'une décision de congédiement rendue par le président de l'Assemblée nationale du Québec, la Cour suprême conclut que « bien que le présent pourvoi ne concerne que l'Assemblée nationale du Québec, les conclusions relatives au privilège parlementaire toucheront tous les autres organes législatifs »¹⁰⁰. Plusieurs provinces ont consacré le principe de la liberté de parole dans leur législation concernant le parlement¹⁰¹ sans que ceci soit nécessaire en raison de la clause constitutionnelle.

⁹⁶ *Vaid, supra* note 93 : dans cet arrêt, le juge Binnie rappelle l'origine de la liberté de parole : « Le principe du privilège parlementaire a été en partie codifié à l'art. 9 du *Bill of Rights* de 1689 du Royaume-Uni, 1 *Will & Mar. sess. 2, ch. 2*, mais le droit à la liberté de parole auquel il renvoie existe depuis au moins 1523 (Erskine May's *Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (23e éd. 2004), p. 80). Le privilège parlementaire est un principe commun à tous les pays dont le régime parlementaire s'inspire du système britannique et la disposition relative à la liberté de discours ou de débat qui figure dans la Constitution américaine (art. 1, § 6, cl. 1) lui fait écho dans une certaine mesure », au para 21 ; voir également l'aperçu historique des privilèges en droit anglais et canadien donné par la juge McLachlin dans *N.B. Broadcasting, supra* note 93. La juge en chef note d'ailleurs à cet effet que le contexte historique particulier dans lequel les immunités parlementaires sont apparus.

⁹⁷ *Roman Corporation Limited c. Hudson's Bay Oil and Gas Co.*, [1971] OR 418 : autorisation de pourvoi à la Cour d'appel de l'Ontario refusée, [1972] 1 OR 444 ; autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée, [1973] RCS 820.

⁹⁸ Joseph Maingot, *Le privilège parlementaire au Canada*, 2e éd. (Ottawa : Chambre des communes, 1997) à la p. 16.

⁹⁹ Voir Maxime St-Hilaire, « Privilège parlementaire : une jurisprudence à récrire » (2017) 11:1 *Journal of Parliamentary and Political Law / Revue de droit parlementaire et politique* 11 ; *Kielley c. Carson*, (1842) 4 Moore 63, 13 E.R. 225, aux p. 234-35.

¹⁰⁰ *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, [2018] 2 R.C.S. 687, au para 17.

¹⁰¹ *Loi sur l'assemblée législative*, L.R.O 1990, c. L.10, art. 37 (Ontario) : « 37 Nul député n'est sujet à une action ou à une poursuite civile, à une arrestation, à l'emprisonnement ou à des dommages-intérêts en raison de paroles qu'il prononce ou en raison d'une affaire ou d'une chose qu'il présente par pétition, projet de loi, résolution, motion ou autrement, devant l'Assemblée ou devant un de ses comités » ; *Loi sur l'assemblée nationale*, L.R.Q. A-23.1 (Québec) : « 44. Un député ne peut être poursuivi, arrêté, ni emprisonné en raison de paroles prononcées, d'un document déposé ou d'un acte parlementaire accompli par lui, dans l'exercice de ses fonctions à l'Assemblée, à une commission ou à une sous-commission ».

Voilà pour les origines. Si le principe même de la liberté de parole est bien assuré, sa portée est sujet à discussions. En premier lieu l'immunité est limitée aux débats ou délibérations et ne couvre donc pas, en principe, les déclarations faites en dehors de ses fonctions ou lorsqu'elles sont outrepassées¹⁰². L'immunité est à la fois individuelle et collective. Il faut donc, dans chaque cas, déterminer si une assemblée délibérative qui revendique le privilège appartient à la Chambre des communes. Le fait qu'elle soit composée de députés n'est pas forcément déterminant. Le privilège parlementaire peut protéger les déclarations des témoins devant les comités parlementaires¹⁰³. En second lieu, les règles gouvernant la tenue du débat de chaque chambre permettent d'encadrer le privilège constitutionnel des députés qui sont ainsi soumis à leur pouvoir disciplinaire. Ils ne peuvent pas invoquer l'immunité parlementaire contre les sanctions qui pourraient être prononcés conformément aux règles de la chambre. En revanche, en dehors de l'autorité du Parlement et des restrictions qu'il peut imposer, le député bénéficie pleinement de l'immunité contre toute action d'un tiers.

L'affaire *N.B. Broadcasting*¹⁰⁴ est l'une des rares causes mettant en opposition le pouvoir de réglementation inhérent des assemblées législatives, en particulier celui d'exclure les étrangers de ses délibérations, et la liberté de la presse (droit associé à la liberté d'expression) d'avoir accès aux débats. Au cœur de l'affaire était la décision du président de l'assemblée de la Nouvelle-Écosse d'interdire l'accès aux caméras lors des débats de l'Assemblée. La Cour suprême du Canada, sous la plume de la juge McLachlin, va conclure que la Nouvelle-Écosse a, comme les autres provinces, « un droit constitutionnel inhérent d'exclure des étrangers de son enceinte lorsqu'elle conclut que leur présence gêne son fonctionnement » et qu'à ce titre on ne peut pas opposer la Charte (l'article 2b) de la Constitution) pour abolir un droit d'un même ordre constitutionnel.

¹⁰² *Vézina c. Lacroix*, (1936) 40 R.P.I. : En ce sens, « pour que le député invoque son privilège, il faut qu'il soit à la Chambre des Communes, dans l'exercice de ses fonctions. Il est bien évident qu'un député est responsable des dommages qu'il cause en dehors de la Chambre des Communes » à la p. 3.

¹⁰³ *George c. Canada (PG)*, 2007 CF 564 : « même si les témoins qui comparaissent devant un comité parlementaire ne sont pas des membres du Parlement, ils ne sont pas non plus des étrangers à la Chambre. Ils sont plutôt des invités à qui est conféré le privilège parlementaire parce que, comme pour les membres, le privilège est nécessaire pour faire en sorte qu'ils soient en mesure de parler ouvertement, sans craindre que leurs propos soient utilisés par la suite pour les discréditer dans une autre instance » au para 63.

¹⁰⁴ *N.B. Broadcasting*, *supra* note 93.

III. Jurisprudence la plus pertinente en la matière

C'est dans l'opposition au pouvoir réglementaire de l'État que la liberté d'expression a son premier et plus grand rôle. La jurisprudence canadienne montre la diversité des formes d'expression protégées, mais aussi ses limites lorsque vient le temps de concilier une liberté individuelle à des objectifs politiques collectifs de sécurité ou de cohésion sociale. La liberté d'expression n'est pas absolue : la *Charte canadienne* elle-même, par son article premier, convient de limites légitimes dans certaines situations. La Cour suprême, encadrant le pouvoir de révision judiciaire donné aux tribunaux, a depuis 1982 progressivement dessiné les contours de cette liberté dans des situations très diverses, situations qui mettent généralement en cause le pouvoir exécutif ou législatif des gouvernements fédéral ou provinciaux.

Nous commencerons par présenter le volet de droit public de la liberté d'expression (II.1). Mais la liberté d'expression n'est pas examinée seulement dans le cadre de la révision judiciaire. Elle peut être invoquée également dans le contexte d'un litige entre particuliers. Ici, la garantie constitutionnelle posée par la *Charte canadienne* a une influence moins directe puisqu'elle ne peut pas être invoquée hors des rapports avec l'État. En revanche, les valeurs qu'elle projette et qui sont relayées par son interprétation par la Cour suprême contribuent grandement à faire évoluer le droit de la liberté d'expression dans les domaines non soumis à la *Charte canadienne*. Il existe ainsi, au sein de chaque province, un droit de la liberté d'expression qui prend également différentes formes selon les contextes dans lesquels il est invoqué et les véhicules procéduraux choisis. À l'exemple du droit québécois qui a consacré la liberté d'expression dans la *Charte québécoise des droits et libertés*, loi qui a valeur quasi constitutionnelle et qui s'applique même entre particuliers, la garantie s'étend désormais aux rapports privés.

Ceci étant dit, les sphères d'opération publiques/privées du droit à la vie privée sont donc encore ici très marquées. Nous traiterons des secondes dans une deuxième partie (II.2).

III.1. Le droit public de la liberté d'expression sous l'article 2b)

III.1.1. R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697

L'affaire *Keegstra*¹⁰⁵ pose la difficile question de la criminalisation de la propagande haineuse. La Cour devait se prononcer sur la validité d'une disposition du *Code criminel* qui interdit la fomentation volontaire de la haine contre toute section du public qui appartient à un groupe identifiable en vertu de sa couleur, sa race, sa religion ou son origine ethnique. La disposition concernée, l'article 319 du *Code criminel*, se lisait comme suit (extrait) :

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, fomente volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable :

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans ;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants :

¹⁰⁵ *Keegstra*, supra note 10.

- a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies ;
- b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion ;
- c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies ;
- d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

L'origine de l'affaire réside dans l'inculpation par jury de James Keegstra, un enseignant d'Alberta qui avait proféré tout au long de sa carrière et dans son enseignement au secondaire des propos antisémites. Le dénigrement était systématique et il attendait des élèves qu'ils appliquent son enseignement dans les compositions et aux examens.

Tôt dans les procédures, M. Keegstra avait demandé l'annulation de son accusation au motif notamment que l'article l'incriminant portait atteinte à la liberté d'expression. La Cour du banc de la Reine rejettera la défense et maintiendra l'accusation, le juge Quigley étant d'avis que la disposition contestée :

[TRADUCTION]...ne peut rationnellement être considéré comme une violation de la "liberté d'expression", car il en permet la sauvegarde et la favorise. La protection résultant de l'interdiction tend en effet à écarter l'appréhension qui pourrait autrement empêcher certains éléments de notre société de s'exprimer librement sur toute la gamme des sujets possibles, qu'ils soient de nature sociale, économique, scientifique, politique, religieuse ou spirituelle. Le droit illimité d'exprimer des opinions divergentes sur ces sujets est précisément le genre de liberté d'expression que protège la *Charte*¹⁰⁶.

La Cour d'appel infirmera la décision de première instance et conclura que le texte de loi, rédigé trop largement, avait pour effet de condamner les excentriques inoffensifs dont les propos pouvaient à juste titre être réprouvés par la collectivité. Selon la Cour d'appel, tel que construit, l'article 319 permet de déclarer coupable l'auteur de déclarations fausses non faites sciemment ce qui lui confère une portée trop large. L'objectif louable de prévenir les atteintes à la réputation et au bien-être psychologique des membres du groupe cible ne peut sauver l'article en cause au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*, car l'article 319 viserait une personne qui a seulement l'intention de fomenter la haine sans que cette intention de nature à provoquer réellement la haine. Reprenant l'idée du « marché des idées » de Mill, la Cour conclura que la liberté d'expression « devrait s'interpréter de manière à protéger à la fois l'erreur innocente et les propos imprudents ».¹⁰⁷

La Cour suprême sera divisée sur la portée de la liberté d'expression au regard de la propagande haineuse et l'arrêt présente une dissidence importante de trois juges. La majorité déclare la loi valide, accueille le pourvoi et infirme la décision de la Cour d'appel de l'Alberta. La Cour rappelle que la liberté d'expression en droit canadien repose sur certaines convictions. Elle participe à la recherche de la vérité, favorise la participation des citoyens au processus démocratique et contribue à l'épanouissement personnel. Sur l'application de l'article 2b) au cas de l'espèce, la Cour conclura d'abord que l'expression haineuse est protégée. La Cour est

¹⁰⁶ R. c. *Keegstra*, (1984) ABQB 1313 (AB QB), 19 C.C.C. (3d) 254, p. 268.

¹⁰⁷ R. c. *Keegstra*, (1988) ABCA 234, 43 C.C.C. (3d) 150, p. 164.

d'avis que le contenu de l'expression n'est pas pertinent pour retenir la qualification d'expression au sens de l'article 2b) de la Charte : « En d'autres termes, le mot "expression" à l'al. 2b) de la Charte vise tout contenu de l'expression, sans égard au sens ou message particulier que l'on cherche à transmettre »¹⁰⁸. Quant à la question de savoir si la disposition visée enfreint la liberté d'expression, la Cour répond par l'affirmative. Selon la Cour, le législateur fédéral cherche à interdire certaines communications, donc des formes d'expression, et notamment celles qui sont faites avec l'intention de fomenter la haine contre des groupes identifiables.

Sur le second volet, à savoir si l'intervention étatique peut être justifiée sous l'article premier de la *Charte canadienne*, la Cour reprend la méthode d'interprétation posée dans l'arrêt *Oakes*¹⁰⁹. Le test de *Oakes* pose, ainsi que nous l'avons évoqué, deux exigences méthodologiques. La Cour doit d'abord établir que l'acte étatique vise un objectif qui traduit une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique. Il s'agit d'examiner l'objet du texte. On retrouve ici la formule posée *in fine* de l'article premier, dans sa seconde partie : « [...] Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Ici la Cour, sur consultation de rapports et du droit international, est d'avis que la menace posée par la propagande haineuse est réelle. La majorité invoque d'ailleurs la défense du multiculturalisme canadien, multiculturalisme qui implique une forme de respect mutuel, pour autoriser l'intervention étatique :

en restreignant la fomentation de la haine, le Parlement cherche donc à renforcer la notion de respect mutuel, indispensable dans une nation qui vénère le principe de l'égalité de tous¹¹⁰.

La Cour passe ensuite au test de proportionnalité prévu à l'article premier de la *Charte canadienne*. Elle examine si la limite au droit peut être justifiée. Elle vérifie en particulier que les mesures édictées aient un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, que le moyen proposé soit le moins attentatoire possible à la liberté garantie, et qu'il puisse être établi que les effets des mesures soient proportionnels au regard de l'objectif de sauvegarde des intérêts collectifs. Selon la Cour, l'existence même de l'article premier de la *Charte canadienne* introduit un mode de résolution unique donnant une flexibilité additionnelle à la surveillance de l'action gouvernementale par les tribunaux canadiens : il est le prisme à partir duquel les tribunaux cherchent à identifier les valeurs et les aspirations fondamentales de la société canadienne. Cet article, écrit la Cour, « joue [...] un rôle de grande envergure et d'extrême raffinement »¹¹¹

¹⁰⁸ *Keegstra*, *supra* note 10.

¹⁰⁹ *Oakes*, *supra* note 47 : « À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question [...]. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme « suffisamment important ». [...] Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité des effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » aux paras 70-71.

¹¹⁰ *Keegstra*, *supra* note 10.

¹¹¹ *Ibid.*

en droit constitutionnel. L'article premier rappelle surtout que les libertés fondamentales ne sont pas absolues et que l'intérêt collectif peut commander qu'elles soient limitées. La Cour prend ainsi le soin de distinguer le droit canadien du droit américain de la liberté d'expression. Contrairement au droit canadien qui module ses réponses en fonction de la légitimité et de la proportionnalité des atteintes, et ce sous la conduite systématique de l'examen imposé par l'article premier, le droit américain a évolué en créant des régimes spécifiques en fonction du contenu de l'expression visée, sa forme et sa nature. La Cour conclut que :

si les valeurs fondamentales soutenant la conception canadienne d'une société libre et démocratique suggèrent une approche qui refuse à la propagande haineuse le plus haut degré de protection constitutionnelle, c'est cette approche que nous devons adopter¹¹².

Au terme de son analyse, la majorité est d'avis que la propagande haineuse, qui perpétue le plus souvent des informations fausses, n'est pas une expression qui se trouve au cœur des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression et donc, en dépit du principe de neutralité, ne mérite pas un haut degré de protection. Pour éviter l'émergence de gradations dans l'étendue de la protection qui pourrait naître de l'analyse et donc de niveaux d'examen, la Cour estime que le jeu de miroir de la révélation des valeurs de la société canadienne doit permettre les distinctions selon les espèces :

L'approche contextuelle exige une discussion ouverte de la manière dont entrent en jeu les valeurs de l'al. 2b) dans les circonstances d'un pourvoi. Se laisser paralyser par des systèmes de classification risque de faire perdre l'avantage découlant de l'examen souple des principes de la libre expression et je ne suis pas disposé à approuver un tel résultat¹¹³.

En particulier, la fonction contributive de la liberté d'expression – et ici de l'apport négatif du discours haineux – à la participation citoyenne en démocratie ne se trouve pas ici remise en cause. La Cour conclut que l'expression interdite par le para 319(2) n'est pas étroitement liée à la raison d'être de la garantie constitutionnelle :

Il est en fait très peu probable que des déclarations destinées à fomenter la haine contre un groupe identifiable soient vraies, ou que la vision de la société qu'elles traduisent conduira à un monde meilleur. C'est donc un leurre de les présenter comme cruciales pour la détermination de la vérité et pour l'amélioration du milieu politique et social¹¹⁴.

Même si la suppression de la propagande haineuse exclut également un groupe et une forme de communication politique, la Cour estime que les aspirations démocratiques rendent incompatibles l'expression haineuse qui vise à dénigrer systématiquement un autre groupe et qui empêche son intégration. En dernière analyse, la majorité sera d'avis que la disposition contestée vise un objectif légitime et que les moyens choisis pour l'atteindre sont rationnels et proportionnels notamment parce qu'elle exige la démonstration de l'intention de fomenter la haine et qu'elle exclut les conversations privées.

L'opinion dissidente, rendue par la juge McLachlin, doit être présentée. La juge rappelle que si on envisage la fonction politique de la liberté d'expression, la garantie qu'on doit lui accorder serait particulièrement élevée, bien que restreinte dans son étendue, puisque consubstantielle à la démocratie. La haute valeur qu'on lui porte dans ce rôle la rendrait

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

indélogeable. Elle note également que certains auteurs voient dans la liberté d'expression la condition même des autres libertés. Les motifs du juge Dickson, pour la majorité, laissent entendre que cette perspective serait trop étroite et refuserait la protection à des formes d'expression peut-être moins liées au construit politique, mais tout aussi légitime. La minorité s'accorde d'ailleurs à l'encontre de l'analyse de cette position jugée trop rigide. L'analyse de la dissidence apporte une ouverture utile au débat en soulignant que le cadre philosophique qui participe à sa compréhension ne cesse d'évoluer. Aucune théorie en particulier n'est capable d'établir un modèle stable de légitimation. Ceci est vrai même pour l'école de pensée moderne qui voudrait que la liberté d'expression doive être protégée pour son rôle essentiel dans l'épanouissement des individus ; c'est-à-dire pour la valeur intrinsèque qu'on lui accorde dans une société libre. Selon cette école, elle serait une fin en soi. Dans son interprétation de l'article 2b), les motifs de la minorité rejoignent ceux dégagés par le juge Dickson : dès lors que l'activité considérée fait l'objet d'un contenu expressif, la garantie s'applique. Par ailleurs, l'intervention gouvernementale qui brime cette activité restreint nécessairement la liberté d'expression. C'est sur la question de la proportionnalité que la minorité exprime son désaccord. Pour la minorité aucun des trois critères de proportionnalité n'est rencontré :

Non seulement la définition de la catégorie d'expression visée par le para 319(2) est large, mais l'application de la définition de l'expression illicite, c.-à-d. les circonstances dans lesquelles les déclarations offensantes sont interdites, est presque illimitée. Seules sont à l'abri de l'examen de l'État les conversations privées. Le paragraphe 319(2) a pour objet l'interdiction absolue de l'expression d'idées offensantes dans tout endroit public par quelque moyen que ce soit. Les discours sont visés. Les orateurs de carrefour sont réduits au silence. Livres, films, œuvres d'art - tout est soumis à l'examen du censeur en raison du par. 319(2) du *Code criminel*¹¹⁵.

III.1.2. Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927

L'affaire *Irwin Toy*¹¹⁶ concernait des dispositions de la *Loi québécoise sur la protection du consommateur*¹¹⁷ qui avaient pour objectif de restreindre la publicité télévisée destinée à des personnes âgées de moins de treize ans. La Cour, divisée sur la question de la proportionnalité, va préciser la portée de la protection de l'article 2b) de la *Charte canadienne* dans le contexte d'une activité commerciale, ici la publicité. L'intimée avait fait l'objet de plusieurs

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Irwin Toy, supra* note 11.

¹¹⁷ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 (version de 1971) :

248. Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans.

249. Pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de treize ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment :

- a) de la nature et de la destination du bien annoncé ;
- b) de la manière de présenter ce message publicitaire ;
- c) du moment ou de l'endroit où il apparaît.

Le fait qu'un tel message publicitaire soit contenu dans un imprimé destiné à des personnes de treize ans et plus ou destiné à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ou qu'il soit diffusé lors d'une période d'écoute destinée à des personnes de treize ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans.

252. Aux fins des articles 231, 246, 247, 248 et 250, on entend par faire de la publicité le fait de préparer, d'utiliser, de distribuer, de faire distribuer, de publier ou de faire publier, de diffuser ou de faire diffuser un message publicitaire.

avertissements par l'*Office de la protection du consommateur* pour avoir diffusé des messages publicitaires visant des enfants, en violation de la loi. L'intimée intente une action afin de faire déclarer inconstitutionnels les articles en question. L'atteinte à la liberté d'expression est l'un des moyens invoqués au soutien de sa requête. La Cour d'appel avait fait droit à la demande de l'intimée sur le volet de la *Charte canadienne* confirmant que la garantie de l'article 2b) s'étendait à l'expression commerciale et que les limites imposées à la liberté d'expression n'étaient pas justifiées en vertu de l'article premier. C'est cette partie du jugement qui fait l'objet de pourvoi.

L'affaire *Irwin Toy* a été entendue par la Cour suprême en même temps que deux autres litiges traitant de mesures gouvernementales qui limitaient l'usage de la langue de son choix¹¹⁸. La décision de la Cour était donc fort attendue puisqu'il s'agissait de déterminer si la protection constitutionnelle s'étend à des expressions dont on pouvait dire qu'elles ne participaient pas directement à l'une des valeurs libérales sous-jacentes à la liberté d'expression, c'est-à-dire la recherche de la vérité, la nécessité de l'opinion politique à la chose démocratique et l'épanouissement personnel¹¹⁹. Fallait-il dès lors exclure l'expression commerciale du champ d'application de la liberté garantie ?

La Cour suprême répondra par la négative préférant donner une portée particulièrement large à l'article 2b) sans que l'expression commerciale puisse y être soustraite : « Nous ne pouvons donc écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification ». En effet, selon la Cour, le message commercial transmet une signification et possède un contenu expressif. La Cour convient que cette vue généreuse de l'article 2b) n'est pas toujours évidente à mettre en œuvre, car de nombreuses activités humaines revêtent une forme dans lesquelles se confondent des éléments d'expression et des éléments physiques. Il faut alors déterminer si le but de l'activité était de transmettre un message. La Cour va conclure que l'intervention du gouvernement québécois, en adoptant les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*¹²⁰ avaient pour objet d'interdire un contenu particulier d'une expression, ici la publicité faite aux enfants de moins de treize ans.

Sur le volet de la proportionnalité, en revanche, la Cour donnera droit au gouvernement, prenant en compte la nature de l'atteinte et l'objectif poursuivi :

Bref, l'objectif de réglementer la publicité commerciale destinée à des enfants est conforme au but général d'une loi sur la protection du consommateur, c.-à-d. de protéger un groupe qui est très vulnérable à la manipulation commerciale¹²¹.

¹¹⁸ *Ford c. Québec (Procureur général)*, supra note 65, et *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 79. Dans l'arrêt *Ford*, arrêt qui fait apparaître le particularisme du Québec, il s'agissait de la conformité à la *Charte canadienne* et à la *Charte québécoise* de deux articles d'une loi québécoise obligeant notamment que la publicité commerciale se fasse en langue française. La Cour dans cette affaire conclut que le choix de la langue est une forme essentielle de la liberté d'expression et déclare inopérants les articles en cause. L'arrêt *Ford* adopte donc une position similaire et non discriminatoire au regard de la nature et du contenu de l'expression protégée : l'article 2b) offre une protection à toute activité ou communication qui transmet ou tente de transmettre une signification. Voir José Woehrling, « 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 (Février 1993), en ligne : http://www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/publication-html/?tx_igqcpplus_pi4%5bfile%5d=publications/avis120/a120.htm#retour10.

¹¹⁹ Voir les commentaires de Peter J. Carver, « A Principle of Vital Importance: The Supreme Court's Approach to Purposeful Limits on Expression in Section 2(b) » (2017), 78 SCLR (2d) 191, au para 8.

¹²⁰ *Loi sur la protection du consommateur*, supra note 117.

¹²¹ *Irwin Toy*, supra note 11.

Après avoir accueilli la preuve du gouvernement à l'effet qu'il était urgent de protéger les enfants, un groupe particulièrement vulnérable aux techniques d'incitation commerciale, et que cet objectif répondait aux recommandations de nombreuses études et rapports mis en preuve, la Cour va également reconnaître que l'action gouvernementale était justifiée et proportionnelle. Elle se range ainsi à l'argument fait par le gouvernement selon lequel le moyen choisi porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression. À ce titre la Cour rappelle que gouverner est un exercice difficile étant donné la pluralité des intérêts. Les tribunaux doivent ainsi, en cas de révision judiciaire, « garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif » et le choix d'une politique est difficile à évaluer et ses effets peuvent difficilement être évalués de manière scientifique :

« En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement »¹²².

Les trois juges majoritaires ont donc affiché une certaine retenue à l'égard du législateur, appliquant le critère de l'atteinte minimale de façon flexible, autorisant ainsi la disposition contestée.

En revanche les juges Beetz et McIntyre sont en désaccord avec les conclusions de la majorité sur la question de l'atteinte raisonnable. Ils soulèvent le caractère non concluant des rapports et études présentés sur l'effet de la publicité selon l'âge et l'incapacité des enfants de faire les distinctions nécessaires.

III.1.3. R. c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731

Cette décision demeure une décision clef en raison des discussions actuelles sur les fausses nouvelles (*fake news*) qui se répandent sur les réseaux sociaux. Elle s'inscrit dans les préoccupations grandissantes accompagnant ce phénomène qui concernent notamment leurs effets sur les principes démocratiques. On rappellera que l'une des justifications modernes de la liberté d'expression est son rôle central dans l'échange des opinions diverses (le marché d'idées) et des vues minoritaires (la participation démocratique). L'affaire n'a certes pas été décidée dans le contexte d'Internet, mais visait une ancienne disposition d'héritage britannique qui, bien qu'abolie dans son pays d'origine, avait été maintenue à l'article 181 du *Code criminel* canadien. La disposition sous examen rendait passible d'emprisonnement quiconque publie une déclaration fautive et qui porte atteinte à l'intérêt public. Voici le libellé de la disposition rapporté sous la rubrique « nuisances » :

Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fautive et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

Comme dans l'affaire *Keegstra*, le contexte est celui d'une restriction prévue par une loi pénale ce qui invite la Cour à un examen précautionneux de la constitutionnalité de la disposition.

¹²² *Ibid.*

Plus le pouvoir coercitif de la loi est grand et la sanction sévère (condamnation criminelle et emprisonnement), plus importante sera la mise en œuvre des garanties individuelles¹²³.

Dans l'affaire *Zundel* l'accusé avait publié un pamphlet révisionniste, intitulé *Did Six Million Really Die?*, remettant en cause l'Holocauste. La Cour va d'abord rappeler les valeurs démocratiques, libérales et humanistes que sous-tend la liberté d'expression et rappelle que le contenu ou la nature de l'information importe peu. C'est la possibilité de se faire entendre, même pour perpétuer des idées erronées, qui rend la liberté d'expression si importante. En effet, les fausses informations peuvent aussi être protégées en tant qu'expression, la Cour rappelle que :

la garantie de la liberté d'expression vise à protéger non seulement le sens que l'éditeur voulait communiquer, mais également le ou les sens compris par le lecteur : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 767, et *Irwin Toy*, précité, à la p. 976. Il en résulte qu'une déclaration qui est vraie à un niveau donné ou pour une personne donnée peut être fausse à un autre niveau pour une autre personne¹²⁴.

Et naturellement elle est le gage des minorités :

La liberté d'expression est donc une garantie qui sert à protéger le droit de la minorité d'exprimer son opinion, quelque impopulaire qu'elle puisse être ; adaptée à ce contexte, elle sert à éviter que la perception de la "vérité" ou de l'"intérêt public" de la majorité réprime celle de la minorité. L'opinion de la majorité n'a pas besoin d'une protection constitutionnelle ; elle est tolérée de toute façon. Vue ainsi, une loi qui interdit l'expression d'une opinion minoritaire ou d'une opinion "fausse" sous peine de poursuites pénales et d'emprisonnement contrevient, à première vue, à l'objet visé par la garantie de la liberté d'expression¹²⁵.

Ainsi, pour la Cour toute expression à une valeur intrinsèque qui mérite protection. Appliquée à l'espèce, la Cour conclut que l'expression en cause – la publication d'un manifeste antisémite – est protégée par la Charte. Naturellement, cette position s'accorde parfaitement avec l'interprétation retenue par la Cour dans l'affaire *Irwin Toy* pour les messages commerciaux¹²⁶. L'article 2b), à des fins d'analyse, ne discrimine point. Seul le test de proportionnalité pourra éventuellement prendre en compte la nature du message lors de l'évaluation de la pertinence et de la portée de la restriction examinée. La Cour n'aura aucune difficulté à conclure que la disposition attaquée restreint la liberté d'expression. Les deux principaux critères de l'article 2b) sont donc satisfaits.

L'analyse de la Cour quant à la possibilité de l'État de réglementer les fausses nouvelles ou, comme c'était le cas ici, de les criminaliser n'aura pas véritablement lieu. Deux points majeurs emporteront le jugement de rejet de la loi et permettent de distinguer l'affaire *Keegstra* de l'affaire en cause. D'abord, la Cour note que le maintien de l'article 181 précité dans les lois

¹²³ *Zundel*, supra note 11 : « Les mensonges, dans la plupart des cas, relèvent depuis longtemps du droit civil régissant la diffamation écrite et verbale ; c'est le droit de la responsabilité délictuelle qui a assumé la tâche principale de préserver l'harmonie et la justice entre les individus et les groupes lorsqu'il s'agit de paroles ou de mots. Cela ne veut pas dire que le droit pénal ne peut pas imposer de contraintes en ce qui concerne les paroles ou les mots. Mais le préjudice doit être évident et urgent et le crime doit être suffisamment circonscrit de façon à ne pas interdire indûment l'expression d'idées qui n'exigent pas qu'on brandisse la sanction ultime du droit pénal ».

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Irwin Toy*, supra note 11 et *Ford*, supra note 65.

canadiennes est difficile à expliquer et qu'aucune documentation ne permet d'éclairer la Cour sur l'objectif poursuivi. En d'autres termes, la loi d'origine historique douteuse, sinon lointaine, est jugée sans objet valide. Au contraire, dans l'affaire *Keegstra*, le gouvernement avait pu étayer sa position par de nombreuses études et rapports. Ensuite, le libellé de la disposition est si vague que la portée de l'article est illimitée : « Le plus grand danger que présente l'art. 181 vient peut-être de la portée indéterminée et pratiquement illimitée de l'expression "une atteinte ou du tort à quelque intérêt public" ». Au surplus, la majorité est d'avis qu'on ne peut trouver des nouvelles utilités à une vieille disposition simplement en cherchant à aligner *a posteriori* son application sur les valeurs de la *Charte* en procédant à une lecture moderne des maux auxquels elle pourrait remédier et lui trouver ainsi une nouvelle modernité.

Il faut toutefois noter que l'avis dissident avait reconnu une restriction justifiable par l'article premier et raisonnable. Il soulignait que l'objectif de l'article 181 était large, qu'il comportait à la fois la répression des publications mensongères préjudiciables, mais qu'il avait également vocation à promouvoir et protéger une harmonie sociale et à « favoriser la tolérance raciale, religieuse et sociale »¹²⁷. La minorité évoque également les traités internationaux pour accentuer l'objectif social de l'article 181 : « La tragédie de l'Holocauste et l'engagement du Canada envers les valeurs de l'égalité et du multiculturalisme énoncées aux art. 15 et 27 de la *Charte* sont autant d'éléments qui soulignent l'importance du but de l'art. 181 »¹²⁸. Enfin, les juges dissidents sont d'avis que la Cour était tenue de suivre le précédent *Keegstra* concernant les expressions discriminatoires possiblement nuisibles à la société et au multiculturalisme.

III.1.4. Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877

L'affaire *Thomson Newspapers Co c. Canada*¹²⁹ est particulièrement intéressante en ce qu'elle précise ce qu'il faut entendre par contenu expressif et participe donc à la compréhension de la portée de la protection accordée par l'article 2b) de la *Charte canadienne*. La disposition de loi attaquée, l'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada*¹³⁰ interdisait à quiconque d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de vote au cours des derniers jours des campagnes électorales fédérales. Deux groupes de presse ont contesté la validité de cette loi, invoquant notamment la liberté d'expression. La Cour suprême reprend les conclusions des cours inférieures et réaffirme d'abord que les sondages et la publication d'information les concernant constituent des activités qui transmettent un message et qui entrent donc dans le champ de la garantie constitutionnelle. La loi attaquée viole donc la liberté d'expression. Sur la question de la justification (article premier de la *Charte canadienne*) la Cour est profondément divisée. La majorité, reprenant les enseignements de l'affaire *Irwin Toy*¹³¹ afin de déterminer si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve présentée, à conclure qu'interdire la publication des sondages portait le moins atteinte à la liberté d'expression. Et sur ce point l'importance apportée au sondage et leur influence sur

¹²⁷ *Zundel*, *supra* note 11 : Les juges Gonthier, Cory et Iacobucci (dissidents).

¹²⁸ *Zundel*, *supra* note 11.

¹²⁹ *Thomson Newspapers*, *supra* note 87.

¹³⁰ *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, c. 9, art. 322.1 : « Il est interdit au locataire et à toute personne agissant en son nom d'interdire à un locataire de faire de la publicité électorale en posant des affiches dans les lieux qui font l'objet du bail et à une société de gestion d'un immeuble en copropriété et à toute personne agissant en son nom d'interdire aux propriétaires des unités de l'immeuble de faire de la publicité électorale en posant des affiches dans les locaux dont ils sont propriétaires ».

¹³¹ *Irwin Toy*, *supra* note 11 : « Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables ».

l'électorat varie considérablement entre la majorité et la minorité. Pour le juge Gonthier, écrivant pour la minorité :

les sondages réduisent le discours politique au plus petit dénominateur commun : des principes sont sacrifiés en échange de quelques points de pourcentage [...]. Les sondages tendent à remplacer le débat des enjeux et à court-circuiter le processus démocratique¹³².

Pour les juges minoritaires donc, l'intervention législative était valide et légitime. Le gouvernement avait soulevé l'argument selon lequel les partis politiques eux-mêmes achètent et utilisent ce type d'information et avait insisté sur le fait que certains électeurs peuvent se méprendre sur la valeur ou le sens des sondages ou être indûment influencés par un sondage inexact. Au contraire, pour la majorité, les sondages font partie intégrante du processus démocratique, même s'ils peuvent être inexacts ou créer des distorsions. Étant au cœur des intérêts qui motivent la protection de la liberté d'expression, la place des sondages dans la société canadienne ne justifie aucunement que la Cour exerce son pouvoir de révision avec retenue. Pour la Cour, l'article 322.1 en cause ne porte pas atteinte le « moins possible » au droit à la liberté d'expression¹³³.

La Cour note également la difficulté, au stade de l'examen de l'objet de la loi, de s'en remettre aux preuves fondées sur les sciences sociales. À ce stade de l'analyse, elle s'écarte également de l'approche catégorielle et réaffirme l'approche contextuelle :

il est difficile d'établir une distinction nette entre les mesures législatives dans le cadre desquelles l'État agit en tant qu'adversaire singulier de l'individu et celles où il agit en tant que médiateur entre différents groupes. De fait, rien dans les arrêts susmentionnés ne tend à indiquer qu'il existe une catégorie de cas auxquels s'applique une norme peu exigeante de justification dans le cadre de l'article premier et une autre catégorie à laquelle s'applique une norme plus élevée. À mon avis, ces précédents étayaient davantage le recours à une approche contextuelle dans l'application de l'article premier en indiquant que la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger (comme dans *Irwin Toy*, précité, à la p. 995 ; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 88), les craintes subjectives et la crainte de préjudice entretenue par ce groupe (comme dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, motifs du juge McLachlin, à la p. 857), et l'incapacité de mesurer scientifiquement le préjudice particulier en cause ou l'efficacité d'une réparation (comme dans *Butler*, précité, à la p. 502), sont autant de facteurs que le tribunal doit prendre en considération lorsqu'il décide si une restriction est justifiée suivant la norme de preuve applicable en matière civile¹³⁴.

Enfin, les conclusions de la Cour au regard de la réglementation pouvant viser les sondeurs et les médias sont particulièrement instructives à une époque où certains s'interrogent sur la nécessité pour les gouvernements d'intervenir pour encadrer les plateformes Internet et les médias sociaux qui sont les lieux de propagande et de propagation de fausses nouvelles :

¹³² *Thomson Newspapers*, supra note 87 : Pour la majorité au contraire : « Je ne peux admettre, sans faire gravement insulte aux électeurs canadiens, qu'il y ait la moindre chance qu'un individu soit tellement séduit par les résultats d'un sondage donné que, au moment de voter, il laisse ceux-ci l'emporter sur son jugement » au para 101.

¹³³ *Thomson Newspapers*, supra note 87 : « L'article 322.1 ne porte pas atteinte le moins possible au droit à la liberté d'expression garanti par la Charte et il n'est donc pas justifié au sens de l'article premier. » au para 111.

¹³⁴ *Ibid* au para 90.

Dans le présent cas, l'effet sur la liberté d'expression est profond. Il s'agit d'une interdiction complète visant de l'information politique à un moment crucial du processus électoral. Cette interdiction porte atteinte, d'une part, aux droits des électeurs qui veulent avoir accès à l'information la plus à-propos disponible en matière de sondage, et, d'autre part, aux droits des médias et des sondeurs qui désirent fournir cette information. Il s'agit d'une atteinte à la circulation d'information se rapportant à la fonction démocratique la plus importante dont s'acquittent la plupart des Canadiens au cours de leur vie : le choix de ceux qui vont les gouverner. De plus, le message que transmet une telle interdiction de publication des sondages est que les médias, non pas en tant que publicitaires, mais en tant que communicateurs d'information, peuvent être muselés par le gouvernement¹³⁵.

III.1.5. **Dagenais c. Canadian Broadcasting corp, [1994] 3 RCS 835**

L'affaire *Dagenais c. Canadian Broadcasting corp*¹³⁶ oppose, dans le cadre d'ordonnances de non-publication pour les médias, le droit au procès équitable (garanti par l'article 11(d) de la *Charte canadienne*) au droit à la liberté d'expression. Ici, la Cour étend l'application des garanties constitutionnelles de la *Charte canadienne* aux procédures de *common law* en matière criminelle, considérant que l'ordonnance de non-publication dans un contexte criminel : « [...] peut être considérée comme un acte du « gouvernement » relativement à un domaine qui relève du Parlement ou des législatures »¹³⁷.

En l'espèce, cinq individus (les intimés), tous associés au même ordre religieux catholique, sont accusés de violence physique et sexuelle suite à des témoignages d'enseignants et des victimes. La compagnie Canadian Broadcasting Company (CBC) souhaitait diffuser une mini-série intitulée « The Boys of St. Vincent », mettant en scène une histoire fictive d'abus sexuels et physiques sur des enfants dans une institution catholique. Les procès des intimés étaient en cours devant la Cour de justice de l'Ontario lorsqu'une interdiction de diffusion fut rendue par le juge de première instance de l'Ontario. La Cour d'appel confirme l'ordonnance limitant toutefois l'étendue de l'ordonnance à l'Ontario et à une station de télévision de Montréal. CBC a interjeté appel afin de faire retirer l'interdiction de publication de la mini-série. L'enjeu naturellement était d'aménager le droit fondamental à un procès équitable et celui de la liberté d'expression et en particulier celle des industries culturelles. La Cour reconnaît que dans les circonstances l'interdiction de publication demandée en vertu des principes de *common law* était nécessaire pour ne pas compromettre l'équité d'un procès par jury. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux pour accorder une telle mesure doit donc être réévalué en application des principes constitutionnels. Le risque que le jury soit influencé par la diffusion de la mini-série était réel. La Cour conclut donc que le droit de la *common law* doit être recentré sur les valeurs de la *Charte canadienne*. C'est dire ainsi que les critères développés par la *common law* pour les conditions d'octroi d'une mesure aussi exceptionnelle que l'interdiction de diffusion ou de publication doivent être dans le respect des garanties fondamentales. Tout comme dans l'affaire *Bou Malhab*¹³⁸, les préceptes de *common law* doivent être lus et interprétés en accord avec les valeurs supérieures dégagées à partir de la *Charte canadienne*, même si celle-ci ne s'applique pas directement. La Cour écrit :

¹³⁵ *Ibid* au para 127.

¹³⁶ *Dagenais*, *supra* note 87.

¹³⁷ *Ibid* aux pages 840-841.

¹³⁸ *Bou Malhab c. Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214, au para 9 [*Bou Malhab*].

La règle de common law en matière d'ordonnances de non-publication doit donc être reformulée de manière à la rendre compatible avec les principes de la *Charte* et, en particulier, avec l'égalité de rang qu'accorde la *Charte* canadienne aux al. 2b) et 11d). Puisque, par définition même, les ordonnances de non-publication restreignent la liberté d'expression de tiers, la règle de common law doit être adaptée de façon à exiger l'examen, d'une part, des objectifs de l'ordonnance de non-publication et, d'autre part, de la proportionnalité de l'ordonnance quant à ses effets sur les droits garantis par la *Charte canadienne*. Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si : a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque ; et b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l'ordonnance¹³⁹.

De l'avis majoritaire, c'est à la partie qui demande l'interdiction de publication de faire la preuve qu'il existe un risque substantiel et réel pour le droit au procès équitable¹⁴⁰. La Cour conclut que :

Le juge devrait, dans la mesure du possible, examiner l'interdiction en cause. Il doit examiner toutes les options autres que l'interdiction et conclure qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable et efficace. Il doit également restreindre l'interdiction autant que possible. Enfin, le juge doit comparer l'importance des objectifs de l'interdiction et ses effets probables avec celle de l'expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que ses effets positifs et négatifs soient proportionnels¹⁴¹.

En l'espèce, l'interdiction a été considérée comme trop large dans la mesure où elle valait pour tout le Canada et visait d'autres documents ou publicités s'y rapportant. Selon elle, d'autres options raisonnables existent pour atteindre l'objectif en question. Le droit à la liberté d'expression était dans le cas présent trop restreint. C'est donc à bon droit que la Cour d'appel a limité la portée de l'ordonnance de non-publication. Le pourvoi est rejeté.

D'autres aspects du principe de la publicité des débats judiciaires concernent la liberté d'expression. Faisant expressément référence à l'arrêt *Dagenais*¹⁴², la Cour suprême a, dans une affaire récente, réaffirmé que l'accès aux pièces déposées est un corollaire à ce principe :

L'accès aux pièces est un corollaire du caractère public des débats et, en l'absence de disposition législative applicable, il revient au juge du procès de décider de l'usage qui peut en être fait afin d'assurer la bonne marche du procès. Cette règle est établie dans notre droit depuis fort longtemps¹⁴³.

Les mêmes mécanismes valent pour les affaires civiles et toutes décisions judiciaires discrétionnaires cherchant à limiter l'accès du public aux documents déposés en cour¹⁴⁴. Ces

¹³⁹ *Dagenais*, supra note 87, à la p. 839.

¹⁴⁰ *Ibid* à la p. 868. Le droit à procès équitable est également énoncé à l'article 7 de la Charte canadienne.

¹⁴¹ *Ibid* à la p. 840.

¹⁴² *Dagenais*, supra note 87.

¹⁴³ *Société Radio-Canada c. La Reine*, [2011] 1 R.C.S. 65, au para 12.

¹⁴⁴ *Southam Inc. c. Canada*, 1997 CanLII 12193 (ON SC), 36 O.R. (3d) 721A ; *Canadian Broadcasting Corp. c. Summerside (City of)*, 1999 CanLII 4294 (PE SCTD).

décisions peuvent concerner la tenue d'un procès *in camera*, la nature confidentielle de certains documents, etc.¹⁴⁵.

En avril 2018, la Cour supérieure de l'Ontario a déclaré inconstitutionnelles certaines dispositions de la *Loi ontarienne sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*¹⁴⁶ (FIPPA en anglais) au motif, notamment, que ladite loi établissait une présomption de non-divulgation pour les documents pouvant contenir des données personnelles :

FIPPA infringes s. 2(b) of the Charter in two respects: a) substantively in terms of s. 21 and related sections that contain the presumption of non-disclosure for producing Adjudicative Records containing "personal information" as defined in s. 2(1); and b) procedurally in terms of the notice provisions, timelines, and authorization for institution heads and the IPC to make decisions about access to Adjudicative Records¹⁴⁷.

Également, dans une décision concernant le fondement de la protection des sources journalistiques, la Cour suprême, répondant à des prétentions fondées sur la *Charte québécoise*, a conclu que « la liberté d'expression garantie par la *Charte québécoise* ne peut servir de fondement pour reconnaître un privilège générique et quasi constitutionnel du secret des sources des journalistes. »¹⁴⁸. Cette décision a mené à l'adoption au Québec, en juin 2018, du projet de loi 187 sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques¹⁴⁹. Une loi similaire a été votée en 2017 par le Parlement fédéral : *Loi sur la protection des sources journalistiques* (L.C. 2017, ch. 22).

On notera que la liberté d'expression ne fait pas obstacle aux privilèges parlementaires de limiter l'accès aux débats qui seraient tenus dans une assemblée législative¹⁵⁰.

III.1.6. Réflexions sur le droit public de la liberté d'expression

Un certain nombre d'enseignements peuvent être extraits de la jurisprudence de la Cour suprême.

D'abord, la méthode d'interprétation de l'article 2b) de la *Charte canadienne* s'est considérablement affinée. Cette disposition fait désormais l'objet, en première analyse, d'un examen en trois étapes :

- 1) L'activité en question a-t-elle le contenu expressif nécessaire pour entrer dans le champ d'application de la protection offerte par l'article 2b) ?
- 2) Le lieu ou le mode d'expression ont-ils pour effet d'écarter cette protection ?

¹⁴⁵ *Sierra Club of Canada c. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 R.C.S. 522 ; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188.

¹⁴⁶ *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, LRO 1990, c F.31.

¹⁴⁷ *Toronto Star c. AG Ontario*, 2018 ONSC 2586 (CanLII), au para 130. La loi, depuis l'affaire, a fait l'objet d'une révision.

¹⁴⁸ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592, au para 33.

¹⁴⁹ P.L. 187, *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, 1^e sess., 41^e lég., Québec, 2018 (sanctionné le 15 juin 2018), en ligne : www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2018C26F.PDF.

¹⁵⁰ *N.B. Broadcasting*, *supra* note 93.

3) Si l'activité expressive est protégée par l'article 2b), est-ce que la mesure gouvernementale, de par son objet ou son effet, porte atteinte au droit protégé ?¹⁵¹

En seconde analyse, les tribunaux doivent déterminer si la mesure en cause est justifiable en application de l'article premier de la Charte canadienne, qui lui aussi se décompose en plusieurs critères.

L'absence de catégorisation des formes expressives confère une souplesse particulière à la liberté d'expression. Ainsi que l'avait énoncé la Cour dans l'arrêt *Irwin Toy*¹⁵², examiné plus haut, « si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie ». En revanche, seront exclues les formes violentes d'expression et les menaces de violence. La Cour suprême a également refusé de considérer la coloration de la margarine (visée par une réglementation provinciale) comme une forme d'expression protégée.¹⁵³ La jurisprudence sous l'article 2b) de la *Charte canadienne* donne une bonne idée des formes et modes d'expression qui trouvent protection en droit canadien.

Ont été considérées comme des formes d'expression, au sens de l'article 2b), en application des principes dégagés dans les arrêts présentés, à titre d'exemple :

- La publicité commerciale, l'affichage publicitaire (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, *Vann Niagara Ltd. c. Oakville (Ville)*, [2003] 3 R.C.S. 158)
- Le discours haineux (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 RCS 467)
- La liberté de s'exprimer dans la langue de son choix (*Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712))
- La publication d'une œuvre cinématographique (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.)
- La publication de sondages sur les intentions de vote (*Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877)
- L'érection d'un camp de la paix pour protester contre l'essai de missiles de croisière au Canada (*Weisfeld c. Canada (C.A.)*, [1995] 1 CF 68, 1994 CanLII 3503)
- Les activités de communication en vue de se livrer à la prostitution (*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123)
- La publicité politique sur des véhicules de transport en commun (*Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295)
- Le libelle diffamatoire (*R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439)
- Le silence (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038)
- Le piquetage (*S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages*, [2002] 1 R.C.S. 156, *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988]

¹⁵¹ Ministère de la Justice du Canada, « Article 2b) – Liberté d'expression », en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/check/art2b.html>.

¹⁵² *Irwin Toy*, supra note 11.

¹⁵³ *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 143.

2 R.C.S. 214, section locale 1518 c. *KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, *Morasse c. Nadeau-Dubois*; 2016 CSC 44)

- La pornographie (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120) et la pornographie juvénile, (*R. v. Barabash*, 2015 SCC 29, [2015] 2 S.C.R. 522 et *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45).

Les conclusions de la majorité dans l'arrêt *Sharpe* concernant la possession de pornographie juvénile méritent d'être reproduites ici :

Le droit garanti par l'al. 2b) de la *Charte* englobe un continuum de liberté intellectuelle et expressive – « liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression ». Le droit de posséder du matériel expressif est intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression. La possession de ce matériel nous permet de comprendre la pensée d'autrui ou de confirmer notre propre pensée. Sans le droit de posséder du matériel expressif, la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression serait compromise. La possession de matériel expressif est donc comprise dans l'ensemble des droits garantis par l'al. 2b) de la *Charte*¹⁵⁴.

Bien entendu, l'affirmation que ces formes d'expression sont valides au sens de l'article 2b) de la *Charte canadienne* ne préjuge pas de la légalité d'une mesure qui viendrait la réprimer et qui serait justifiée en application de l'article premier. Ainsi que nous l'avons vu, une restriction à la liberté d'expression sera jugée légitime si les conditions de l'article premier de la *Charte canadienne* sont remplies.

Ensuite, la jurisprudence de la Cour suprême sous l'article 2b) de la *Charte canadienne* instruit naturellement les autres garanties conférées par les droits provinciaux au titre de la liberté d'expression. Même si l'application de l'article 2b) est limitée aux actes de l'État, son interprétation est susceptible d'influencer la façon dont les droits privés sont coordonnés dès lors que le droit à la liberté d'expression d'un des protagonistes est en jeu. C'est ainsi que la lecture moderne du droit à la réputation et des actions visant réparation en cas de propos diffamatoires laisse de plus en plus place à des considérations issues du droit constitutionnel. En d'autres termes, comme nous allons le voir, le droit constitutionnel canadien et le travail théorique des juges, relayés par la doctrine, ont permis l'expansion du droit à la liberté d'expression dans les sphères du droit privé.

III.2. Les recours de droit privé relativement à la liberté d'expression

III.2.1. Bou Malhab c. Métromédia CMR inc., 2011 CSC 9

Cette affaire traite la question de la liberté d'expression en droit de la responsabilité civile pour atteinte à la réputation. On sort ainsi ici du champ du droit public. Plus exactement, elle montre comment l'action délictuelle pour diffamation doit être replacée dans le cadre d'une compréhension moderne et souple du droit à la liberté d'expression. Sur cette branche du jugement, l'action était intentée aux vises à la fois de la *Charte canadienne* (article 2b) et de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* (L.R.Q., ch. C-12). L'article 3 de cette dernière qui, à la différence de la *Charte canadienne*, s'applique dans les rapports privés, se lit ainsi :

¹⁵⁴ *Sharpe*, supra note 64, au para 25.

Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

En l'espèce, un animateur radio bien connu de la ville de Québec avait, à l'antenne, fait un portrait peu élogieux des taxis montréalais, pointant du doigt la malpropreté des véhicules, la corruption rampante et avait tenu des propos racistes à l'endroit des chauffeurs de langue maternelle créole et arabe. Bou Malhab, un chauffeur de taxi de Montréal, dont la langue maternelle est l'arabe intente un recours collectif au nom de 1100 chauffeurs de taxi. Le recours est autorisé. La Cour supérieure accueille dans un premier temps l'action, relevant le caractère diffamatoire et préjudiciable des propos de l'animateur. La Cour d'appel infirme le jugement. Selon la Juge Bich, rédigeant le jugement pour la majorité, l'action en diffamation ne saurait être accueillie dans le cas où les propos offensants se « perdent dans la foule »¹⁵⁵; une autre façon de dire que le véhicule procédural du recours collectif donne un tour particulier à une action généralement individuelle. La détermination du groupe, trop disparate malgré l'unité de langue et la profession commune, ne permettrait pas d'évaluer le préjudice subi par chacun. C'est ici le droit de la responsabilité civile qui commande et instruit entièrement l'analyse. Encore une fois, la voie procédurale empruntée rend délicate la détermination d'un préjudice personnel subi à l'intérieur d'une discrimination de groupe.

Malhab se pourvoit devant la Cour suprême et c'est à cette occasion que la question de l'aménagement du recours en diffamation avec la liberté d'expression est abordée. La Cour laisse entrevoir l'opposition entre les deux concepts : le premier pouvant être invoqué en défense, surtout lorsqu'il est question d'émission radiophonique, pour chercher à obtenir l'exonération. « Il n'existe pas, écrit la Cour, d'instrument de mesure précis pour déterminer le point d'équilibre entre la protection de la réputation et la liberté d'expression. La conciliation de ces deux droits reposera sur le respect des principes qui servent de fondement à une société libre et démocratique. Le point d'intersection varie suivant l'évolution de la société »¹⁵⁶.

La liberté d'expression, elle-même non absolue, pourrait donc en principe nuancer la portée d'une action délictuelle pour atteinte à la réputation¹⁵⁷. L'inverse est également vrai : le droit à réparation, autonome dans sa structure, n'est pas éclipsé par l'existence de la garantie constitutionnelle et peut dès lors constituer une restriction valide. Il reste que l'articulation entre les deux ordres, entre ces deux principes, gagnerait à être précisée. La Cour, malheureusement, ne développera guère la corrélation et se bornera à quelques formules générales. Elle rappelle que le recours en diffamation en droit québécois est soumis aux conditions du régime général de la responsabilité civile de l'article 1457 C.c.Q. qui exige la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Les propos diffamatoires s'évaluent en fonction d'une norme objective¹⁵⁸. Le préjudice existe « lorsque le citoyen ordinaire estime que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation de la victime »¹⁵⁹. L'impression sera déduite d'idées exprimées explicitement ou des

¹⁵⁵ *Bou Malhab*, supra note 138, au para 9.

¹⁵⁶ *Ibid* au para 19.

¹⁵⁷ Définition d'une bonne réputation dans *Hill c. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130. Voir également, *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201 [*Genex*].

¹⁵⁸ Voir aussi *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, au para 34 [*Prud'homme*] ; *Genex*, supra note 157, para 35.

¹⁵⁹ *Bou Malhab*, supra note 138, au para 28, affirmant *Prud'homme* au para 34.

insinuations qui en découlent¹⁶⁰. La Cour précise que dans cette analyse le citoyen ordinaire reste tout de même perméable aux propos injurieux ou diffamatoires et susceptible d'avoir un intérêt à agir¹⁶¹. Les propos doivent être perçus par cet individu raisonnable comme une atteinte méprisante pour son identité raciale ou son appartenance religieuse. Même lors d'un recours collectif, il convient d'établir la faute, le préjudice et le lien de causalité pour chacun. En effet, le préjudice doit être partagé par tous les membres du groupe pour que chaque individu se voit attribuer un préjudice personnel par la suite. La Cour rejette le pourvoi et conclut que le citoyen ordinaire aurait reconnu la « généralisation excessive abusive à laquelle il y a lieu d'accorder peu de foi » par un polémiste connu dans la région. Celui-ci n'aurait pas eu une mauvaise opinion de chacun des chauffeurs de taxi dont la langue maternelle est l'arabe, pris individuellement.

La Cour rappelle que « la liberté d'expression est essentielle pour que les décisions à caractère social, économique et politique reflètent les aspirations des membres de la société »¹⁶². Ici le recours collectif oblige à rapprocher l'action délictuelle des principes constitutionnels puisque l'action fait apparaître des minorités distinctes, celles visées par les propos mensongers et racistes, et celle des polémistes qui doivent pouvoir exprimer des vues non partagées par la majorité. Ce sont là des valeurs exposées par la jurisprudence de la Cour suprême, notamment dans les affaires *Keegstra*¹⁶³, *Irwin Toy*¹⁶⁴, et *Zundel*¹⁶⁵. En ce sens, bien qu'indirectement, la protection de la réputation est nécessairement enchâssée dans une compréhension englobante de la liberté d'expression.

La liberté d'expression s'invite à deux moments dans la détermination de la responsabilité civile. Premièrement, le tribunal doit décider si une personne raisonnable aurait tenu les propos litigieux dans le même contexte. À ce stade le tribunal doit prendre acte de la liberté d'expression de l'auteur des propos. La Cour précise : la personne raisonnable « respecte les droits fondamentaux — en ce sens, elle ne peut faire abstraction des protections établies par les chartes. Parce qu'elle partage des normes conformes aux valeurs protégées par les chartes, elle prend garde de ne pas causer d'atteintes aux droits d'autrui »¹⁶⁶.

¹⁶⁰ *Prud'homme*, supra note 158, au para 34.

¹⁶¹ *Bou Malhab*, supra note 138, au para 41.

¹⁶² *Bou Malhab*, supra note 138, au para 17.

¹⁶³ *Keegstra*, supra note 10 : « Le message véhiculé par l'activité expressive visée au [par. 319\(2\)](#) est que les membres de groupes identifiables ne doivent pas avoir un statut d'égalité dans la société, et ne sont pas des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération que les autres. Le tort causé par un tel message est en conflit direct avec les valeurs essentielles à une société libre et démocratique et, en restreignant la fomentation de la haine, le Parlement cherche donc à renforcer la notion de respect mutuel, indispensable dans une nation qui vénère le principe de l'égalité de tous. »; voir aussi les commentaires de Jean-François Gaudreault-DesBiens et Danielle Pinard, « Les minorités en droit public canadien », (2003-04) 34 R.D.U.S. 199, à la p. 218.

¹⁶⁴ *Irwin Toy*, supra note 11 : Le juge Dickson rappelle le principe énoncé dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 779 « 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. »; voir aussi José Woehrling, « Les conséquences de l'application de la charte canadienne des droits et libertés pour la vie politique et démocratique et l'équilibre du système fédéral », dans Alain-G. Gagnon, dir., *Le Fédéralisme Canadien Contemporain : Fondements, traditions, institutions*, (Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2006) 251, au para 8, en ligne : <https://books.openedition.org/pum/10332?lang=fr>.

¹⁶⁵ *Zundel*, supra note 11 : « La liberté d'expression est donc une garantie qui sert à protéger le droit de la minorité d'exprimer son opinion, quelque impopulaire qu'elle puisse être ; adaptée à ce contexte, elle sert à éviter que la perception de la "vérité" ou de l'"intérêt public" de la majorité réprime celle de la minorité. L'opinion de la majorité n'a pas besoin d'une protection constitutionnelle ; elle est tolérée de toute façon ».

¹⁶⁶ *Bou Malhab*, supra note 138, au para 40.

Deuxièmement, ce sera le citoyen ordinaire, norme objective à partir de laquelle le préjudice est déterminé, qui sera le faire valoir de la liberté d'expression :

Le citoyen ordinaire constitue plutôt une incarnation de la société qui reçoit les propos litigieux. C'est donc à travers les yeux de ce citoyen ordinaire, récepteur des propos ou des gestes litigieux, que le préjudice est évalué¹⁶⁷.

Et plus loin :

Lorsqu'il évalue le préjudice, le juge tient également compte du fait que le citoyen ordinaire a bien accepté la protection de la liberté d'expression et que, dans certaines circonstances, des propos exagérés peuvent être tenus, mais il doit aussi se demander si le citoyen ordinaire voit diminuer l'estime qu'il porte à la victime¹⁶⁸.

Bien que le droit québécois ne reconnaisse pas les catégories particulières d'actions de la *common law* (pour libelle diffamatoire ou injure), qu'il traite donc à partir du seul article 1457 C.c.Q., la Cour note que la *common law* fait également référence à une norme objective dont découle le droit à réparation : la personne sensée. Ce critère permet d'éviter que la liberté d'expression soit trop facilement brimée. La Cour reprend pour elle les propos de la juge Abella, alors juge à la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Color Your World*¹⁶⁹ :

La norme du citoyen raisonnable ou ordinaire n'est pas facile à formuler. Elle ne doit pas être si peu exigeante qu'elle aurait pour effet d'étouffer indûment la liberté d'expression, ou au contraire être si exigeante qu'elle compromettrait la capacité de protéger l'intégrité de la réputation d'une personne. Les impressions que laisse tout propos diffusé — ou toute déclaration écrite — doivent être appréciées du point de vue de la personne raisonnable, c'est-à-dire une personne raisonnablement réfléchie et informée, et non du point de vue d'une personne possédant une sensibilité exacerbée. Il faut reconnaître aux auditeurs une certaine mesure de bon sens¹⁷⁰.

On retrouve peut-être dans l'analyse du régime de responsabilité civile mobilisé dans un recours collectif l'influence des travaux de la Cour suprême portant sur les discours haineux. Car dans un cas comme dans l'autre c'est bien la stigmatisation d'un groupe que l'on cherche à déterminer. La Cour suprême a maintes fois répété que l'angle d'appréciation pour déterminer les effets d'un discours haineux et donc la possibilité de le censurer est « l'effet que peuvent avoir les propos haineux sur la façon dont les personnes qui ne font pas partie du groupe vont percevoir le statut social de ce groupe »¹⁷¹. Mais la convergence s'arrête là : il semble que pour le moment les mécanismes du droit civil opèrent en relative autonomie et les tribunaux n'ont pas encore fait prévaloir le droit de la liberté d'expression à titre de principe exonérateur. La doctrine critique cet arrêt dans la mesure où il restreint la protection des individus contre une expression diffamatoire. Certains soutiennent qu'il paraît « impossible de fonder un recours sur le seul honneur pour des propos blessants, si ces propos ne sont pas

¹⁶⁷ *Ibid*, au para 30.

¹⁶⁸ *Ibid*, au para 31.

¹⁶⁹ *Canadian Broadcasting Corp. c. Color your world Corp.*, 1998 CanLII 1983 (ON CA) [*Color your world*].

¹⁷⁰ *Bou Malhab*, *supra* note 138, au para 36.

¹⁷¹ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467, au para 82 (Décision citant abondamment *Keegstra*, *supra* note 10 et *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892) [*Taylor*].

diffamatoires au sens strict (en ce qu'ils créent une baisse d'estime chez le citoyen ordinaire) ou s'ils ne sont pas discriminatoires »¹⁷².

Rappelons qu'au Québec, le rapprochement des droits fondamentaux et du droit privé est commandé par le *Code civil* lui-même qui accorde une valeur supérieure et quasi constitutionnelle à la *Charte des droits et libertés de la personne*. Droit privé et droits fondamentaux sont ainsi en dialogue. La disposition préliminaire du Code civil du Québec se lit ainsi : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ».

La diffamation donc, dans son volet civil, constitue au Canada une limite possible à plusieurs droits et libertés. Dans certains cas, elle menace l'espace nécessaire à l'expression médiatique. Elle peut en théorie avoir un effet dissuasif sur la communication de nouvelles ou plus largement la diffusion d'information d'intérêt public, même si cette menace ne s'est pas véritablement matérialisée en droit canadien¹⁷³. Les tribunaux ont su pondérer ces intérêts divergents pour permettre l'expression journalistique quand elle est de nature critique. Ils admettent plusieurs moyens de défense dans des actions en diffamation, notamment celle du *commentaire loyal*. Dans les provinces de *common law*, les médias peuvent invoquer l'exception du « *fair comment* » ou encore faire valoir « la responsabilité du journalisme pour l'intérêt public » et la circulation d'informations¹⁷⁴. Le commentaire loyal consiste à reconnaître l'existence d'une défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public et une protection adéquate à la réputation contre un préjudice causé¹⁷⁵ par une expression. Au Canada, cette défense est soumise à quatre conditions : le commentaire doit porter sur une question d'intérêt public, doit être fondé sur des faits, doit être reconnaissable en tant que commentaire et « doit répondre au critère objectif suivant : pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés »¹⁷⁶ ? La charge de la preuve repose alors sur le défendeur¹⁷⁷. Dans l'arrêt *WIC Radio Ltd.*, la Cour suprême a rappelé à cet égard l'asymptotisme du droit privé et du droit constitutionnel :

Bien que la présente espèce ne soit pas directement régie par la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'elle relève du droit privé, les valeurs exprimées dans la *Charte* doivent présider à l'évolution de la *common law*. Par conséquent, la défense de commentaire loyal doit se développer en harmonie [...] avec les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression¹⁷⁸.

Cette défense de commentaire loyal n'existe pas en droit québécois, ce qui n'empêche pas les tribunaux d'examiner le comportement de la personne qui s'exprime afin de déterminer l'existence d'une faute¹⁷⁹. En effet, l'action pour diffamation y est fondée sur les principes

¹⁷² Marie-Annik Grégoire, « Atteinte à la vie privée et à la réputation » dans *JurisClasseur Québec, Personnes et famille*, coll. « Droit civil », fasc. 4, Montréal, LexisNexis, feuilles mobiles, 2010 ; voir aussi *Proulx c. Martineau*, 2015 QCCA 472, au para 49. Il est possible de fonder un recours pour discrimination sur les articles 4 et 10 de la *Charte québécoise*.

¹⁷³ Reconnu dans *Cusson c. Quan*, [2007] O.J. No. 4348, 87 O.R. (3d) 241 (Ont. C.A.) [*Cusson*].

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, [2008] 2 R.C.S. 420, aux paras 49 et s [*WIC Radio*] ; *Grant c. Torstar Corp.*, [2009] 3 R.C.S. 640 [*Grant*].

¹⁷⁶ *WIC Radio*, *supra* note 175 : définissant le critère objectif de la croyance honnête : « la défense peut échouer si le demandeur prouve que le défendeur était *subjectivement* animé par la malveillance ».

¹⁷⁷ *WIC Radio*, *supra* note 175, au para 52.

¹⁷⁸ *Ibid.*, résumé de l'arrêtiste ; Voir aussi *Grant*, *supra* note 175, au para 44 ; *Cusson*, *supra* note 173.

¹⁷⁹ *Genex*, *supra* note 157 : « Bien sûr, cet arrêt rendu sous le régime de la *common law* ne s'applique pas

généraux de la responsabilité civile de l'article 1457 du Code civil du Québec. Le demandeur doit établir l'existence d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité qui les lie. Les tribunaux doivent y éviter de vouloir appliquer les règles de common law et de raisonner selon elles¹⁸⁰. Néanmoins, la Cour a précisé que pour l'évaluation des dommages moraux, « La justice qui vient en aide à la victime d'une diffamation ne doit pas oublier que la presse écrite et parlée est indispensable et constitue une valeur essentielle dans une société libre et démocratique »¹⁸¹.

Ainsi, dans les provinces de *common law* comme au Québec, on assiste à une lecture intégrée de la Charte et de ses valeurs.

En ce qui concerne la défense par la vérité, au Québec, il faudra aussi prouver que la publication était d'intérêt public, car la véracité n'est pas une cause d'exonération de toute responsabilité. Dans l'affaire *Prud'homme*, les juges L'Heureux-Dubé et Lebel soulignent ainsi que :

en droit civil québécois, la communication d'une information fautive n'est pas nécessairement fautive. À l'inverse, la transmission d'une information véridique peut parfois constituer une faute. On retrouve là une importante différence entre le droit civil et la common law où la fausseté des propos participe du délit de diffamation (*tort of defamation*)¹⁸².

III.2.2. Réflexions sur l'application de la garantie constitutionnelle dans les litiges entre particuliers

Ce sont, comme on l'aura compris, les lois provinciales sur la protection de la personne et, au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne* qui prend le relais de la *Charte canadienne*.

Ainsi que le montre l'affaire *Bou Malhab*¹⁸³, ces lois provinciales (ici la Charte québécoise) établissent les principes directeurs dans le cadre desquels l'interprétation du droit commun de *common law* ou de droit civil doit s'effectuer. Même s'il n'est pas possible d'invoquer directement la *Charte canadienne*, les valeurs qu'elles posent peuvent, selon les circonstances, influencer la règle de droit privé :

Vu le statut de règle constitutionnelle conféré à la liberté d'expression par la Charte, il s'agit d'une norme à laquelle doivent se conformer toutes les règles de droit canadiennes. Même si la common law n'est pas directement sujette à un examen au regard de la Charte dans le cadre de litiges opposant des parties privées, des modifications peuvent y être apportées pour la rendre conforme à la Charte. Comme l'a déclaré le juge Cory dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 97, « [f]ormulées en termes généraux, les valeurs de la Charte devraient être pondérées en regard des principes qui inspirent la common law. Les valeurs de la Charte offriront alors des lignes

directement en droit civil québécois où la défense de commentaire loyal n'existe pas (*Prud'homme* aux p 697-699) et où tout se joue au niveau de la caractérisation du comportement reproché comme fautif au sens de l'art. 1457 C.c.Q. Il fournit néanmoins des repères utiles afin de déterminer dans quelles circonstances il y a lieu de conclure que la personne qui a tenu les propos reprochés n'a pas respecté 'les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui' » au para 31.

¹⁸⁰ *Néron c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 R.C.S. 95, aux para 95 et 56.

¹⁸¹ *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494, à la p. 510.

¹⁸² *Prud'homme*, *supra* note 158, au para 37.

¹⁸³ *Bou Malhab*, *supra* note 138.

directrices quant à toute modification de la common law que la cour estime nécessaire »¹⁸⁴.

Le lien entre l'ordre du droit privé et l'ordre constitutionnel, nous l'avons vu, est encore plus direct en droit québécois puisque le *Code civil* pose, dans sa *Disposition préliminaire*, le principe de coordination de ses dispositions avec la *Charte québécoise des droits et libertés* : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ». En pratique cependant, il est rare que le droit constitutionnel remette en cause l'application des règles de droit privé qui sont le plus souvent vues comme des droits subjectifs spécifiques. Le meilleur exemple peut-être est le rejet par la Cour fédérale de la prétention d'un syndicat qui cherchait, dans une cause de droit d'auteur, donc d'un droit de propriété, à être excusé d'actes de contrefaçon au motif que la reproduction non autorisée de l'œuvre de la demanderesse constituait une expression protégée au titre de l'article 2b) de la *Charte canadienne*¹⁸⁵.

Le gouvernement fédéral reconnaît expressément ces limites de la garantie constitutionnelle : « Bien que la *Charte* s'applique à la common law et que les juges doivent élaborer la common law conformément aux valeurs de la *Charte* (*S.D.G.M.R. c. Pepsi-Cola*, précité), les dispositions relatives à la liberté d'expression ne protègent pas les particuliers qui intentent des poursuites privées lorsque la limite à la liberté d'expression tire sa source de la common law (notamment l'incitation à violer un contrat) et lorsqu'il n'y a pas d'intervention significative du gouvernement (*Dolphin Delivery*, précité ; *Hill*, précité) »¹⁸⁶.

¹⁸⁴ *Grant*, *supra* note 175, au para 44.

¹⁸⁵ *Compagnie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada*, [1996] 2 FC 306 [*Michelin*].

¹⁸⁶ *Ministère de la Justice du Canada*, *supra* note 151.

IV. La notion de liberté d'expression et ses limites actuelles et en prospective

IV.1. La notion de liberté d'expression et son évolution

C'est une tautologie : la liberté d'expression présente les traits et caractéristiques d'un droit fondamental. Elle est un prérequis à l'organisation et à la vie dans la société politique. On comprend dès lors qu'elle n'a pas besoin d'être définie *ex ante* puisqu'elle fait partie désormais de la structure constitutionnelle sur laquelle repose le droit canadien. Elle en est consubstantielle. Outre sa consécration par plusieurs textes de loi, y compris les chartes des droits fondamentaux, lieux habituels de sa représentation juridique, on prend connaissance de sa force ou de sa portée juridique essentiellement lorsqu'elle est menacée ou brimée : c'est dans la tension et les compromis, donc dans à travers la pondération d'intérêts multiples, que la notion se construit en permanence. Le droit public est donc en première ligne dans l'examen de la notion puisque la liberté d'expression s'oppose d'abord et avant tout à l'État trop interventionniste. Le droit privé en revanche prend de plus en plus le relais au fur et à mesure de l'expansion – ou de l'envahissement – des droits humains. Quel que soit le domaine, la liberté d'expression s'inscrit et apparaît donc au droit principalement comme moyen de défense.

Le droit de la propagande haineuse, dont on a pu avoir un aperçu dans les affaires étudiées, confirme également que dans l'ordre canadien la liberté d'expression ne peut pas être regardée comme absolue : elle est l'assise d'un choix politique, et en particulier pour le Canada, celui d'une société multiculturelle dans son principe consacré à l'article 27 de la Charte canadienne¹⁸⁷ :

Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Plusieurs remarques ici sont nécessaires et reprennent certains points déjà abordés.

D'abord, les tribunaux canadiens et la Cour suprême, première d'entre eux, tentent d'élaborer une construction objective de la notion d'expression ou du contenu expressif afin d'éviter les abus et l'épanchement des recours fondés sur la liberté d'expression. À défaut de définition, ce droit pourrait en effet être invoqué dans de trop nombreuses situations. La Cour suprême cherche dès lors, notamment à travers l'interprétation de l'article 2b) de la *Charte canadienne*, à contenir l'application de la garantie constitutionnelle aux contenus expressifs qui ont véritablement pour fonction de véhiculer un message. Mais la difficulté demeure puisque, comme l'a justement noté la Cour suprême, la plupart des activités humaines comportent des éléments d'expression :

¹⁸⁷ La Cour suprême insiste sur l'importance de cette valeur qui se substitue à d'autres formules justificatrices : « Néanmoins, l'argument tiré de la vérité ne milite pas de façon convaincante en faveur de la protection de la propagande haineuse », voir *Keegstra, supra* note 10. La Cour suprême n'hésite pas d'ailleurs de parler du génie canadien : « Cet article, tout comme l'art 27 de la Charte, souligne l'importance de la tolérance et du respect de la dignité humaine. Des événements survenus récemment au Canada et à travers le monde ont montré comment ces idéaux peuvent être oubliés rapidement et comment il est important de les entretenir. Que la loi suprême du pays reconnaisse l'existence du multiculturalisme dans notre pays et encourage sa valorisation est peut-être un indice du génie particulier du Canada et des Canadiens. Notre pays a bénéficié et s'est enrichi des efforts et des réalisations de Canadiens de races, de religions et de nationalités différentes. La reconnaissance du multiculturalisme dans la Charte est une tentative en vue de parvenir à la quintessence des sociétés démocratiques. » voir *Zundel, supra* note 11.

Nous ne pouvons donc écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. Évidemment, bien que la plupart des activités humaines comportent à la fois des éléments d'expression et des éléments physiques, certaines activités humaines sont purement physiques et ne transmettent ni ne tentent de transmettre une signification. Il peut être difficile de dire de certaines activités quotidiennes, comme stationner une voiture, qu'elles ont un contenu expressif. Pour les faire entrer dans la sphère des activités protégées, le demandeur devrait établir qu'elles avaient pour but de transmettre un message. Par exemple, une personne célibataire pourrait, en signe de protestation publique, garer sa voiture dans une zone réservée aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées. Si cette personne pouvait démontrer que son geste avait un contenu d'expression, elle serait, à cette étape-ci, à l'intérieur du champ d'activité protégé et on pourrait poursuivre l'examen de la contestation fondée sur l'al. 2b). Le contenu de l'expression peut être transmis par une variété infinie de formes d'expression : par exemple, l'écrit et le discours, les arts et même les gestes et les actes. Quoique la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie¹⁸⁸.

Nous verrons d'ailleurs que la liberté d'expression est désormais invoquée contre la réglementation d'Internet notamment en ce qui concerne la mise en œuvre de politiques contre la contrefaçon, d'accès au réseau ou de la réglementation de plus en plus réclamée des fausses nouvelles, un sujet abordé, mais non purgé dans l'affaire *Zundel*¹⁸⁹. Bref, la détermination de ce qui constitue une activité expressive devient de plus en plus critique.

Ensuite, la force de la protection accordée à la liberté d'expression face à son éventuelle limitation ou suppression dépendra de la place de l'expression examinée dans l'ordre des valeurs et théories mobilisées par le droit à la liberté d'expression¹⁹⁰. Ainsi, plus une expression en cause touchera le cœur des justifications historiques de la liberté d'expression, telles que la participation de l'individu au processus politique ou à son épanouissement, plus il sera difficile d'en justifier les limitations. Cependant, bien que les tribunaux canadiens se refusent à définir la liberté d'expression *en plein* en établissant une liste de situations ou de contenu expressif, ils se trouvent souvent contraints d'évaluer la nature et la portée du message au regard des intérêts et du pouvoir général du gouvernement de réglementer, ou encore d'autres droits fondamentaux. On a vu déjà se dessiner les tensions entre les recours civils pour atteinte à la réputation et la liberté d'expression. Cette compression de la liberté d'expression est encore plus apparente lorsque la confrontation des champs de valeurs est portée sur le même plan

¹⁸⁸ *Irwin Toy*, *supra* note 11.

¹⁸⁹ *Zundel*, *supra* note 11.

¹⁹⁰ Bernatchez, *supra* note 18 : « Par ailleurs, c'est largement dans l'évolution de sa jurisprudence concernant la liberté d'expression que la Cour suprême a déterminé que l'intensité avec laquelle le test de l'article premier est appliqué devait varier en fonction, notamment, de la nature du droit en cause. Elle a ainsi reconnu que les limitations des formes d'expression qui s'éloignent du cœur de la liberté d'expression sont plus faciles à justifier et doivent, par conséquent, faire l'objet d'un contrôle judiciaire moins sévère » à la p. 701.

constitutionnel ou quasi constitutionnel, c'est-à-dire lorsque des droits d'un même ordre sont invoqués.

Force est de constater toutefois que les tentatives de rationaliser l'application du droit de la liberté d'expression, soit en offrant une compréhension plus objective et peut-être plus contenue du contenu expressif, soit en ajustant la protection de l'expression en fonction de son rôle, de sa nature dans l'organisation sociale, n'ont pas permis de stabiliser ce droit qui demeure particulièrement débattu. Dans leur rôle d'interprètes, les tribunaux canadiens se sentent de plus en plus autorisés - raison également de leur division et des dissidences - à se prononcer sur ce que la société canadienne *devrait* être et imprimer des vues qui, bien que méritoires, sont perçues comme étant de plus en plus moralisatrices. Ceci s'explique en partie par l'insuffisance, mais aussi la multiplicité des thèses pour justifier la liberté d'expression. La métaphore du marché des idées en particulier ne résiste pas aux problèmes d'accès audit marché - c'est-à-dire la possibilité de se faire entendre dans un monde que les médias séparent plus qu'ils ne regroupent - ou à la critique plus fondamentale que la vérité ne saurait, *deus ex machina*, en résulter¹⁹¹. De la même manière, l'épanouissement personnel, proposé pour justifier la liberté d'expression dans les domaines artistiques, est trop imprécis pour distinguer ce qui devrait être permis de l'interdit. Enfin, le recours à la théorie du préjudice parfois invoqué pour valider une intervention législative est elle aussi dépassée : même en l'absence de lien causal, voire même de données, une société peut réclamer que soient bannies certaines activités : selon les enseignements de *Keegstra*, la propagande haineuse peut être criminalisée au Canada même s'il est difficile, voire impossible, « d'établir l'existence d'un lien entre une déclaration donnée et la haine pour un groupe identifiable »¹⁹².

De plus, dans tous les cas, il demeure impossible de faire abstraction d'une certaine idée du bien et de la morale puisque les juges se trouvent à examiner la nature même de l'expression afin de déterminer quel ordre de valeurs ou quelle théorie pourrait ou non en légitimer la sauvegarde¹⁹³. Il n'y a donc pas, en cette matière, de manière objective de déterminer les contours du droit à la liberté d'expression. Les juges sont plus enclins à être influencés par les mouvements sociaux et événements qui lui sont contemporains, y compris l'évolution des valeurs et des mœurs. La Cour suprême avait d'ailleurs, dans un jugement fort critiqué, remarqué que la condamnation, par le législateur, de certaines activités, pourrait reposer sur « la désapprobation morale » lorsqu'elle se fonde sur les valeurs de la Charte, alors qu'elle avait réaffirmé, dans le même arrêt, le principe de la neutralité de l'État¹⁹⁴. Pour de nombreux auteurs, ces positions sont irréconciliables¹⁹⁵.

¹⁹¹ La Cour n'est d'ailleurs pas dupe : « L'État ne devrait pas être le seul juge de ce qui constitue la vérité ; par contre, il ne faut pas accorder une importance exagérée à l'opinion selon laquelle la raison prévaudra toujours contre le mensonge sur le marché non réglementé des idées. Il est en fait très peu probable que des déclarations destinées à fomenter la haine contre un groupe identifiable soient vraies, ou que la vision de la société qu'elles traduisent conduira à un monde meilleur. C'est donc un leurre de les présenter comme cruciales pour la détermination de la vérité et pour l'amélioration du milieu politique et social. », *Keegstra*, *supra* note 10, à la p. 763.

¹⁹² *Keegstra*, *supra* note 10, à la p. 776.

¹⁹³ Bernatchez, *supra* note 18, aux p. 695 et 696.

¹⁹⁴ *Butler*, *supra* note 14 : « Imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu'elle reflète les conventions d'une société donnée, va à l'encontre de l'exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social ».

¹⁹⁵ Bernatchez, *supra* note 18.

IV.2. Droit de propriété littéraire ou artistique et liberté d'expression

La liberté d'expression est naturellement nécessaire pour l'expression artistique¹⁹⁶ ; expression artistique qui est saisie dès sa fixation par le droit d'auteur¹⁹⁷ lorsque celle-ci répond au critère d'originalité¹⁹⁸. La liberté d'expression est de plus en plus souvent invoquée dans les discussions sur la nature et l'étendue de la protection du droit d'auteur. Ces droits, celui à la liberté d'expression et celui de contrôler l'exploitation des œuvres de l'esprit, ont des développements parallèles, voire concurrents. Nous pouvons distinguer deux situations dans lesquelles la rencontre entre les deux ordres juridiques peut se manifester. Il s'agit, dans la première, de situations impliquant l'emploi de l'œuvre à des fins soit de parodie, soit de revendication, par exemple salariale ou syndicale. Dans la seconde, le droit à la liberté d'expression peut être brimé par le pouvoir contrôlant du titulaire du droit d'auteur sur les moyens de communication des œuvres qui portent des messages.

Examinons d'abord la première situation. Une des premières causes d'importance à aborder l'opposition entre droit d'auteur et liberté d'expression est la cause *Michelin c. CAW*¹⁹⁹ qui donna lieu à une décision importante de la Cour fédérale en 1996. L'affaire *Michelin* ne fait pas précédent certes, mais elle demeure un cas d'école et la base de nombreux travaux et commentaires²⁰⁰. Dans un contexte de campagne de promotion d'un mouvement syndical, les défenseurs, un syndicat de travailleurs, avaient reproduit et utilisé le célèbre personnage fait de pneus, le « Bibendum » ou bonhomme Michelin. Le « Bibendum » apparaissait ainsi sur des tracts et affiche. La demanderesse, titulaire des droits de marque et d'auteur sur ledit dessin, a alors institué une action en contrefaçon contre le syndicat pour violation de ses droits de propriété intellectuelle. Elle obtiendra gain cause. Le juge Teitelbaum devait répondre à l'argument constitutionnel selon lequel une condamnation pour contrefaçon en vertu des lois spéciales constituerait, dans le contexte de représentation syndicale, une violation de la liberté d'expression au sens de l'article 2b) de la *Charte*. Dans cette affaire de droit d'auteur, la Cour fédérale procède à un examen en profondeur de l'expression en cause. Reprenant les instructions de l'arrêt *Irwin Toy*²⁰¹, qu'elle cite, la Cour conclut dans un premier temps que l'utilisation de l'œuvre de Michelin à titre parodique pour créer des prospectus est susceptible de constituer un contenu expressif, précisant par ailleurs qu'il serait plus difficile d'arriver à cette conclusion dans le cas d'une utilisation pure et simple – donc sans manipulation - d'une

¹⁹⁶ *Keegstra, supra* note 10 : Dans cet arrêt, la Cour fait référence à la théorie selon laquelle la protection de la liberté d'expression nécessite d'être protégée pour ce qu'elle est pour justifier la liberté artistique. « Ceux qui affirment que la liberté d'expression vaut la peine d'être protégée pour sa valeur intrinsèque comme moyen de réaliser l'épanouissement tant de celui qui s'exprime que de l'auditeur, ont tendance à lier cette justification à d'autres. (Voir, par exemple, Emerson, *loc. cit.*, at pp. 879 et 880, et L. Tribe, *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), aux pp. 785 à 789.) 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. Néanmoins, l'importance donnée à la valeur intrinsèque de la liberté d'expression est un complément utile aux justifications de caractère plus utilitaires qui admettent, par exemple, certaines formes d'expression artistique que certains pourraient autrement être tentés d'exclure ».

¹⁹⁷ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42 (« ci-après » *L.d.a.*).

¹⁹⁸ *L.d.a., supra* note 197, art. 5.

¹⁹⁹ *Michelin, supra* note 185.

²⁰⁰ Graham J. Reynolds, « Reconsidering Copyright's Constitutionality » (2016) Osgoode Legal Studies Research Paper No 30 : L'auteur s'emploie, à la suite d'une certaine doctrine, à démontrer que l'exercice des droits intellectuels peuvent être soumis à un examen de constitutionnalité et donc aux principes supérieurs posés par la Charte canadienne ; Voir aussi Carys J. Craig, « Putting the Community in Communication: Dissolving the Conflict Between Freedom of Expression and Copyright » (2006) 56 *Univ of Toronto LJ* 75.

²⁰¹ *Irwin Toy, supra* note 11.

œuvre originale. Ici l'œuvre de Michelin avait été modifiée pour lui donner un autre sens. En revanche, ce contenu expressif reposant sur l'utilisation du bien d'autrui, tout comme la violence, n'est pas, selon la Cour, une expression protégée au sens de l'article 2b) de la *Charte canadienne*.

L'examen des critères d'ouverture à la protection du droit d'auteur au regard de ceux du droit constitutionnel est particulièrement intéressant :

Au fil des ans depuis la décision Lorimer de 1984, la Cour suprême du Canada a présenté une définition très large et inclusive de l'expression, y compris sous les rubriques de l'expression protégée, de la pornographie et de la littérature haineuse : voir les arrêts R. c. Butler, 1992 CanLII 124 (CSC), [1992] 1 R.C.S. 452 et R. c. Keegstra, 1990 CanLII 24 (CSC), [1990] 3 R.C.S. 697. L'effort intellectuel exigé est peu important puisqu'il suffit que l'expression transmette une signification. Les défendeurs ont certainement appliqué leur esprit à produire leurs prospectus et à modifier le « Bibendum ». Le « Bibendum » utilisé par les défendeurs TCA transmet aussi un message, qui est entièrement différent de celui du « Bibendum » original. Au minimum, la signification en l'occurrence est que les travailleurs de Michelin doivent s'unir avant d'être réduits à l'obéissance par la puissance de l'entreprise symbolisée par le « Bibendum ». Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire que le critère de l'expression n'est pas de savoir si le message ou la signification est bien accueillie, car il suffit qu'il y ait tentative de transmettre une signification : voir l'arrêt Weisfeld c. Canada, 1994 CanLII 3503 (CAF), [1995] 1 C.F. 68 (C.A.F.) [ci-après appelée « Weisfeld »] à la page 85. Le critère de l'expression sous le régime de l'alinéa 2b) de la Charte n'est pas non plus équivalent aux normes strictes des « œuvres originales » sous le régime de l'article 3 de la Loi sur le droit d'auteur. Sur cette question du critère de l'expression sous le régime de l'alinéa 2b), je conteste la brève allusion faite dans *Canadian Tire*, à la page 420, à la nécessité d'une « pensée originale suffisante ». Quoique les prospectus des défendeurs représentent une reproduction substantielle du « Bibendum » protégé de la demanderesse et ne soient pas des « œuvres originales » pour l'application de l'article 3 de la Loi sur le droit d'auteur, ils n'en sont pas moins des exemples d'expression²⁰².

La Cour pose ensuite la difficile question de savoir s'il est possible de soustraire la forme au droit d'auteur en raison du message que l'œuvre véhicule dans l'emploi particulier qui en est fait. La nécessité de protéger le message exonère-t-elle l'utilisateur de sa responsabilité au titre d'une reproduction interdite en vertu du droit d'auteur ? Ici le juge Teitelbaum fait la distinction entre le fond et la forme, notant que le Syndicat aurait pu trouver un autre moyen pour véhiculer son message et que la liberté d'expression n'autorise pas l'emploi de la propriété d'autrui :

L'utilisation d'une œuvre faisant l'objet d'un droit d'auteur peut-elle être tenue pour une forme d'expression ? L'expression possède à la fois un contenu et une forme, la forme étant la manière dont la signification est transmise et se trouvant souvent inextricablement liée au contenu : voir l'arrêt Irwin, *supra*, à la page 968. Si la forme est définie comme la « manière dont la signification est transmise », il semble que l'« utilisation » d'un bien pourrait constituer une forme d'expression. La demanderesse soutient que l'utilisation du bien d'autrui est une forme interdite d'expression ou constitue une circonstance spéciale justifiant l'exclusion

²⁰² *Michelin*, *supra* note 185.

de cette expression de la sphère des activités protégées. Je souscris à l'argument de la demanderesse que les défendeurs ne sont pas autorisés à s'approprier le bien privé de la demanderesse - le « Bibendum » faisant l'objet du droit d'auteur - comme moyen de transmettre leur message anti-Michelin. En conséquence, l'expression des défendeurs est une forme interdite ou est assujettie à ce que le juge Linden a appelé une « restriction spéciale » dans l'arrêt *Weisfeld, supra*, à la page 83, et n'est pas protégée sous le régime de l'alinéa 2b)²⁰³.

La Cour fédérale rappelle qu'en droit anglo-canadien la garantie de la Charte ne s'applique pas dans le cas de l'emploi d'un bien privé comme lieu ou forum pour s'exprimer²⁰⁴. Une personne ne pourra pas plus invoquer la *Charte canadienne* pour se garantir l'accès et justifier l'utilisation d'une presse à imprimer sans l'autorisation de son propriétaire.

La Cour reprendra expressément les valeurs qui ont été avancées par la doctrine et la Cour suprême pour justifier la protection de la liberté d'expression (la recherche de la vérité, la participation au sein de la société et la diversité des idées) pour conclure que l'utilisation de l'œuvre parodiée n'est pas une expression visée par l'article 2b) de la *Charte canadienne*, rendant donc ainsi inutile l'analyse fondée sur l'article premier :

Je souscris à l'argument de la demanderesse que l'utilisation de son bien privé, le « Bibendum » faisant l'objet du droit d'auteur, n'était guère compatible avec tous les objectifs qui sous-tendent la liberté d'expression. Bien entendu, il y avait certainement un lien entre les prospectus et les dépliants des défendeurs qui ne montraient pas le « Bibendum » et la valeur de l'expression favorisant la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique. Toutefois, l'on ne doit pas confondre l'objectif capital, tout à fait acceptable et légitime socialement, que représente l'activité de recrutement des défendeurs, et leur moyen d'expression inapproprié et non protégé en vertu de l'alinéa 2b). Ceux-ci n'avaient pas besoin d'adopter une forme d'expression, soit l'utilisation d'une œuvre faisant l'objet d'un droit d'auteur, qui a dépouillé la demanderesse de son bien et a de fait porté atteinte à la troisième valeur consistant dans l'encouragement de la diversité des idées. Autrement dit, si le droit d'auteur n'est pas respecté et protégé, l'énergie créatrice utilisée par les auteurs et les artistes dans la promotion de la diversité des idées ne sera pas adéquatement rémunérée ou reconnue²⁰⁵.

Cette décision n'a pas été portée en appel et semble pouvoir être remise en cause par l'importance grandissante des droits fondamentaux dans la lecture moderne du droit privé qui se *constitutionnalise*.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Citant la décision *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200 rendue avant l'entrée en vigueur de la Charte : « La jurisprudence anglo-canadienne reconnaît traditionnellement comme une liberté fondamentale le droit de l'individu à la jouissance de ses biens et le droit de ne s'en voir privé, même partiellement, si ce n'est pas l'application régulière de la loi. La législature du Manitoba a édicté dans le Petty Trespasses Act que quiconque entre illégalement dans un terrain appartenant à une autre personne malgré l'interdiction du propriétaire d'y entrer ou d'y passer, est coupable d'une infraction. Si cette loi doit être modifiée, si l'on doit permettre à A d'entrer sur le terrain de B et d'y rester contre la volonté de ce dernier, j'estime qu'il revient à l'institution qui l'a édictée, c'est-à-dire à la législature qui représente le peuple et est constituée pour exprimer sa volonté politique, et non au tribunal, d'apporter la modification voulue » Voir aussi, dans le même sens : *Re N. B. Broadcasting Co. et CRTC*, 1984 CanLII 2906 (FCA), [1984] 2 C.F. 410.

²⁰⁵ *Michelin, supra* note 185.

Une autre affaire récente de la Cour fédérale, *Cooperstock* (désormais devant la Cour d'appel²⁰⁶), donnera probablement un regard plus neuf sur l'interaction de ces droits dans le cas du détournement d'une œuvre à des fins de revendication, mais cette fois dans un contexte légèrement différent puisque la *Loi sur le droit d'auteur* contient désormais, depuis l'adoption la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* de 2012²⁰⁷, au titre du mécanisme général de l'exception équitable de l'article 29 L.d.a., une référence expresse à la parodie et à la satire. Ces nouvelles exceptions n'existaient pas à l'époque de l'affaire *Michelin* :

Étude privée, recherche, etc.

29 L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie ou de satire ne constitue pas une violation du droit d'auteur.²⁰⁸

Dans cette décision *Cooperstock*, une décision rendue par la Cour fédérale du Canada en 2018, le demandeur, professeur de l'Université McGill à Montréal, est poursuivi pour avoir reproduit le logo de la compagnie aérienne *United Airlines* sur son site consacré à l'archivage d'information sur les plaintes et griefs à l'endroit de ladite compagnie. Le logo était légèrement déformé mais reconnaissable. La Cour fédérale rejette la défense fondée sur l'exception de parodie. Sur le premier moyen, la Cour conclut, ce qui est discutable, que l'exception de parodie au sens de la *L.d.a.* requiert l'humour comme élément central. Pour la Cour, les agissements constituent bien une parodie mais pas une utilisation équitable. L'article 29 nécessite en effet que le défendeur démontre 1) que l'activité qui lui est reprochée entre dans l'une des catégories d'actes visées par l'article 29 (ici, parodie ou satire, termes qui ne sont pas définis dans la *L.d.a.*) et 2) qu'elle constitue une utilisation équitable. C'est sur ce dernier volet que la défense échoue :

[125] Therefore, I find that the Defendant's real purpose or motive in appropriating the copyrighted works was to defame or punish the Plaintiff, not to engage in parody²⁰⁹.

Et plus loin :

[133] However, in my view, alternatives to the current design of UNTIED.com would be effective in meeting the goals of the website, if the overall purpose of the website is to be properly understood as collating complaints about the Plaintiff, offering passengers a resource for understanding their rights, and pressuring the Plaintiff to provide more effective customer service. It is unclear why substantial copying of the United Website or the other copyrighted works was necessary in order to meet the parodic goal of humorously criticizing the Plaintiff; as discussed above, parody requires humour, whereas the Defendant's website was simply mean-spirited. The minimal use of certain parodic elements in the past (i.e., "fly the unfriendly skies" and the wordplay between "united" and "untied") present an example of an alternative to the current dealing. Indeed, if the Defendant truly wished the best outcome for the Plaintiff's passengers, it is unclear why he would run any risk of confusing passengers²¹⁰.

²⁰⁶ *United Airlines, Inc. c. Cooperstock*, [2018] 1 R.C.F. 188 [*Cooperstock*] : inscrite au rôle de la Cour fédérale d'appel, en ligne : http://apps.fca-caf.gc.ca/pq/IndexingQueries/info_moreInfo_f.php?court_no=A-262-17.

²⁰⁷ *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20.

²⁰⁸ *L.d.a.*, *supra* note 197, art. 29.

²⁰⁹ *Cooperstock*, *supra* note 206, au para 125.

²¹⁰ *Cooperstock*, *supra* note 206, au para 133.

La Cour n'aborde pas de front la question de la liberté d'expression qui demeure cependant en filigrane à travers les discussions sur la parodie. La Cour cite une décision de la Cour d'appel du Québec concernant l'application du droit d'auteur dans le cas d'une vague imitation d'une émission de télé québécoise dans une œuvre pornographique et qui avait, sous l'ancienne loi, rejetée également l'argument de la parodie :

The Quebec Court of Appeal commented on the meaning of parody in *Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc c Favreau*, 177 DLR (4th) 568, 1 CPR (4th) 129 (QC CA). Justice Rothman, in concurring reasons, described parody thus (at 575):

Parody normally involves the humorous imitation of the work of another writer, often exaggerated, for purposes of criticism or comment. Appropriation of the work of another writer to exploit its popular success for commercial purposes is quite a different thing. It is no more than commercial opportunism. The line may sometimes be difficult to trace, but courts have a duty to make the proper distinctions in each case having regard to copyright protection as well as freedom of expression²¹¹.

Par contre, dans des procédures parallèles instituée en vertu du droit québécois pour la délivrance d'une injonction ordonnant au défendeur Cooperstock de retirer les noms et numéros de téléphone des employés de *United Airlines* qui apparaissait sur le site contestataire, la Cour supérieure du Québec déboute le demandeur et écarte les arguments tenant à la liberté d'expression :

In those circumstances, given the unjustifiable damages caused to Plaintiffs by the fault of Defendant, as exposed above, given the absence of logical or defensible reasons for Cooperstock to keep posting on his website the names and contact information of those that he knows have nothing to do with, nor any authority over, United's customer service or internal labour relations, given the fact that the limited cease and desist remedy applied for by United does not infringe on Cooperstock's freedom of expression, the Court will grant the injunctive relief sought by Plaintiffs²¹².

Ensuite, ainsi que nous l'avons annoncé, le droit de l'auteur octroie à l'auteur le droit de contrôler l'exploitation de son œuvre. La définition d'œuvre et la distinction entre ce que constitue une œuvre originale ou une simple information étant particulièrement délicate, il se peut que le droit exclusif de l'auteur puisse avoir des effets inattendus sur la liberté d'accéder, d'utiliser ou d'échanger sur Internet. La liberté d'expression s'est d'abord invitée dans le débat autour de la réforme du mécanisme de responsabilité des fournisseurs de prestation internet en droit d'auteur, dit régime d'avis et avis. Ce régime oblige les fournisseurs, sur réclamation écrite des ayants droit, à envoyer un avis aux utilisateurs qui se rendraient coupables de téléchargement illégal sur leur réseau²¹³. Certains préconisent d'adopter un régime plus strict sur le modèle de ce qui existe aux États-Unis et qui fonctionne sur le mécanisme d'avis et *retrait* : le contenu dénoncé comme potentiellement illégal serait immédiatement retiré des

²¹¹ *Ibid* au para 114.

²¹² *Ibid*.

²¹³ L.d.a, *supra* note 197, art. 41.26(1)(a) : « La personne visée aux alinéas 41.25(1)a) ou b) qui reçoit un avis conforme aux paragraphes 41.25(2) et (3) a l'obligation d'accomplir les actes ci-après, moyennant paiement des droits qu'elle peut exiger : a) transmettre dès que possible par voie électronique une copie de l'avis à la personne à qui appartient l'emplacement électronique identifié par les données de localisation qui sont précisées dans l'avis et informer dès que possible le demandeur de cette transmission ou, le cas échéant, des raisons pour lesquelles elle n'a pas pu l'effectuer ».

plateformes de communication sur la réception d'un simple avis. Un rapport récent fait une place importante aux objections constitutionnelles soulevées par les partisans du régime canadien actuel, le régime d'avis et avis, objections fondées sur la liberté d'expression. Ces derniers notent que dans le régime d'avis et *retrait*, et l'expérience américaine le démontre²¹⁴, ce sont des entités privées qui suppriment, sans examen aucun, le contenu mis en ligne par les utilisateurs sur simple réception d'avis de contrefaçon des ayants droit. Ce mécanisme est prompt à constituer une forme de censure privée. Le Comité parlementaire responsable de l'examen quinquennal de la Loi sur le droit d'auteur prend d'ailleurs acte de ce point et l'intègre à sa recommandation au gouvernement :

Il y a néanmoins possibilité de compromis : on pourrait modifier la Loi afin de permettre à un tribunal de délivrer une ordonnance de blocage de sites et de désindexation, sous réserve que d'autres mesures rigoureuses évitent d'aller trop loin et empêchent les atteintes à la liberté d'expression²¹⁵.

Ensuite, des questionnements ont été soulevés sur la qualification des actes de création des pointeurs, l'utilisation des outils de référencement ou de liens hypertextes. Le fait d'établir un lien hypertexte vers un contenu dont on peut croire *a priori* qu'il est protégé par le droit d'auteur est-il constitutif d'un acte de communication d'une œuvre par télécommunication au sens de l'article 3 de la *L.d.a.* ? L'alinéa 3(f) *L.d.a.* se lit comme suit :

3 (1) Le droit d'auteur sur l'oeuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'oeuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'oeuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante ; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

...

f) de communiquer au public, par télécommunication, une oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique ;

Interpréter d'une certaine façon, l'acte de lier pourrait effectivement être perçu comme un acte de communication. Il semble cependant, qu'étant donné la nature même du médium Internet une telle conclusion risquerait de mettre en péril le fonctionnement même des échanges sur d'Internet. Cette difficile question n'a pas encore été traitée directement par la Cour suprême du Canada en droit d'auteur mais un jugement récent concernant une question de diffamation pose le principe du libre référencement par lien hypertexte²¹⁶. Il semble possible d'étendre son enseignement au droit d'auteur. Nous reproduisons les extraits pertinents au long :

²¹⁴ Voir Anne-Marie Bridy et Daphne Keller, « U.S. Copyright Office Section 512 Study: Comments in Response to Notice of Inquiry » (Mars 2016), Appendix B, en ligne (pdf) : <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/08/SSRN-id2757197.pdf>; voir aussi Daphne Keller, « Empirical Evidence of "Over-Removal" by Internet Companies under Intermediary Liability » (Octobre 2015), en ligne : cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/empirical-evidence-over-removal-internet-companies-under-intermediary-liability-laws.

²¹⁵ Rapport du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie (Juin 2019), à la p. 106, en ligne (pdf) : www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/INDU/Reports/RP10537003/indurp16/indurp16-f.pdf.

²¹⁶ En revanche la Commission du droit d'auteur du Canada, organe administratif, avait exprimé l'opinion que la simple création d'un lien hypertexte ne constituait pas un acte de communication au public au sens de la Loi sur le droit d'auteur. Cette décision ne vaut cependant pas précédent : voir Commission du droit d'auteur du Canada, « Exécution publique d'œuvres musicales » (27 octobre, 1999), en ligne : <https://cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf>.

[36] En bref, l'Internet ne peut donner accès à l'information sans les hyperliens. Or, limiter l'utilité de ces derniers en les assujettissant à la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion aurait pour effet de gravement restreindre la circulation de l'information et, partant, la liberté d'expression. L'« effet paralysant » que cela serait susceptible d'avoir sur le fonctionnement de l'Internet pourrait être lourd de conséquences désastreuses, car il est peu probable que les auteurs d'articles de fond consentiraient à courir le risque d'engager leur responsabilité en incorporant dans leurs articles des liens menant à d'autres articles dont le contenu peut changer tout à fait indépendamment de leur volonté. Compte tenu de l'importance capitale du rôle des hyperliens dans l'Internet, nous risquerions de compromettre le fonctionnement de l'Internet dans son ensemble. L'application stricte de la règle en matière de diffusion dans ces circonstances reviendrait à s'efforcer de faire entrer une cheville carrée archaïque dans le trou hexagonal de la modernité.

[37] Loin de moi l'idée de minimiser les effets préjudiciables que pourrait avoir la diffusion de propos diffamatoires par le biais de l'Internet. Je ne reviens pas non plus sur l'affirmation que chacun peut obtenir que sa réputation soit vigoureusement protégée contre de tels propos. Il est clair que « la liberté d'expression n'autorise pas à ternir les réputations » (Grant, par. 58). Parce qu'il constitue un moyen d'expression si puissant, l'Internet peut s'avérer un véhicule extrêmement efficace pour exprimer des propos diffamatoires. Dans *Barrick Gold Corp. c. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), par. 32, le juge Blair a reconnu [TRADUCTION] « l'énorme pouvoir » de l'Internet de porter atteinte à la réputation, citant avec approbation le passage suivant d'un article de Lyrissa Barnett Lidsky, « Silencing John Doe : Defamation & Discourse in Cyberspace » (2000), 49 *Duke L.J.* 855, p. 863-864 :

[TRADUCTION] Bien que, du point de vue de l'exactitude, elles puissent avoir les qualités éphémères du commérage, les communications par Internet sont transmises par le biais d'un médium beaucoup plus répandu que la presse écrite, et c'est ce qui leur confère l'énorme pouvoir de porter atteinte à la réputation de quelqu'un. Une fois lancé dans le cyberspace, un message peut être lu par des millions d'individus dans le monde entier. Même si le message est affiché dans un forum de discussion qui n'est fréquenté que par un nombre restreint de personnes, chacune d'elles peut le diffuser à son tour en l'imprimant ou — ce qui est plus probable — en le transmettant instantanément à un autre forum de discussion. Et si le message est suffisamment provocateur, il peut être diffusé à répétition. La capacité extraordinaire de l'Internet de reproduire presque à l'infini n'importe quel message diffamatoire vient renforcer la notion selon laquelle « la vérité rattrape rarement le mensonge ». Le problème qui se pose, du point de vue du droit relatif à la diffamation, est donc de savoir comment protéger la réputation sans détruire le potentiel de l'Internet en tant qu'espace de débat public. [Italique et soulignement du juge Blair omis.]

[...]

[39] Je ne suis toutefois pas convaincue qu'en bout de ligne le fait de soumettre de simples hyperliens à la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion protège la réputation. [...] ²¹⁷

²¹⁷ *Crookes, supra note 25, aux paras 36, 37 et 39.*

On notera que dans un jugement de 2004, la Cour suprême avait, dans un obiter, et au nom des mêmes principes, veiller à exclure le recours aux anté-mémoires (caching ou reproduction temporaire et automatique pour des questions de célérité de réponse lorsque l'utilisateur accède une seconde fois au même contenu) du droit de reproduction : ces techniques, dira la Cour, vise simplement à accélérer le processus de livraison de l'information et ne constitue pas des actes visés par la Loi sur le droit d'auteur.²¹⁸

IV.3. Le politiquement correct et la liberté d'expression

On note, sous l'influence des médias sociaux et du mouvement *Me Too*, un certain retour à une pensée éthique dans le droit qui se traduirait peut-être par une dérive moraliste dangereuse de nos institutions²¹⁹. On craint le retour à l'interventionnisme judiciaire et, à travers lui, le retour à la bien-pensance ou à un certain conservatisme. Il faut rappeler que l'évolution moderne du droit à la liberté d'expression est marquée par une érosion de la théorie libérale selon laquelle l'État serait neutre et ne devrait pas prononcer de préférence sur le bien commun. On sait désormais qu'il est impossible de décider d'un cas de liberté d'expression sans jugement de valeur ; c'est-à-dire sans déterminer l'importance sociale de l'expression en cause. La criminalisation du discours haineux a pu être justifiée au nom d'une politique d'intégration propre au multiculturalisme canadien et pas seulement en plaçant un tel discours hors des valeurs traditionnelles que sert la liberté d'expression (vérité, discours politique et épanouissement).

Désormais, il semble que la liberté d'expression soit protégée en elle-même, intrinsèquement, et selon une casuistique difficile à prévoir. Le danger est naturellement que les tribunaux se substituent aux instances législatives en consacrant des normes collectives selon leur seule discrétion. Naturellement, ce problème est également celui de l'intrusion des sciences sociales dans le droit de la preuve, mais aussi de l'impartialité des juges ou de leur vulnérabilité face à cette preuve normative présentée comme scientifique.

C'est dans l'arène de l'expression artistique que les questions des limites à la liberté d'expression se sont posées avec le plus d'acuité. L'expression artistique ne se limite pas au milieu des beaux-arts naturellement. Elle se manifeste également dans le milieu commercial, dans le choix d'un logo ou d'un slogan par exemple. Il faut mentionner ici l'article 9j) de la *Loi sur les marques de commerce*²²⁰ qui interdit l'adoption d'un signe qui serait « une devise ou un mot scandaleux, obscène ou immoral ». Cette ancienne disposition semble, sous l'effet d'une certaine pensée moraliste, faire son retour. L'article a été utilisé dans un récent dossier d'opposition²²¹ dans lequel la requérante cherchait à déposer la marque « F Cancer » (pour Fuck Cancer) ; ce à quoi s'objectait Madame Fiedler qui avait fait faire des bracelets dans le cadre d'une campagne de levée de fonds sur lesquels était inscrit « Fuck Cancer »²²². Le Bureau des oppositions a donné droit à l'opposante et refusé l'enregistrement de la marque sans toutefois s'engager davantage sur l'argument de la marque obscène. Le Bureau a simplement

²¹⁸ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 42 : « La « mise en antémémoire » est dictée par la nécessité d'offrir un service plus rapide et plus économique et ne devrait pas emporter la violation du droit d'auteur lorsqu'elle a lieu uniquement pour de telles raisons techniques. », au para 116.

²¹⁹ Maxime St-Hilaire et Chantal Bellavance, « La critique d'appropriation culturelle : nouvel iconoclasme » (2019) 132 *INTER Art Actuel* 8, en ligne : Érudit <https://id.erudit.org/iderudit/90968ac>.

²²⁰ *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13.

²²¹ *Cohen c. Susan Fiedler Incorporated*, 2014 CF 967 [Cohen].

²²² Stella Syrianos, « The Battle For the Right to Use the Trade-Mark "Fuck Cancer" in Canada » (2014), en ligne : <https://www.robic.ca/wp-content/uploads/2017/05/142-286E-SSY-2014.pdf>.

conclu que la marque déposée risquait de créer de la confusion, notant par ailleurs la fragilité de la marque « Fuck Cancer » utilisée comme marque non enregistrée par l'opposante :

« I do not, however, accept that by refusing to entertain Ms. Cohen's new argument, the respondent will end up with enforceable rights to the Fiedler marks to which it was not otherwise lawfully entitled. Even if (j) of the Trade-marks Act does potentially call into question the enforceability of the 'FUCK CANCER' Fiedler mark, it does not necessarily follow that the 'F CANCER', 'F* CANCER', and '--- CANCER' Fiedler marks are also unenforceable. Indeed, the fact that Ms. Cohen's 'F CANCER' mark made it through the approvals process suggests that such a mark may in fact be registrable. »²²³

Bien qu'il soit encore difficile de dire avec quelle fréquence cet article, dormant jusqu'à présent, a pu reprendre du service, nos sources nous indiquent que les agents de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada sont de plus en plus sensibles à cette question et, même si ceci ne fait pas l'objet d'un avis de pratique, semble désormais plus prompt à refuser des enregistrements douteux. Ces questions sont naturellement à replacer dans le contexte d'une prise de conscience généralisée des formes multiples de discriminations et en particulier celles dont ont été victimes les minorités visibles. Dans un effort de panser les affres subis par les peuples des Premières Nations, le gouvernement canadien a mis en place un large programme d'indemnisation et de développements afin de renouveler la relation de nation à nation avec les peuples autochtones²²⁴. Cette reconnaissance est naturellement venue avec un certain nombre de remises en cause des faits historiques et de nombreux débats ont désormais lieu ; la question des mots considérés « scandaleux ou immoraux » au sens de la *Loi sur les marques de commerce* n'étant qu'une manifestation particulière d'un changement de perception sociale sur les limites à la liberté d'expression. Le patrimoine historique fait l'objet d'une relecture également. Certaines inscriptions qui accompagnent ces monuments sont désormais enlevées volontairement, un geste de censure pour certains ou une rectification non commandée par une loi de police. C'est le cas de la dernière phrase d'une pierre commémorative sur un vieil immeuble de Montréal et qui se lisait, dans sa dernière partie, en souvenir de la mort brutale d'un chef iroquois en 1644, « Paul de Chomedey, sieur de Maisonneuve, tua le chef indien de ses propres mains. » et qui fut effacée en 2018. La même année, et suite à une autre controverse fortement médiatisée pour sa pièce *SLĀV*, retiré de la programmation du Festival de jazz de Montréal²²⁵, Robert Lepage annonçait l'annulation du spectacle *Kanata*. Le premier avait pour sujet l'esclavagisme et était composé de chanteurs majoritairement blancs, dirigés par un metteur en scène blanc. Le second explorait les relations des européens avec les Premières Nations ; on reprochait au metteur en scène l'appropriation culturelle et le manque de représentation des autochtones. Suite à ce dénouement, des représentants autochtones avait publié un communiqué regrettant l'annulation du spectacle et précisant « Nous soutenons les créateurs et défendons la liberté d'expression artistique »²²⁶.

²²³ *Cohen, supra* note 221, au para 21.

²²⁴ « Commission de vérité et réconciliation du Canada » (19 février, 2019), en ligne : Gouvernement du Canada <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1450124405592/1529106060525#chp2>.

²²⁵ Guillaume Bourgault-Côté, « L'indignation aura eu raison du spectacle. *SLAV* », *Le Devoir* (5 juillet, 2018), en ligne : <https://www.ledevoir.com/culture/musique/531684/le-festival-de-jazz-annule-le-representations-de-la-piece-slav>.

²²⁶ « Occasion manquée. Censure dénoncée : les réactions fusent avec l'annulation de *Kanata* » (26 juillet, 2018), en ligne : Radio-Canada <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1114938/reactions-annulation-kanata-autochtones-theatre>.

Il existe bons nombres d'exemple à travers le Canada que nous ne pouvons pas recenser dans le cadre de cette étude. L'idée principale est naturellement de montrer l'évolution de valeurs sociétales ; certains discours ou représentations, même présentés sous une forme artistique ou historique, ne sont plus acceptés et mènent à des rétractations volontaires.

IV.4. L'affaire *Ward*

L'affaire *Ward*²²⁷ présentée ici s'inscrit dans les réflexions sur les limites de la liberté d'expression à une époque où il ne semble plus possible de tout dire. Ward est un humoriste bien connu au Québec. Il profère assez régulièrement des blagues dont on pourrait douter du bon goût. L'une de ses victimes dans un de ses sketches est Jérémy Gabriel dont l'apparence est marquée par des déformations laissées par la maladie de Treacher Collins qui l'affecte depuis la naissance. Ce dernier, soutenu par ses parents, avait logé une plainte devant la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* pour atteinte à son image et violation à son droit à la dignité. La Commission se pourvoit devant le *Tribunal des droits de la personne* et demande réparation sur le fondement des articles 4 (dignité), 10 (égalité) et 49 (réparation) de la *Charte québécoise*. De son côté, l'humoriste invoque son droit à la liberté d'expression prévu sous l'article 3 de la *Charte québécoise* qui s'applique dans les litiges entre particuliers : « Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association ». Il est également fait expressément référence à l'article 2b) de la *Charte canadienne*.

Le tribunal présente d'abord la cause comme un cas où deux droits quasi constitutionnels, c'est-à-dire protégés par la Charte québécoise, sont en opposition, ce qui requiert nécessairement un exercice de pondération : aucun des droits n'ayant *a priori* préséance sur l'autre. Notant les valeurs fondamentales dégagées dans l'arrêt *Irwin Toy*²²⁸ qui forgent le droit à la liberté d'expression, le tribunal pose la question : la volonté de faire rire pourrait-elle rendre licites des propos discriminatoires en lien avec le handicap d'une personne ? Le tribunal répondra par la négative : « En tenant compte du contexte, le Tribunal conclut que les blagues de monsieur Ward ont outrepassé les limites de ce qu'une personne raisonnable doit tolérer au nom de la liberté d'expression. La discrimination dont Jérémy a été victime est injustifiée »²²⁹.

Dans cette affaire, les propos en cause visaient un individu, non un groupe comme dans l'affaire *Bal Malhab*²³⁰, ce qui ouvrirait également plus facilement aux recours en réparation de droit civil. Deux remarques doivent être faites ici. D'abord, la Cour semble vouloir, par comparaison implicite, distinguer les cas du discours haineux visant un groupe vulnérable qui, on le sait, ne trouve pas protection sous la *Charte canadienne* et le cas du discours dérogatoire individualisé. Or si le droit à la dignité prévaut dans un cas mettant en cause la liberté d'expression, le droit constitutionnel se trouve à proposer un fondement alternatif à ce qui d'ordinaire relève de la responsabilité délictuelle. Le tribunal semble d'ailleurs au moins rapprocher, sinon confondre, les deux régimes :

En matière de diffamation, les tribunaux ont dégagé une série de critères qui permettent de déterminer si l'atteinte à la réputation d'une personne est justifiée par la liberté d'expression. La véracité des propos et l'intérêt public sont des

²²⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, 2016 QCTDP 18 [Ward].

²²⁸ *Irwin Toy*, *supra* note 11.

²²⁹ *Ward*, *supra* note 227, au para 138.

²³⁰ *Bou Malhab*, *supra* note 138.

facteurs pertinents. Le contexte dans lequel les propos ont été prononcés, le ton employé, l'identité de l'auteur des propos et celle de la victime le sont également. Le Tribunal estime que ces critères sont aussi utiles au moment de déterminer si une atteinte discriminatoire au droit à la sauvegarde de la réputation, au respect de l'honneur et à la sauvegarde de la dignité est justifiée par la liberté d'expression²³¹.

L'inversion des propositions est intéressante. Alors que dans le cas d'un recours en vertu du régime de réparation de droit commun, la liberté d'expression s'invite seulement en dernier recours dans l'évaluation de la faute, dans le cas d'une action entre particuliers introduite directement sur le fondement d'un droit quasi constitutionnel, l'exercice de pondération devient beaucoup plus aléatoire. On aurait imaginé que la violation du droit à la dignité consiste en autre chose que la diffamation en responsabilité civile. De la même manière, on se serait attendu à plus de retenue dans l'appréciation de la portée de la liberté d'expression, droit qui demeure la clef des autres droits. Il faut insister ici sur le fait que le tribunal n'a pas compétence pour se prononcer sur une réclamation en vertu du droit commun de la responsabilité délictuelle (ici pour atteinte à la réputation). Du coup, les conclusions du tribunal, portées en appel²³², laissent une impression de discours vertueux : « L'humour peut certes avoir des vertus éducatives ou inclusives, mais il doit, pour ce faire, être exercé dans le respect de la dignité de la personne visée. Aucune forme d'humour ne fait exception à cette règle »²³³, des propos moralisateurs qui sont d'ailleurs plus largement étendus à l'art :

Pas plus que leur nature humoristique, le caractère artistique des propos de monsieur Ward ne saurait le mettre entièrement à l'abri des recours. La liberté d'expression comprend la liberté d'expression artistique, sans toutefois que celle-ci ait un statut supérieur à la liberté d'expression générale. La liberté d'expression artistique est donc aussi limitée par les autres droits protégés par la Charte²³⁴.

IV.5. Propagande haineuse et liberté d'expression

Nous avons vu dans l'analyse de la cause *Keegstra* que le principe de l'interdiction de la propagande haineuse au Canada, telle que formulée à l'époque sous l'article 319(2) du Code criminel en cause, avait été validée par la Cour suprême²³⁵. La Cour confirmait alors que la création d'un crime de cette nature répondait, malgré l'entorse faite à la liberté d'expression, à l'objectif du Parlement de prémunir la société canadienne contre le préjudice réel que représente la propagande haineuse. L'adoption de l'article 319(2) du Code avait été étayée par des références à de nombreux travaux mais aussi, écrit la Cour, « par notre connaissance historique collective des effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine »²³⁶. Il faut dire que les premières dispositions relatives à ce crime avaient été ajoutées suite aux recommandations du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada dans un rapport de 1966 (Rapport Cohen)²³⁷. À l'époque du Rapport Cohen, ce sont surtout les

²³¹ *Ward*, supra note 227, au para 130.

²³² Requête en autorisation d'appeler accueillie : *Ward c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)*, 2016 QCCA 1660.

²³³ *Ward*, supra note 227, au para 133.

²³⁴ *Ibid*, au para 135.

²³⁵ *Keegstra*, supra note 10 ; voir aussi Walker, supra note 80.

²³⁶ *Keegstra*, supra note 10.

²³⁷ Ministère de la Justice du Canada, *Rapport soumis au Ministre de la Justice par le Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*, (Comité Cohen), (Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966).

mouvements suprémacistes, la propagande raciste anti-Noirs et antisémite qui préoccupent. À partir des années 1970, ce type de propagande vise d'autres groupes ethniques et emploie de nouveaux canaux de communication (téléphone, enregistrement et bientôt Internet)²³⁸. Les premières dispositions concernant la propagande haineuse ont été intégrées au Code criminel en 1970 sous les articles 318 à 320 inclusivement²³⁹. Jusqu'en 2013 également, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, contenait une disposition anti-haine qui visait essentiellement l'emploi des moyens de télécommunication (téléphone, puis Internet) « pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable [...] ». Il s'agissait ainsi d'une voie de recours parallèle et moins contraignante au droit criminel. En raison de sa portée, limitée quant à la forme des moyens de communication visés mais incertaine quant aux notions de haine et de mépris, et l'existence concurrente des dispositions criminelles, l'article 13 sera abrogé en 2013. Sa constitutionnalité avait été confirmée par la Cour suprême dans l'arrêt *Taylor*²⁴⁰. Dans l'arrêt *Taylor*, la Cour avait pris soin de limiter le recours à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en précisant, en guise d'avertissement anticipé pour les commissions des droits de la personne que les termes haine et mépris visent des émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation. Le professeur Moon, mandaté pour rédiger un rapport sur le devenir de l'article 13 recommandait ainsi déjà son abrogation pour réserver la censure et l'intervention de l'État que dans les cas les plus extrêmes afin de ne pas compromettre la liberté d'expression. Il écrit, en 2008 :

« La première recommandation est d'abroger l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, de sorte que la Commission et le Tribunal canadien des droits de la personne n'aient plus à traiter de propagande haineuse, notamment celle sur Internet. La propagande haineuse doit continuer d'être interdite en vertu du Code criminel, mais cette interdiction doit se limiter aux formes d'expression qui préconisent ou justifient la violence, ou qui contiennent des menaces de violence. Dans leur lutte contre les propos haineux sur Internet, la police et les poursuivants doivent recourir davantage à l'article 320.1 du Code criminel, qui confère au juge le pouvoir d'ordonner à un fournisseur d'accès Internet de retirer la « propagande haineuse » de son ordinateur. [...]»²⁴¹.

²³⁸ Philip Rosen, « La propagande haineuse » (2000) 85-6F, en ligne : <http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/856-f.htm>.

²³⁹ *Code criminel*, *supra* note 63 : l'article 320 vise essentiellement les conditions d'ouverture de saisie d'exemplaires d'une publication constituant de la propagande haineuse. L'article 83.222(1) est au même effet concernant la publication de matériel de propagande terroriste.

²⁴⁰ *Taylor*, *supra* note 171 : la Cour fait d'ailleurs référence au rapport Cohen pour valider la limite à la liberté d'expression posée dans l'article 13 : « La crainte du Parlement que la diffusion de la propagande haineuse n'aille à l'encontre de l'objet général de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'est pas sans fondement. La gravité du préjudice occasionné par des messages haineux a été reconnue par le Comité spécial de la propagande haineuse au Canada (communément appelé le comité Cohen) en 1966. Le comité Cohen a fait remarquer que les individus soumis à la haine raciale ou religieuse risquent d'en subir une profonde détresse psychologique, les conséquences préjudiciables pouvant comprendre la perte de l'estime de soi, des sentiments de colère et d'indignation et une forte incitation à renoncer aux caractéristiques culturelles qui les distinguent des autres. Cette réaction extrêmement douloureuse nuit assurément à la capacité d'une personne de réaliser son propre "épanouissement", pour reprendre le terme employé à l'art. 2 de la Loi. Le comité indique en outre que la propagande haineuse peut parvenir à convaincre les auditeurs, fût-ce subtilement, de l'infériorité de certains groupes raciaux ou religieux. Cela peut entraîner un accroissement des actes de discrimination, se manifestant notamment par le refus de respecter l'égalité des chances dans la fourniture de biens, de services et de locaux, et même par le recours à la violence ».

²⁴¹ Commission canadienne des droits de la personne, *Rapport présenté à la Commission canadienne des droits de la personne concernant l'article 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne et la réglementation de la propagande haineuse sur Internet*, (Ottawa : Commission canadienne des droits de la personne, 2008), en ligne :

Cette parenthèse historique permet toutefois de mettre en lumière la difficile question du forum approprié pour traiter de la propagande haineuse. Si le droit criminel semble désormais privilégié, on ne saurait perdre de vue que nombreuses dispositions se rattachant au droit de la personne contiennent également des dispositions anti-discriminatoires qui visent, par leur nature même, les discours haineux. L'incursion dans le sujet des droits humains est importante, car il est un domaine de compétence partagée. L'article 13 de la *Loi fédérale sur les droits de la personne* a été abrogé et son objet désormais transféré en partie à la *Charte canadienne* pour les relations entre état et particuliers. Les provinces, comme cela a été indiqué, se sont dotées de lois sur les droits de la personne qui visent à interdire toute discrimination basée sur le sexe, l'origine, l'identité ou l'état civil d'une personne. Ces dispositions sont associées à la liberté d'expression puisqu'elles peuvent justifier la révision par l'organisme concerné de toute pratique discriminatoire et donc leur accorder, éventuellement, un pouvoir de censure. L'affaire *Ward* que nous traitons plus loin illustre le rôle ambivalent des commissions des droits de la personne dans le contrôle de la parole suite aux plaintes qui sont déposées auprès de leur service sous des dispositions anti-discriminatoires ou similaires à ce qu'a été l'article 13 de la *Loi fédérale sur les droits de la personne*. L'auteur Julian Walker résume parfaitement la situation quant à l'effet de ces dispositions sur la liberté d'expression. Nous reproduisons ses propos au long :

« Malgré les limites à la liberté d'expression qu'imposent ces dispositions, peu d'attention a été accordée à celles-ci par les observateurs ou les tribunaux canadiens.

Les lois sur les droits de la personne de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan et des Territoires du Nord-Ouest interdisent d'une façon ou d'une autre d'inciter à la haine ou au mépris. Ces interdictions ont une portée étendue et visent différents types de message, d'affiches, de publications et de communications.

En Alberta, en Saskatchewan, en Ontario, au Nouveau-Brunswick, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve-et-Labrador, les lois sur les droits de la personne énoncent expressément que « rien » dans leurs dispositions ne vise à entraver, ni à restreindre la libre expression. Un tel énoncé figure, dans certains cas, à l'article interdisant de fomenter la haine et, dans d'autres cas, à l'article interdisant les formes de communication indiquant une intention de faire preuve de discrimination. Les tribunaux ont souligné que ces mentions de la liberté d'expression dans les lois de l'Alberta et de la Saskatchewan obligent à concilier l'objectif d'éliminer la discrimination et la nécessité de protéger la libre expression.

L'interprétation faite par les tribunaux de différentes juridictions et spécialisés dans les droits de la personne des dispositions en vigueur dans les provinces et territoires du Canada pour interdire la discrimination et la fomentation de la haine révèle que, malgré leurs différents libellés, ces dispositions poursuivent dans une

http://publications.gc.ca/collections/collection_2016/ccdp-chrc/HR4-33-2008-fra.pdf : Ce rapport a été écrit dans un contexte où l'article 13 de la *Loi fédérale sur les droits de la personne* avait donné lieu à plusieurs plaintes dont le traitement fut controversé à l'époque. L'une d'elles concernait les propos de l'auteur Mark Steyn publiés en 2007 dans le journal *Maclean's* à l'effet que le monde occidental allait être bientôt remplacé par le monde musulman. Mohamed Elmastry, membre du Congrès islamique canadien avait porté plainte auprès de la Commission canadienne sur le visa de l'article 13. Le demandeur fut débouté mais l'affaire laissait entrevoir les risques accrus d'intervention des tribunaux quasi-judiciaires et un retour possible à la censure. Ce risque est bien réel comme le démontre l'affaire *Ward*.

large mesure des objectifs similaires. En dépit des différences factuelles dans les causes dont les tribunaux ont été saisis, l'accent mis sur l'examen du contexte dans lequel s'inscrit le message et l'importance accordée à la liberté d'expression ont été passablement bien établis dans la jurisprudence. Là où les lois – et l'interprétation qui en est faite – diffèrent, c'est en ce qui concerne le type de message et de pratique discriminatoire visé, la mention ou non dans le texte de loi de la haine et du mépris et l'obligation de tenir compte ou non de l'intention de l'auteur du message »²⁴².

Ce qu'il faut retenir, enfin, c'est que l'application des droits émanant des lois provinciales sur les droits de la personne est sujette au contrôle de constitutionnalité. Dans l'affaire *Whatcott*, la constitutionnalité de l'article 14(1)(b) du *Saskatchewan Human Code* avait été remis en cause suite à plusieurs plaintes résultant de la distribution de tracts homophobes. La Cour suprême a maintenu la validité de l'article attaqué en concluant qu'il est proportionné à l'objectif recherché qui est d'empêcher la marginalisation d'un groupe identifiable. La Cour rappelle également que la définition jurisprudentielle de « haine » que l'on retrouve à l'article 14(1)(b) du *Code*, définition stricte proposée par la même Cour dans l'affaire *Taylor*, devait servir de limite au pouvoir d'intervention des commissions. Pour deux des tracts en cause, la Cour va d'ailleurs conclure que même s'ils sont choquants, les propos véhiculés ne traduisaient pas le degré de haine que requiert l'application de l'interdiction.

Quant aux dispositions du Code criminel, elles sont toujours en vigueur et forment le cœur de l'instrument législatif contre la propagande haineuse au Canada. Nous verrons que certaines lois fédérales spécifiques posent également des interdictions.

En vertu de l'article 318, commet un crime passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans la personne qui préconise ou foment le génocide :

318 (1) Quiconque préconise ou foment le génocide est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans.

(2) Au présent article, génocide s'entend de l'un ou l'autre des actes suivants commis avec l'intention de détruire totalement ou partiellement un groupe identifiable, à savoir :

a) le fait de tuer des membres du groupe ;

b) le fait de soumettre délibérément le groupe à des conditions de vie propres à entraîner sa destruction physique.

(3) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction prévue au présent article sans le consentement du procureur général.

(4) Au présent article, groupe identifiable s'entend de toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre ou la déficience mentale ou physique.

L'article 319(1) vise quant à lui la communication de déclarations dans un endroit public de manière à inciter la haine contre un groupe identifiable, lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix. Le coupable peut être passible d'une peine d'emprisonnement maximale de deux ans.

²⁴² Walker, *supra* note 80.

319 (1) Quiconque, par la communication de déclarations en un endroit public, incite à la haine contre un groupe identifiable, lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix, est coupable :

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans ;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

L'article 319(2) est la disposition analysée dans l'affaire *Keegstra*, sa constitutionnalité n'est plus contestée :

319 (2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, fomente volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable :

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans ;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Un certain nombre de défenses sont aussi prévues à la loi.

319 (3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants :

- a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies ;
- b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou une opinion fondée sur un texte religieux auquel il croit, ou a tenté d'en établir le bien-fondé par argument ;
- c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies ;
- d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

Pour qu'un verdict de culpabilité soit prononcé, il faut prouver l'élément intentionnel propre aux articles susmentionnés. S'agissant de l'article 319(2) l'intention vise l'acte de fomenter la haine. La poursuite doit donc démontrer que l'accusé devait savoir que ses actes auraient pour effet de fomenter la haine. Si, en dehors des mécanismes d'exonération prévus à l'article 319(3), l'insouciance et la bonne foi peuvent exonérer l'accusé, il n'en est rien pour l'aveuglement volontaire :

[66] Wilful blindness is more than mere recklessness. Criminal law treats wilful blindness as equivalent to actual knowledge because the accused "knew or strongly suspected" that inquiry on his part respecting the consequences of his acts would fix him with the actual knowledge he wished to avoid. The appellant's submission that wilful blindness is insufficient to support the stringent mens rea requirement contained in s. 319(2) because it limits freedom of expression is not supported by the jurisprudence. Wilful blindness satisfies the stringent mens rea requirement for the offence of wilfully promoting hatred and does no violence to Dickson C.J.C.'s definition of the mental element for the offence in *Keegstra*, *supra*.

The trial judge did not convict the appellant based on an insufficient mens rea requirement and Dambrot J. did not err in upholding his conviction.²⁴³

Le Code criminel a été complété en 2015 par l'introduction d'un article 83.221 qui interdit de préconiser ou fomenter la perpétration d'infractions de terrorisme en général :

83.221 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans, quiconque, sciemment, par la communication de déclarations, préconise ou fomente la perpétration d'infractions de terrorisme en général — exception faite de l'infraction visée au présent article —, sachant que la communication entraînera la perpétration de l'une de ces infractions ou sans se soucier du fait que la communication puisse ou non entraîner la perpétration de l'une de ces infractions.

On notera que l'article 718.2a(i) du Code Criminel concernant les principes de détermination de la peine permet au juge d'imposer une peine plus sévère dans le cas d'infractions motivées par « des préjugés ou de la haine fondés (sic) sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique, l'orientation sexuelle ou l'identité ou l'expression de genre ».

Finalement, ces infractions sont transposées sous la forme d'interdictions dans plusieurs lois fédérales spéciales. La *Loi sur la distribution de radiodiffusion* en particulier fait interdiction, en son article 8(1)b), de distribuer un service de programmation qui contient « des propos offensants ou des images offensantes qui, pris dans leur contexte, risquent d'exposer une personne, un groupe ou une classe de personnes à la haine ou au mépris pour des motifs fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge ou une déficience physique ou mentale »²⁴⁴. Le *Règlement* sur la radio vise, aux mêmes fins d'interdiction, les « propos offensants qui, pris dans leur contexte, risquent d'exposer une personne ou un groupe ou une classe de personnes à la haine ou au mépris pour des motifs fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge ou la déficience physique ou mentale »²⁴⁵. D'autres règlements prescrivent des interdictions similaires²⁴⁶.

²⁴³ *R. c. Harding*, 2001 CanLII 21272 (ON CA), en ligne : <http://canlii.ca/t/1f82f>.

²⁴⁴ *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555, art. 8(1)b).

²⁴⁵ *Règlement de 1986 sur la radio*, DORS/86-982

²⁴⁶ Walker, *supra* note 80 : ce texte qui nous a servi pour l'écriture de cette section fait le recensement des ces règlements à sa note 44 sous la section 3.4.

V. Conclusions

Il faut maintenant conclure. La première observation qui doit être faite au terme de cette étude est que la protection du droit à la liberté d'expression, aussi fondamentale et fédératrice qu'elle soit, ne la soustrait pas à certains paradoxes. D'abord les théories qui la supportent ne sont pas suffisantes. L'approche contextuelle plébiscitée par la Cour suprême est en réalité la marque évidente qu'il ne peut y avoir un schéma d'explication et de justification unique et universel. C'est là en réalité un paradoxe puisque le contexte devient prétexte à écarter certains cadres théoriques qui ferait échouer la solution recherchée. La liberté d'expression est une norme en contrepoint qui se révèle qu'au gré des causes. Il est impossible de déterminer à l'avance ses limites : ceci est particulièrement évident dans ses manifestations sous l'article 2b) de la *Charte canadienne* et en particulier dans l'examen de la proportionnalité de l'action gouvernementale sous l'article premier. On notera très certainement aussi la montée d'une certaine conception de la liberté d'expression qui se voit être désolidarisée des conceptions historiques et qui voudrait voir la liberté d'expression protégée en tant que telle, hors de toute fonction sociale ou politique déterminée. Cette position relaye les inquiétudes de voir l'État jouer sur plusieurs lignes d'argumentation pour justifier son intervention et, par là, mener une politique perfectionniste en imposant une certaine vision du bien commun.

D'autre part, depuis l'adoption de la *Charte canadienne* et son inclusion à l'ordre constitutionnelle, on observe une certaine forme de constitutionnalisation du discours en droit privé. On parlera d'une influence indirecte mais de plus en plus marquée. Là encore, ce mouvement d'émancipation du droit privé, d'enveloppement auquel il résiste pour l'instant et tente de demeurer hermétique, n'est pas sans poser son lot de difficultés. Les juges, conscients de la force des valeurs constitutionnelles, sont réticents à adapter les critères et le syllogisme juridique propre au droit privé aux exigences du droit public. En d'autres termes, même si la frontière entre droit privé et droit public semble de plus en plus poreuse, on s'interroge sur un droit public qui pourrait subordonner les solutions du droit privé. On se demande alors comment le droit public pourrait imposer ses instructions et à sa méthode sans que le droit privé perde sa raison d'être et son autonomie : celle de coordonner les intérêts privés. Sur le plan de la technique générale, alors que l'expansion du droit constitutionnel inviterait à une nouvelle lecture du droit privé (un droit enrichi d'une fibre sociale nouvelle), les fantômes de la controverse sur l'examen des motifs et de la fonction des droits subjectifs réapparaissent. La socialisation des droits par l'invitation du droit constitutionnel est en réalité ce qui avait été souhaité par les tenants de la théorie de l'abus de droit²⁴⁷. Or, déjà, cette théorie souvent réprouvée en droit civil et en *common law*, l'a été au motif qu'elle introduisait l'idée d'un motif illégitime dans l'exercice d'un droit et qu'elle soumettait l'analyse de cas particuliers à l'imposition d'une certaine vue morale. Voilà que le droit, qui tente de se défaire de la morale, renoue avec ses démons. Qui des instances démocratiques ou des tribunaux détient la clef ? Les nombreuses dissidences de la Cour suprême et l'affaire *Ward* montre l'imprévisibilité du processus judiciaire, mais aussi le lent glissement vers un discours moralisateur difficile à justifier en droit même s'il peut trouver de solides assises en philosophie politique.

Enfin, Internet étant devenu un lieu d'expression privilégié, toute tentative de régulation publique, mais aussi privée, pourra être soumise à un examen en vertu des garanties constitutionnelles. La liberté d'expression n'accorde pas, en l'état du droit canadien, un droit d'accès à l'information mais il est incontestable que les multiples plateformes de média

²⁴⁷ Pierre-Emmanuel Moyses, « L'anténorme : essai sur une théorie de l'abus en propriété intellectuelle », Partie I, (2012) 57 McGill Law Journal 861 ; Pierre-Emmanuel Moyses, « L'anténorme : essai sur une théorie de l'abus en propriété intellectuelle », Partie II, (2012) 58 McGill Law Journal 3.

sociaux font d'Internet un lieu privilégié de communication et d'expression. En temps de crise, c'est d'ailleurs un des lieux de prédilection de la censure dans les États totalitaires. Il reste à voir comment cette liberté d'expression qui jusqu'à présent semble soutenir une politique plutôt non-interventionniste pourra ou devra être régulée. L'intervention pourra en effet être nécessaire, par exemple pour se prémunir contre certaines déviations, telles que les fausses nouvelles. On s'interrogera également sur l'opportunité ou la nécessité des gouvernements d'établir un droit à un accès Internet, cette fois-ci sous un principe actif d'intervention, sous l'égide du droit à la liberté d'expression.

Textes législatifs et réglementaires

Législation et réglementation canadiennes (fédérale)

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.).

Loi électorale du Canada, L.C. 2000, c. 9.

Loi sur la protection des sources journalistiques, L.C. 2017, c. 22.

Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, LRO 1990, c F.31.

Loi sur la modernisation du droit d'auteur, L.C. 2012, c. 20.

Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, c. 11.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42.

Loi sur le parlement, L.R.C. 1985, c. P-1.

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, c. T-13.

Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, c. 38.

Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1.

Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne, L.C. 2010, c. 23.

Règlement de 1986 sur la radio, DORS/86-982.

Règlement sur la distribution de radiodiffusion, DORS/97-555.

Législation canadienne (provinciale)

British Columbia Human Rights Code [RSBC 1996] c. 210.

Charte des droits et libertés de la personne, R.L.R.Q. c. C-12, [*Charte québécoise*].

Code civil du Québec, R.L.R.Q. c. CCQ-1991.

Code de procédure civile, R.L.R.Q. c. C-25.01.

Loi protégeant la province contre la propagande communiste, Statuts de la province de Québec 1937, c. 11, p. 41-43.

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1 (version de 1971).

Loi sur l'assemblée législative, L.R.O 1990, c. L.10.

Loi sur l'assemblée nationale, L.R.Q. A-23.1

Loi sur le cinéma, R.L.R.Q., c. C-18.1.

Loi sur les maisons de désordre, R.L.R.Q., c. M-2.

Manitoba Human Rights Code, [C.C.S.M. 1987] c. H175.

New Brunswick Human Rights Act, [2011] c.171.

Newfoundland and Labrador Human Rights Act, [SNL 2010] C. H-13.1.

Northwest Territories Human Rights Act, [L.T.N.-O. 2002], c. 18.

Nova Scotia Human Rights Act, [R.S. 1989] c. 214.

Nunavut Human Rights Act [S.Nu. 2003], c.12.

Ontario Human Rights Code, [R.S.O. 1990], c. H.19.

Prince Edward Island Human Rights Act, [2016], Ch. H-12.

Saskatchewan Human Rights Code [2018], c. S-24.2.

Yukon Human Rights Act, [LRY 2002], c. 116.

Projet de loi (Québec)

P.L. 187, *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, 1^e sess., 41^e lég., Québec, 2018 (sanctionné le 15 juin 2018), en ligne : www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2018C26F.PDF.

Rapports gouvernementaux

Commission canadienne des droits de la personne, *Rapport présenté à la Commission canadienne des droits de la personne concernant l'article 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne et la réglementation de la propagande haineuse sur Internet*, (Ottawa : Commission canadienne des droits de la personne, 2008), en ligne : http://publications.gc.ca/collections/collection_2016/ccdp-chrc/HR4-33-2008-fra.pdf.

Commission du droit d'auteur du Canada, « Exécution publique d'œuvres musicales » (27 octobre, 1999), en ligne : <https://cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf>.

Ministère de la Justice du Canada, *Rapport soumis au Ministre de la Justice par le Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*, (Comité Cohen), (Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966).

Rapport du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie (Juin 2019), en ligne (pdf) : www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/INDU/Reports/RP10537003/indurp16/indurp16-f.pdf.

Traités internationaux

Convention américaine sur les droits de l'Homme (novembre 1969).

Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (3 septembre 1953) Rome, 4.XI.1950.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, (4 janvier 1969).

Convention relative aux droits de l'enfant (2 septembre 1990).

Convention relative aux droits des personnes handicapées (13 décembre 2006, signée le 12 avril 2018).

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (avril 1948).

Déclaration canadienne des droits, L.C. 1960, c. 44.

Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones (13 septembre 2007), 61/295, en ligne : documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/08/PDF/N0651208.pdf?OpenElement.

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (10 décembre 1948) [*DUDH*].

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (23 mars 1976) à l'art. 19, [*PIDCP*].

Jurisprudence

- Abrams c. United States*, 250 U.S. 616 (1919).
- Bédard c. Dawson*, [1923] R.C.S. 681.
- Bérubé c. Lafarge Canada inc.*, 2016 QCCA 874.
- Bellemarre c. Robitaille*, 2019 QCCQ 1046.
- Bou Malhab c. Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214.
- Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892 [Taylor].
- Canada (House of Commons) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667 [Vaid].
- Canadian Broadcasting Corp. c. Color your world Corp.*, 1998 CanLII 1983 (ON CA) [Color your world].
- Canadian Broadcasting Corp. c. Summerside (City of)*, 1999 CanLII 4294 (PE SCTD).
- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, *Decision CRTC 2017-367*, en ligne : <https://crtc.gc.ca/eng/archive/2017/2017-367.pdf>.
- Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, [2018] 2 R.C.S. 687.
- Cohen c. Susan Fiedler Incorporated*, 2014 CF 967 [Cohen].
- Ward c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)*, 2016 QCCA 1660.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, 2016 QCTDP 18 [Ward].
- Compagnie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada*, [1996] 2 FC 306 [Michelin].
- Crookes c. Newton*, [2011] 3 R.C.S. 269 [Crookes].
- Cusson c. Quan*, [2007] O.J. No. 4348, 87 O.R. (3d) 241 (Ont. C.A.) [Cusson].
- Dagenais c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 R.C.S. 835 [Dagenais].
- Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 79.
- Duhaime c. Mulcair*, [2005] R.J.Q. 1134.
- Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.
- Ford c. Québec (Procureur Général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.
- Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201 [Genex].
- George c. Canada (PG)*, 2007 CF 564.
- Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592.
- Grant c. Torstar Corp.*, [2009] 3 R.C.S. 640 [Grant].
- Guignard c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, [1998] R.L. 672.
- Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200.
- Harvey c. Nouveau-Brunswick (P.G.)*, [1996] 2. R.C.S. 876.

- Hill c. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.
- Hôpital général de Montréal c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161.
- Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 [*Irwin Toy*].
- Kielley c. Carson*, (1842) 4 Moore 63, 13 E.R. 225.
- Melançon c. Khadir*, 2017 QCCS 2108.
- M. (M.J.) c. M. (D.J.)*, 2000 SKCA 53 (CanLII), <http://canlii.ca/t/11718>.
- Néron c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 R.C.S. 95.
- Nouveau-Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319 [*N.B. Broadcasting*].
- Nova Scotia Board of censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662.
- Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).
- Proulx c. Martineau*, 2015 QCCA 472.
- Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663 [*Prud'homme*].
- Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665.
- R. c. Bitz*, 2009 SKPC 138.
- R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 4 [*Butler*].
- R. c. Edwards Books and Art Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 713.
- R. c. Harding*, 2001 CanLII 21272 (ON CA), en ligne : <http://canlii.ca/t/1f82f>.
- R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 [*Keegstra*].
- R. c. Keegstra*, (1988) ABCA 234, 43 C.C.C. (3d) 150.
- R. c. Keegstra*, (1984) ABQB 1313 (AB QB), 19 C.C.C. (3d) 254.
- R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477.
- R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 [*Oakes*].
- R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.
- R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731 [*Zundel*].
- Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100.
- Re N. B. Broadcasting Co. et CRTC*, 1984 CanLII 2906 (FCA), [1984] 2 C.F. 410.
- Re Southan and the Queen (No 1)* (1983) 41 OR (2d) 583 (CA).
- RJR-MacDonald c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199 [*RJR-MacDonald*].
- Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232.
- Roman Corporation Limited c. Hudson's Bay Oil and Gas Co.*, [1971] OR 418.
- Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.
- Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467.
- SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 [*SDGMR*].

Sierra Club of Canada c. Canada (Minister of Finance), [2002] 2 R.C.S. 522.

Snyder c. Montreal Gazette Ltd., [1988] 1 R.C.S. 494.

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet, [2004] 2 R.C.S. 42.

Société Radio-Canada c. La Reine, [2011] 1 R.C.S. 65.

Southam Inc. c. Canada, 1997 CanLII 12193 (ON SC), 36 O.R. (3d) 721A.

Switzman c. Elbling et Québec (P.G.), [1957] R.C.S. 285 [Switzman].

Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877 [Thomson Newspapers].

Toronto Star c. AG Ontario, 2018 ONSC 2586 (CanLII).

Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario, [2005] 2 R.C.S. 188.

UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 143.

United Airlines, Inc. c. Cooperstock, [2018] 1 R.C.F. 188 [Cooperstock]

Vézina c. Lacroix, (1936) 40 R.P.I.

WIC Radio Ltd. c. Simpson, [2008] 2 R.C.S. 420 [WIC Radio].

Bibliographie

BEAUREGARD, A. « La protection des droits des non-parlementaires dans le cadre des délibérations des assemblées législatives » (2011), en ligne : Université Laval – Thèses et mémoires <http://hdl.handle.net/20.500.11794/22605>

BERNATCHEZ, S. « La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal » (2012) 53:4 Les Cahiers de Droit 687.

BRIDY, A., ET KELLER, D. « U.S. Copyright Office Section 512 Study: Comments in Response to Notice of Inquiry » (Mars 2016), Appendix B, en ligne (pdf) : <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/08/SSRN-id2757197.pdf>.

CARVER, P. « A Principle of Vital Importance: The Supreme Court's Approach to Purposeful Limits on Expression in Section 2(b) » (2017), 78 SCLR (2d) 191.

CRAIG, C. « Putting the Community in Communication: Dissolving the Conflict Between Freedom of Expression and Copyright » (2006) 56 Univ of Toronto LJ 75.

GAUDREAU-DESBIENS, J. « Du droit et des talismans : mythologies, métaphores et liberté d'expression » (1998) 39 Les Cahiers de Droit 717, à la p. 742.

GAUDREAU-DESBIENS, J. *La liberté d'expression entre l'art et le droit* (Québec : Presses de l'Université Laval, 1996).

GAUDREAU-DESBIENS, J., ET PINARD, D. « Les minorités en droit public canadien », (2003-04) 34 R.D.U.S. 199

GINGRAS, A. « La question de la liberté d'expression dans les démêlés judiciaires et les revers administratifs de CHOI-FM » (2007) 40 Revue canadienne de science politique 79.

GRÉGOIRE, M. « Atteinte à la vie privée et à la réputation » dans *JurisClasseur Québec, Personnes et famille*, coll. « Droit civil », fasc. 4, Montréal, LexisNexis, feuilles mobiles, 2010.

HAMILTON, S. *Expressions Law: Communication, Law and Media in Canada* (Ontario : LexisNexis, 2009).

HOGG, P. *Constitutional Law of Canada* (Toronto : Thomson Reuters, 2017).

KELLER, D. « Empirical Evidence of "Over-Removal" by Internet Companies under Intermediary Liability » (Octobre 2015), en ligne : cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/empirical-evidence-over-removal-internet-companies-under-intermediary-liability-laws.

MAINGOT, J. *Le privilège parlementaire au Canada*, 2e éd. (Ottawa : Chambre des communes, 1997).

MOYSE, P. « L'anténorme : essai sur une théorie de l'abus en propriété intellectuelle », Partie II, (2012) 58 McGill Law Journal 3.

MOYSE, P. « L'anténorme : essai sur une théorie de l'abus en propriété intellectuelle », Partie I, (2012) 57 McGill Law Journal 861.

NG, K. "Spam Legislation in Canada: Federalism, Freedom of Expression and the Regulation of the Internet" (2005) 2:2 UOLTJ 447.

NOREAU, P., MACDONALD R., ET JUTRAS, D. « Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP) » (Montréal, Ministère de la justice du Québec, 2007), en ligne : https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais/centredoc/rapports/systeme-judiciaire/slapp.pdf.

PORTALIS, J. « Exposé de motifs » dans Jean Guillaume de Locré, dir., *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 8, (Paris : Treuttel et Würtz, 1827) 142.

REYNOLDS, G. « Reconsidering Copyright's Constitutionality » (2016) Osgoode Legal Studies Research Paper No 30.

ROSEN, P. « La propagande haineuse » (2000) 85-6F, en ligne : <http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/856-f.htm>.

ST-HILAIRE, M., ET BELLAVANCE, C. « La critique d'appropriation culturelle : nouvel iconoclasme » (2019) 132 INTER Art Actuel 8, en ligne : Érudit <https://id.erudit.org/iderudit/90968ac>.

ST-HILAIRE, M. « Privilège parlementaire : une jurisprudence à récrire » (2017) 11:1 Journal of Parliamentary and Political Law / Revue de droit parlementaire et politique 11.

ST-HILAIRE, M. « Du non-droit de l'application de la Charte Canadienne des Droits et Libertés » (2015) 45 R.D.U.S. 57.

SYRIANOS, S. « The Battle For the Right to Use the Trade-Mark "Fuck Cancer" in Canada » (2014), en ligne : <https://www.robic.ca/wp-content/uploads/2017/05/142-286E-SSY-2014.pdf>.

TREMBLAY, L. « Le Canada de la Charte : une démocratie libérale neutre ou perfectionniste ? » (1995) 40 R.D. McGill 487.

WALDRON, J. *The Harm in Hate Speech* (London : Harvard University Press London, 2012).

WALKER, J. Discours haineux et liberté d'expression : balises légales au Canada (Étude générale) Publication N0 2018-25-F (Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2018), en ligne : https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/fr_CA/ResearchPublications/201825E#a4-1.

WOEHLING, J. « Les conséquences de l'application de la charte canadienne des droits et libertés pour la vie politique et démocratique et l'équilibre du système fédéral », dans Alain-G. Gagnon, dir., *Le Fédéralisme Canadien Contemporain : Fondements, traditions, institutions*, (Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2006) 251, en ligne : <https://books.openedition.org/pum/10332?lang=fr>.

WOEHLING, J. « 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 (Février 1993), en ligne : http://www.cslf.gouv.qc.ca/bibliotheque-virtuelle/publication-html/?tx_igcplus_pi4%5bfile%5d=publications/avis120/a120.htm#retour10.

Sitographie

- BASTARACHE, M. « Le bijuridisme au Canada », *Ministère de la Justice* (4 février 2000), en ligne : www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/hlf-hfl/f1-b1/bf1g.html>.
- BOURGAULT-CÔTÉ, G. « L'indignation aura eu raison du spectacle. SLAV », *Le Devoir* (5 juillet, 2018), en ligne : <https://www.ledevoir.com/culture/musique/531684/le-festival-de-jazz-annule-le-representations-de-la-piece-slav>.
- COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, « Organismes des droits de la personne provinciaux et territoriaux », en ligne : www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/provincial-territorial-human-rights-agencies.
- « Commission de vérité et réconciliation du Canada » (19 février, 2019), en ligne : Gouvernement du Canada <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1450124405592/1529106060525#chp2>.
- GOUVERNEMENT CANADA, « Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones » (12 novembre 2010), en ligne : www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, « Article 1 – Limites raisonnables », en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/check/art1.html>.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, « Article 2b) – Liberté d'expression », en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/check/art2b.html>.
- « Occasion manquée. Censure dénoncée : les réactions fusent avec l'annulation de *Kanata* » (26 juillet, 2018), en ligne : Radio-Canada <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1114938/reactions-annulation-kanata-autochtones-theatre>.

La présente étude fait partie d'un projet plus général qui vise à jeter les bases d'une comparaison des régimes juridiques applicables à la liberté d'expression dans différents ordres juridiques.

Le document expose, relativement au Canada et en rapport avec le thème de l'étude, la législation en vigueur, la jurisprudence la plus significative et la notion de liberté d'expression avec ses limites actuelles et en prospective, et s'achève par quelques conclusions avec possibles solutions face aux défis futurs.

Au Canada, la liberté d'expression est garantie par la Constitution. Des lois provinciales relayent aussi sa protection dans les domaines du droit privé. Au gré des décisions, ce droit a mobilisé plusieurs théories justificatives (recherche de vérité, participation citoyenne, épanouissement personnel, etc.), interprétées avec beaucoup de latitude par les tribunaux. Le consensus moderne est qu'aucune théorie ne prévaut, la liberté d'expression évoluant avec les valeurs de la société canadienne.

Publication de l'Unité Bibliothèque de droit comparé
EPRS | Service de recherche du Parlement européen

Ce document a été préparé à l'attention des Membres et du personnel du Parlement européen comme documentation de référence pour les aider dans leur travail parlementaire. Le contenu du document est de la seule responsabilité de l'auteur et les avis qui y sont exprimés ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement.



Papier ISBN 978-92-846-5772-8 | doi:10.2861/31350 | QA-04-19-628-FR-C
PDF ISBN 978-92-846-5781-0 | doi:10.2861/77582 | QA-04-19-628-FR-N