

PARTIE IV

LA CONTESTATION RELATIVE À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

314. Le Procureur général du Canada admet que les articles 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26(2), 27, 28 et 31 de la Loi sur le tabac portent atteinte au droit à la liberté d'expression énoncés à l'article 2 de la Charte.
315. Le Procureur général du Canada soutient que ces restrictions sont justifiées au sens de l'article premier de la Charte.

A) Le test de l'article premier

316. L'article premier de la Charte prévoit ce qui suit:

« 1. La Charte canadienne des droits et libertés 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. »

317. Les principes généraux régissant l'analyse fondée sur l'article premier ont été exposés à maintes reprises depuis l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Dans *RJR MacDonald c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199, notamment, le juge McLachlin résume l'état de la question aux p. 329-30 du jugement :

*« Les facteurs énoncés dans l'arrêt Oakes demeurent les facteurs généralement pertinents pour déterminer si une limite prévue dans une loi est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Premièrement, l'objectif de la loi qui restreint un droit ou une liberté garantis par la Charte doit être **suffisamment important** pour justifier sa suppression. Deuxièmement, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent être **proportionnels à l'objectif** et à l'effet de la loi -- en bref, proportionnels au bien qu'elle vise. Dans la détermination de la proportionnalité, il faut tenir compte de trois points: les mesures choisies doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif; elles doivent restreindre aussi peu que cela est raisonnablement possible le droit ou la liberté garantis (atteinte minimale), et il doit exister une proportionnalité globale entre les effets préjudiciables des mesures et les effets salutaires de la loi. »*

1) L'objectif suffisamment important

318. Selon l'arrêt *Oakes*, pour pouvoir constituer une limite justifiable à un droit, la loi contestée doit viser un objectif considéré urgent et réel dans une société libre et démocratique.
319. L'objectif de la Loi sur le tabac est exposé à son article 4:

« Art. 4: La présente loi a pour objet de s'attaquer, sur le plan législatif, à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave et d'envergure nationale et, plus particulièrement :

a) de protéger la santé des Canadiennes et des Canadiens compte tenu des preuves établissant, de façon indiscutable, un lien entre l'usage du tabac et de nombreuses maladies débilitantes ou mortelles;

b) de préserver notamment les jeunes des incitations à l'usage du tabac et du tabagisme qui peut en résulter;

c) de protéger la santé des jeunes par la limitation de l'accès au tabac;

d) de mieux sensibiliser la population aux dangers que l'usage du tabac présente pour la santé. »

320. Les demanderesse ont également reconnu que cet objectif était suffisamment urgent et réel pour justifier la limitation d'un droit garanti par la Charte.¹⁹²
321. L'ensemble des faits exposés à la Cour démontre amplement l'urgence de l'objectif et sa réalité.
322. Les demanderesse ont reconnu que le premier de ces objectifs, soit de faire diminuer la consommation des produits du tabac était suffisamment urgent et réel pour justifier la limitation d'un droit garanti par la Charte (voir liste des admissions des demanderesse, 13 juin 1997, par. 6 à 11 (ii)(b)).
323. La validité de cet objectif a d'ailleurs été reconnu par la Cour suprême dans le jugement de 1995.
324. Le second objectif, est celui de protéger les jeunes des incitations à consommer les produits du tabac.
325. Les jeunes forment un groupe particulièrement vulnérable de la société. Ils sont influençables et se laissent aisément convaincre par les techniques manipulatrices de la publicité :

«Le déséquilibre des forces entre le publicitaire et le consommateur est encore plus marqué dans le cas des enfants qui, comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy*, à la p. 987, sont «particulièrement vulnérable[s] aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité»¹⁹³;

326. Dans l'affaire *Irwin Toy c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, la Cour suprême a reconnu que protéger les jeunes contre l'exposition à la publicité était un objectif permettant de restreindre un droit de la Charte.:

À notre avis, le procureur général du Québec a fait la preuve que la préoccupation qui a abouti à l'adoption de la loi contestée était urgente et réelle et que l'objet de la loi était d'une très grande importance. La préoccupation est de protéger un groupe qui est particulièrement vulnérable aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité. Selon les termes mêmes du procureur général du Québec, "Ce sont eux qui vivent le plus manifestement cette situation d'infériorité et de déséquilibre entre producteurs et consommateurs que le législateur a voulu corriger".

¹⁹² Voir la liste des admissions des demanderesse en date du 13 juin 1997, par. 6 à 11 (ii)b)

¹⁹³ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199, M. le j. La Forest, par. 76

327. Dans *Irwin Toy*, l'interdiction ne visait pas que le tabac ou d'autres produits nocifs pour la santé. Elle visait la publicité concernant tout produit. L'objectif n'était pas de protéger les jeunes contre certains produits, mais plutôt de protéger les jeunes contre la manipulation provenant de la publicité en tant que telle.
328. L'objectif de protéger les jeunes de l'exposition à certains phénomènes a également été reconnu dans le *Renvoi sur la Prostitution (Renvoi concernant les art. 193 et 195.1(1)(c) du Code Criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.
329. Dans cette affaire, l'objectif de la loi a été identifié comme étant la protection contre la nuisance sociale associée au commerce de services sexuels en public. Le juge Lamer, dans une opinion concurrente, a indiqué ce qui suit (p. 1195):

[J]e conclus que l'al. 195.1(1)c) du Code vise des préoccupations urgentes et réelles, et plus précisément qu'il vise à réduire les nuisances causées par la sollicitation en public à des fins de prostitution, les activités criminelles connexes, comme la possession et le trafic de stupéfiants, la violence et les activités des souteneurs, à éviter aux passants et aux propriétaires d'être exposés à la sollicitation de rue et enfin à empêcher que des jeunes personnes vraisemblablement vulnérables et impressionnables soient exposées à une activité qui constitue à plusieurs égards une exploitation dégradante et, dans certains cas, dangereuse.

330. Mentionnons enfin que la Cour suprême dans le jugement *RJR-MacDonald* de 1995 a mentionné que d'interdire la publicité destinée vers les adolescents serait une mesure valide dans le cadre de l'article premier (par. 164, j. McLachlin (et j. Sopinka et J. Major); par. 191, j. Iacobucci (et j. Lamer); par. 119 (j. La Forest (et j. L'Heureux-Dubé, j. Gonthier et j. Cory))
331. Le troisième objectif mentionné à l'article 4 de la loi est de protéger la santé des jeunes par la limitation de l'accès au tabac. Cet objectif a toute son importance.
332. Le quatrième objectif mentionné à l'article 4 est de mieux sensibiliser la population aux dangers que l'usage du tabac présente pour la santé. Cet objectif se rapporte au pouvoir octroyé par la loi d'adopter des règlements prévoyant l'apposition d'informations de santé sur les paquets de cigarettes. Ce pouvoir a été exercé et a mené à l'adoption du Règlement sur l'information.
333. Les quatre objectifs de la Loi conjugués aux autres dispositions agissent en synergie et constituent globalement un ensemble de mesures visant la lutte au tabagisme.

2) Le principe de proportionnalité

334. Ce deuxième critère comporte trois exigences, à savoir:
- (i) la mesure législative doit avoir un lien rationnel avec l'objectif de la loi;

- (ii) cette mesure doit porter atteinte le moins possible au droit ou à la liberté; et
- (iii) il doit y avoir équilibre entre les effets bénéfiques de la loi et ses effets sur le droit ou la liberté en cause.

(i). Le lien rationnel

335. Pour que ce critère soit respecté, il faut déterminer s'il existe un lien rationnel entre, d'une part, les moyens utilisés par la Loi sur le tabac, et, d'autre part, l'objectif visé c'est-à-dire réduire les méfaits du tabac.

336. La norme de preuve à cette étape peut être basée sur la logique et la raison et l'effet de la loi n'a pas à être démontré scientifiquement.

337. Dans l'affaire *RJR-MacDonald*, précitée, le juge Iacobucci (avec l'appui du juge en chef Lamer) écrit à la p. 352:

« Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens. Elle n'est en aucune façon déterminante. »

338. Le juge McLachlin (avec l'appui du juge Sopinka) écrit pour sa part à la p. 154 du même jugement:

« Le lien causal entre l'atteinte aux droits et l'avantage recherché peut parfois être établi par une preuve scientifique démontrant à la suite d'une observation répétée que l'un influe sur l'autre. Par contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, comme dans le cas de la Loi réglementant les produits du tabac, le lien causal pourrait bien ne pas être mesurable du point de vue scientifique. Dans ces cas, notre Cour s'est montrée disposée à reconnaître l'existence d'un lien causal entre la violation et l'avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif[.] »

339. Pour sa part, le juge La Forest (avec l'appui des juges Cory, Gonthier et L'Heureux-Dubé) écrit, aux p. 290-91:

« [I]l n'est pas nécessaire en l'espèce que le gouvernement fasse la preuve d'un lien rationnel selon les règles de preuve en matière civile. Il lui suffit plutôt de démontrer qu'il avait des motifs raisonnables de croire à l'existence d'un tel lien; [...] »

[...] Bien que jusqu'à maintenant, comme le font remarquer avec raison les appelantes, il n'y ait jamais eu d'étude concluante sur le lien entre la publicité des produits du tabac et leur usage, je crois qu'on a présenté suffisamment d'éléments de preuve au procès pour conclure que la Loi sert logiquement l'objectif de réduire l'usage des produits du tabac par la prohibition tant de la publicité que de la promotion. »

340. Cette approche basée sur la logique et la raison fut confirmée dans plusieurs autres décisions subséquentes de la Cour suprême.¹⁹⁴:
341. Étant donné que dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, la Cour suprême a reconnu à l'unanimité un lien rationnel entre l'objectif de la *LRPT* et l'interdiction de la publicité, le Procureur général du Canada soutient que les dispositions contestées en l'espèce ont un lien rationnel avec l'objectif de la loi, tel qu'il est énoncé à l'article 4.

(ii). L'atteinte minimale

342. Selon l'arrêt *Oakes*, la disposition contestée doit porter atteinte le moins possible aux droits garantis par la Charte.
343. La Cour suprême a exprimé sa réticence à substituer son opinion à celle du législateur dans le choix des moyens retenus pour atteindre l'objectif:

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713¹⁹⁵.

« Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation . »

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697,¹⁹⁶

« [L]'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantie par la Charte. Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté.

Black c. Law Society of Alberta, [1989] 1 R.C.S. 591¹⁹⁷

« [...] « le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable... » lorsqu'il affronte des questions de politique sociale et tente de répondre aux pressions opposées. L'expression « limites raisonnables » est utilisée à l'article premier et il faut lui donner un sens. La notion de souplesse est inhérente au terme « raisonnables ». L'article premier n'exige pas la perfection. »

RJR-MacDonald, précité, aux p. 342-43¹⁹⁸

¹⁹⁴

Voir notamment :

- *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, p. 881
- *Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (P.G.)*, [1996], 3 R.C.S. 480, p. 506-507
- *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, p. 465
- *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, p. 96-101

¹⁹⁵

M. le j. en chef Dickson (avec l'appui des juges Chouinard et Le Dain), en p. 782

¹⁹⁶

M. le j. en chef Dickson (appuyé par la majorité), en p. 784-785

¹⁹⁷

M. le j. La Forest (appuyé par la majorité), en p. 627-628

« Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation. »

344. En conclusion, le Procureur général du Canada soutient que les articles 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26(2), 27, 28 et 31 de la Loi sur le tabac sont raisonnables et portent atteinte le moins possible à la liberté d'expression, étant donné l'objectif réel et urgent que constitue la lutte contre les méfaits du tabagisme.

(iii). Les effets bénéfiques de la loi par rapport à ses inconvénients

345. La troisième exigence rattachée à l'analyse de la proportionnalité implique qu'il y ait équilibre entre l'effet de la mesure et son objectif, de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. (*Oakes*, précité).

346. Le Procureur général du Canada soutient que les restrictions à la promotion commerciale ne sont pas démesurées comparativement à l'objectif réel et urgent que représente la lutte contre les méfaits du tabagisme.

B) La nécessité d'une approche souple et adaptée au contexte

347. Les critères de l'arrêt *Oakes* ont été nuancés depuis 1986 afin qu'ils puissent s'adapter au contexte particulier de chaque contestation. La Cour suprême a souligné à quel point il était important de tenir compte des circonstances factuelles de chaque espèce et de ne pas appliquer l'article premier de façon rigide et mécanique:

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713:

« [...] la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans la description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides. »¹⁹⁹

...

« Permettez-moi tout d'abord de souligner, comme le mentionne l'avis du juge en chef, qu'en décrivant les critères circonscrivant l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides. Étant donné que l'objectif est de répondre à une préoccupation urgente et réelle, il faut accorder au législateur suffisamment de latitude pour lui permettre de l'atteindre. Il faut se rappeler que la tâche de gouverner revêt un caractère pratique. L'application de la Constitution doit se faire de manière réaliste en tenant compte de la nature du domaine particulier qu'on veut réglementer et ne pas être une affaire de théorie abstraite.

¹⁹⁸ Mme le j. McLachlin (appuyé par la majorité), en p. 342-343

¹⁹⁹ M. le j. Dickson, p. 768-769

[...] Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées. Bien entendu, ce qui est raisonnable variera avec le contexte. On doit tenir compte de la nature de l'intérêt brimé et du régime législatif qu'on veut implanter. »²⁰⁰

États-Unis d'Amérique c. Cotroni, [1989] 1 R.C.S. 1469²⁰¹

« Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la Charte, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres ont une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir. »

348. D'autres jugements abondent dans le même sens :

Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick, [1996] 1 R.C.S. 825, p. 871-872 :

« Il faut se rappeler que tous les droits protégés par la Charte sont garantis par l'article premier sous réserve des restrictions qui y sont prévues. Ce qui importe, c'est que les valeurs opposées d'une société libre et démocratique soient bien soupesées dans le contexte approprié. Je n'ai pas à examiner davantage les circonstances dans lesquelles un processus plus péremptoire peut être justifiable»

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 737, le juge en chef Dickson au nom de la majorité:

« Il est important de ne pas perdre de vue les circonstances factuelles quand on entreprend l'analyse fondée sur l'article premier, car elles modèlent l'opinion que se fait un tribunal tant du droit ou de la liberté en cause que de la restriction proposée par l'État : ni l'un ni l'autre ne peuvent être examinés dans l'abstrait...

J'ose espérer qu'il ressort clairement de l'analyse qui précède que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application de l'article premier. La possibilité d'utiliser l'article premier comme une jauge s'adaptant aux valeurs et circonstances propres à un appel a été reconnue comme primordiale dans la jurisprudence [...]. »

349. Les tribunaux feront preuve d'une retenue à l'égard du choix du législateur à la lumière :

- De la faible valeur de l'expression utilisée;
- De la vulnérabilité du groupe que la loi cherche à protéger;

²⁰⁰ M. le j. La Forest, p. 794-795

²⁰¹ M. le j. La Forest, au nom de la majorité de la Cour, p. 1489-1490

- Des intérêts divergents que l'État doit arbitrer et concilier dans un domaine complexe.

1) La liberté d'expression dans le domaine commercial : une valeur éloignée des valeurs fondamentales

350. Même si la Charte, en son article 2b), protège la liberté d'expression, toutes les « expressions » n'ont pas le même poids ni la même valeur.

351. Au cœur des valeurs protégées par l'art. 2b) de la Charte se retrouvent :

- La recherche de la vérité;
- La participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique;
- La diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels;

Irwing Toy Limited c. P.G. du Québec, [1989] 1 R.C.S. 927:

En page 976:

“Nous avons déjà parlé de la nature des principes et des valeurs qui sous-tendent la protection vigilante de la liberté d'expression dans une société comme la nôtre. Cette Cour les a également examinés dans l'arrêt Ford (aux pp. 765 à 767) et ils peuvent se résumer ainsi : (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destinée. »

En page 977:

“Mais la demanderesse doit au moins décrire le message transmis et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels.”

352. Il est manifeste que le message transmis par les demanderesse par leur publicité se retrouve à l'opposé de cette recherche de la vérité, de la participation au sein de la société ou l'enrichissement personnels :

« À mon avis, le préjudice engendré par le tabac, et la volonté de faire des profits qui en sous-tend la promotion, placent cette forme d'expression aussi loin du « cœur » des valeurs de la liberté d'expression que la prostitution, la fomentation de la haine ou la pornographie, ce qui fait qu'elle n'a droit qu'à une faible protection en vertu de l'article premier. Il faut se rappeler que la publicité du tabac ne sert aucune fin politique, scientifique ou artistique et qu'elle ne favorise pas la participation au processus politique. Son seul but est plutôt de renseigner les consommateurs sur un produit qui est nocif, voire souvent fatal,

*pour ceux qui en font usage, et d'en faire la promotion. Le principal, sinon le seul motif de la publicité est, bien entendu, le profit. ... »*²⁰²

353. Lorsque la loi n'affecte pas le « cœur » du droit protégé par la Charte, la restriction d'un tel droit est plus facile à justifier.²⁰³
354. La protection prévue par la Charte s'applique différemment selon le type d'activité en cause. La restriction de la liberté d'expression peut ainsi être plus facile à démontrer dans certains cas que dans d'autres, selon que l'activité en question se situe ou non au cœur du droit garanti à l'alinéa 2(b). La restriction de la liberté d'expression est plus difficile à justifier si elle s'applique à des activités de nature politique, par exemple, plutôt qu'à des activités de nature commerciale, pornographique, ou diffamatoire :

SRC c. Nouveau-Brunswick (P.G.), [1996] 3 R.C.S. 480 :²⁰⁴,

« Il importe de souligner que l'activité d'expression particulière qui est restreinte dans un cas donné peut influencer sur la mise en équilibre des intérêts faits sous le régime de l'article premier. Dans RJR-MacDonald, précité, j'ai souligné que les exigences en matière de preuve dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier varient considérablement en fonction de la nature du droit en cause. Dans le cas de la liberté d'expression, notre Cour a constamment affirmé que le degré de protection constitutionnelle dont bénéficie une activité d'expression varie selon la nature de cette activité. Plus précisément, la protection accordée à la liberté d'expression dépend du lien entre l'expression et les valeurs fondamentales que notre Cour a identifiées comme étant les valeurs sous-jacentes au «cœur» de l'al. 2b). Voici en quels termes j'ai formulé cette idée dans RJR-MacDonald, au par. 72:

Bien que la liberté d'expression constitue indubitablement une valeur fondamentale, il existe d'autres valeurs fondamentales qui méritent aussi d'être protégées et examinées par les tribunaux. En cas de conflit entre ces valeurs, comme cela se produit souvent, les tribunaux sont appelés à faire des choix fondés non pas sur une analyse abstraite, platonicienne, mais sur une appréciation concrète de l'importance relative de chacune des valeurs pertinentes dans notre collectivité dans le contexte en question. C'est ce que notre Cour a fait en examinant les demandes touchant le droit à la liberté d'expression en fonction du lien relatif qu'elles ont avec des valeurs encore plus fondamentales. Dans l'arrêt Keegstra, précité, aux pp. 762 et 763, le juge en chef Dickson a identifié ces valeurs fondamentales ou se trouvant au «cœur» d'une garantie comme incluant la découverte de la vérité

²⁰² *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.), [1995] 3 R.C.S. 1999, M. le j. La Forest, par. 75*

²⁰³ *R. c. Schwartz, [1988] 2 R.C.S. 443, p. 491*
Rocket c. Collège Royal des Chirurgiens Dentistes de l'Ontario, [1990] 2 R.C.S. 232, p. 247
États-Unis c. Cotroni, [1989] 1 R.C.S. 1469, p. 1490
R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 785-86
Libman c. P.G. Québec, [1997] 3 R.C.S. 569, p. 606
R. c. Lucas, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 57
Thomson Newspapers c. P.G. Canada, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 91-92

²⁰⁴ M. le j. La Forest, au nom de la Cour, en p. 513

dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l'autonomie et de l'enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique. [soulignement du juge La Forest dans SRC]

Notre Cour a fait «un examen rigoureux» des mesures étatiques qui menacent ces valeurs «fondamentales». En revanche, lorsque l'activité d'expression en question s'écarte beaucoup de l'«esprit même» de l'al. 2b), les mesures étatiques restreignant cette expression sont moins difficiles à justifier. »

355. À l'étape de l'analyse sous l'article 1 de la Charte, il est important d'examiner en quoi l'expression commerciale que les demanderesse tentent de protéger rejoint les valeurs de recherche de la vérité, de participation au sein de la société ou d'enrichissement personnels qui sont au cœur de la liberté d'expression.
356. Selon la preuve en l'instance, les demanderesse font la promotion d'un produit nocif à la santé humaine dans le seul but d'en retirer un profit.
357. Bien qu'il soit important pour les consommateurs d'obtenir de l'information leur permettant de faire des choix économiques éclairés favorisant leur autonomie et leur épanouissement, il faut se rappeler que dans le contexte spécifique du tabagisme, la Cour suprême a déclaré que:

«Le préjudice causé par le tabac ajouté aux visées mercantiles qui en sous-tendent la promotion placent la publicité pour le tabac aussi loin du «cœur» des valeurs fondamentales protégées par la Charte que peuvent l'être la prostitution, la fomentation de la haine ou la pornographie, ce qui fait qu'elle n'a droit qu'à une faible protection en vertu de l'article premier. Il faut se rappeler que la publicité du tabac ne sert aucune fin politique, scientifique ou artistique et qu'elle ne favorise pas la participation au processus politique. Son seul but est plutôt de renseigner les consommateurs sur un produit qui est nocif, voire souvent fatal, pour ceux qui en font usage, et d'en faire la promotion.»

358. Du point de vue du public, la seule utilité que puisse avoir la publicité pour le tabac est de renseigner les consommateurs. C'est pourquoi la Cour suprême a indiqué au Parlement que la publicité informative et préférentielle de marque devait être permise.

2) La vulnérabilité du groupe que la loi vise à protéger

359. Au nombre des facteurs susceptibles de favoriser le respect des choix du Parlement figure la vulnérabilité du groupe que la loi vise à protéger.²⁰⁵.

²⁰⁵

Irwin Toy c. P.G. Québec, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993

Rocket c. Collège Royal des Chirurgiens Dentistes de l'Ontario, [1990] 2 R.C.S. 232, p. 248-49

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 505

Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513, p. 573

Thomson Newspapers c. Canada (P.G.), [1998] 1 R.C.S. 877, p. 955-56

360. Les jeunes et les fumeurs issus en majorité de milieux socio-économiques défavorisés forment un groupe vulnérable par rapport aux demandereses.
361. Les demandereses, toutes trois d'importantes multinationales, dépensent des millions de dollars chaque année pour faire la promotion de leurs produits. En 1996, le total des sommes ainsi dépensées s'élevait à plus de 158 000 000\$²⁰⁶.
362. Les sommes importantes qu'elles consacrent à la publicité leur permettent en outre d'établir leurs activités promotionnelles à partir des découvertes les plus récentes dans les domaines du marketing et des sciences psychosociales.
363. Ces campagnes publicitaires créent par conséquent un important déséquilibre des forces entre les fabricants de tabac et les consommateurs :

« 76. Les appelantes, toutes deux d'importantes multinationales, dépenses des millions de dollars chaque année pour faire la promotion de leurs produits (en 1987 seulement, RJR et Imperial ont dépensé plus de 75 millions de dollars au titre de la publicité et de la promotion); voir RJR-MacDonald Inc., « Advertising and Promotion Spending CND\$ » (1976-1987); Imperial Tobacco Ltd., « Domestic Advertising Expense Summary » (1982-1987). Vu les sommes importantes que ces compagnies consacrent à la publicité, elles sont en mesure de recourir aux techniques les plus avancées dans le domaine de la publicité et des sciences psychosociales pour convaincre d'éventuels acheteurs. À mon avis, la complexité même des campagnes publicitaires menées par ces compagnies ne les aide pas lorsqu'elles demandent que soit protégée leur liberté d'expression, du fait que ces campagnes créent un important déséquilibre des forces entre ces sociétés et les consommateurs des produits du tabac dans le « marché des idées ». Comme l'a fait remarquer M. L. Rothschild dans Advertising : From Fundamentals to Strategis (1987), à la p. 8, et cité dans l'ouvrage de Richard W. Pollay, « The Functions and Management of Cigarette Advertising », Rapport, 27 juillet 1989, à la p. 2 :

[TRADUCTION] La publicité est l'art de vendre; elle est financée par une firme, une personne ou un groupe ayant un point de vue particulier. Le message prône ce point de vue et son objectif est de sensibiliser, de créer un intérêt ou d'établir un comportement qui est favorable à la position avancée. Le message tente d'informer et de persuader, il est intentionnellement partial; il ne s'agit aucunement de présenter un point de vue équilibré.

Le déséquilibre des forces entre le publicitaire et le consommateur est encore plus marqué dans le cas des enfants qui, comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt Irwin Toy, à la p. 987, sont « particulièrement vulnérable[s] aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité »; voir le rapport d'expert de Michael J. Chandler, « A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents » (1989), à la p. 19; le rapport d'expert de Simon Chapman et Bill Fitzgerald, « Brand Preference and Advertising Recall in Adolescent Smokers : Some Implications for Health Promotion » (1982), 72 Am. J. Pub. Health 491, et Gerald J. Gorn et Renée Florsheim, « The Effects of Commercials for Adult Products on Children » (1985), 11 J. Consumer Res. 962. À cet égard, il est essentiel de se rappeler la mise en garde du juge en chef Dickson dans Edwards Books, précité, à la p. 779 :

²⁰⁶

Voir D-239

« 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. »

77. Par conséquent, je conclus qu'il convient en l'espèce de faire preuve de souplesse dans la justification au regard de l'article premier. »²⁰⁷

364. Ce déséquilibre est encore plus marqué dans le cas des jeunes qui, comme l'a affirmé la Cour suprême dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, à la page 987, sont « particulièrement vulnérable [s] aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité. »

3) L'État : arbitre d'intérêts divergents

365. Le fait que l'État a agi comme arbitre pour concilier des intérêts divergents constitue un autre facteur de nature contextuelle qui prouve le bien fondé de cette Cour à faire preuve de retenue à l'égard du choix du Parlement.
366. Les lois à caractère social qui réglementent les droits divergents de divers secteurs de diverses entités sociales et groupes méritent une certaine retenue judiciaire.²⁰⁸
367. En l'espèce, le gouvernement est aux prises avec une situation dans laquelle des intérêts socio-économiques opposés doivent être conciliés.
368. Le gouvernement a dû concilier les intérêts notamment des jeunes, des fumeurs, des non-fumeurs, des différents membres de l'industrie du tabac, des acteurs du domaine de la publicité, des organismes culturels et sportifs commandités par l'industrie du tabac, de l'impact sur l'emploi, de l'industrie touristique, des groupes de protection des droits des non-fumeurs, et des groupes de santé.
369. Lorsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité, il doit tracer une ligne de démarcation sans être en mesure de savoir exactement où cette ligne se trouve.
370. Par conséquent, les facteurs mentionnés précédemment doivent inciter cette Cour à faire preuve d'une retenue vis-à-vis de la Loi sur le tabac et faciliter la justification de l'atteinte à l'alinéa 2(b) de la Charte.

C) **Les articles 19 et 22 (type de publicité permise et défendue)**

²⁰⁷ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 1999, M. le j. La Forest, par. 76 à 77

²⁰⁸ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993-994

Stoffman c. Vancouver General Hospital, [1990] 3 R.C.S. 483, p. 521

RJR-MacDonald, précité, p. 331 (juge McLachlin); p. 276-278 (juge La Forest)

Ross, précité, p. 876

Libman c. Québec (P.G.), [1997] 3 R.C.S. 569, p. 605-606

371. L'article 19 de la loi énonce une prohibition générale de la promotion des produits du tabac. Il se lit comme suit :

« 19. Il est interdit de faire la promotion d'un produit du tabac ou d'un élément de marque d'un produit du tabac, sauf dans la mesure où elle est autorisée par la présente loi ou ses règlements. »

372. L'article 22 permet la publicité informative et préférentielle de marques et interdit la publicité de style de vie tout comme celle qui serait attrayante pour les jeunes :

« 22.(1) Il est interdit, sous réserve des autres dispositions du présent article, de faire la promotion d'un produit du tabac par des annonces qui représentent tout ou partie d'un produit du tabac, de l'emballage de celui-ci ou d'un élément de marque d'un produit du tabac, ou qui évoquent le produit du tabac ou un élément de marque d'un produit du tabac.

22. (2) Il est possible, sous réserve des règlements, de faire la publicité - publicité informative ou préférentielle - d'un produit du tabac:

a) dans les publications qui sont expédiées par le courrier et qui sont adressées à un adulte désigné par son nom;

b) dans les publications dont au moins quatre-vingt-cinq pour cent des lecteurs sont des adultes;

c) sur des affiches placées dans des endroits dont l'accès est interdit aux jeunes par la loi.

22. (3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à la publicité de style de vie ou à la publicité dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait être attrayante pour les jeunes.

22. (4) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« publicité de style de vie » Publicité qui associe un produit avec une façon de vivre, tels le prestige, les loisirs, l'enthousiasme, la vitalité, le risque ou l'audace ou qui évoque une émotion ou une image, positive ou négative, au sujet d'une telle façon de vivre.

« publicité informative » Publicité qui donne au consommateur des renseignements factuels et qui porte :

a) sur un produit ou ses caractéristiques;

b) sur la possibilité de se procurer un produit ou une marque d'un produit ou sur le prix du produit ou de la marque.

« publicité préférentielle » Publicité qui fait la promotion d'un produit du tabac en se fondant sur les caractéristiques de sa marque. »

1) L'interprétation appropriée des articles 19 et 22 (remarques préliminaires)

373. Les types de publicités interdits par la loi sont plus nombreux que les types de publicités permis. L'interdiction est le principe et la permission, l'exception.

374. Les seules publicités permises qui relèvent de l'exception sont:

- (1) celles conçues pour informer, de façon objective, les consommateurs adultes sur les produits offerts et sur leurs caractéristiques matérielles; et
- (2) celles où le design du paquet est utilisé pour rendre une marque plus attrayante qu'une autre.
375. Ces publicités, même si permises, ne doivent pas être des publicités de style de vie ou être attrayantes pour les jeunes.
376. Ces publicités, même si permises, ne peuvent circuler ou apparaître que :
- dans des publications expédiées par le courrier à un adulte;
 - dans des publications dont au moins 85% des lecteurs sont des adultes;
 - sur des affiches placées dans des endroits dont l'accès est interdit aux jeunes.
377. Avant de se demander si une publicité est de style de vie ou attrayante pour les jeunes, il faudra donc au moins qu'elle soit informative ou préférentielle de marque.
378. Toute publicité n'appartenant ni à l'une ni à l'autre de ces deux catégories, sera considérée illégale en vertu de l'article 19 qu'elle soit ou non de style de vie ou attrayante pour les jeunes.

2) Le lien rationnel

(i) Selon la Cour suprême du Canada

379. Le Procureur général du Canada, conformément au jugement de la Cour suprême dans *RJR-MacDonald*, soutient que l'article 22 a un lien rationnel avec l'objectif de la loi, qui est de réduire l'usage du tabac et de protéger les jeunes contre les incitations à consommer des produits du tabac;
- Le juge McLachlin (avec l'appui du juge Sopinka) écrit à la page 342 de l'arrêt mentionné ci-dessous :

« Il reste à déterminer s'il existe une preuve moins directe qui, « rationnellement » ou « logiquement », permet d'affirmer qu'une interdiction de publicité et des mises en garde sur les emballages amènent une diminution de l'usage du tabac. Les éléments de preuve sur lesquels se fonde le juge La Forest pour conclure à l'existence d'un lien rationnel font partie de cette catégorie. Sans reprendre son examen approfondi, je constate que cette preuve se compose en grande partie de données sur les pratiques publicitaires et des hypothèses et conclusions des organismes qui se préoccupent de la diminution des méfaits de l'usage du tabac sur la santé.

La question est de savoir si cette preuve établit qu'il est raisonnable ou logique de conclure qu'il existe un lien causal entre la publicité en faveur du tabac et les mises en garde non attribuées, d'une part, et l'usage du tabac, d'autre part. Pour citer le rapport de la Commission Meese sur la pornographie, sur lequel notre Cour s'est appuyée dans l'arrêt Butler, à la p. 502, «[c]ela n'est guère étonnant. Le contraire le serait ». Le gouvernement soutient que le contraire serait étonnant. Pourquoi, demande-t-il, les compagnies de tabac consacraient-elles tant d'argent à la publicité si ce n'est pour accroître l'usage du tabac?

À cela, les compagnies de tabac répondent que leur publicité ne vise pas à accroître la taille du marché global, mais bien à obtenir une plus grande part du marché existant. La preuve révèle que les campagnes publicitaires des compagnies de tabac visent à leur permettre d'acquérir une plus grande part du marché, mais d'autres éléments de preuve montrent qu'elles servent aussi à accroître l'ensemble du marché.[...] En outre, bien que la publicité purement informative puisse ne pas donner lieu à un accroissement du marché global, la publicité de style de vie peut logiquement être considérée comme ayant une tendance à dissuader de cesser de fumer ceux qui autrement cesseraient. En revanche, les mises en garde sur les emballages, attribuées ou non, peuvent être considérées comme une façon d'inciter les gens à diminuer ou abandonner leur usage du tabac. Ces facteurs, conjugués à la preuve scientifique considérée comme non concluante, suffisent à établir, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien fondé sur la raison entre certaines formes de publicité, les mises en garde et l'usage du tabac.

- Le juge Iacobucci, dans la même affaire, écrit (avec l'appui du juge en chef Lamer) aux pages 353-354 :

«Bien que la publicité du tabac dans son ensemble influe certainement sur la consommation, la preuve n'établit pas clairement si tous les types de publicités influent sur la consommation. »

- Quant au juge La Forest, il fait remarquer ce qui suit (avec l'appui des juges Gonthier, L'Heureux-Dubé et Cory), p. 291-294 :

« Je commence par ce que je considère être une observation relevant du plus gros bon sens. Il est tout simplement difficile de croire que les compagnies de tabac canadiennes dépenseraient plus de 75 millions de dollars chaque année pour la publicité si elles ne savaient pas qu'il en résultera une augmentation de l'usage de leurs produits. En réponse à cette observation, les appelantes insistent pour dire que leur publicité ne vise qu'à préserver et renforcer la fidélité des fumeurs à des marques, et qu'elle ne vise pas à étendre le marché des produits du tabac en incitant les non-fumeurs à commencer à fumer. À mon avis, l'allégation des appelantes ne peut être retenue, pour deux raisons principales. Premièrement, la seule fidélité aux marques ne maintiendra pas les bénéfices de ces compagnies, car, logiquement elle ne le peut pas, si le nombre total de fumeurs diminue.[...]

Deuxièmement, même si notre Cour acceptait l'argument des appelantes quant à la fidélité à une marque, les appelantes n'auraient pas apporté de solution au problème soulevé par le fait que même la publicité orientée seulement vers la fidélité à une marque peut aussi servir à inciter les fumeurs à ne pas cesser de fumer. La préoccupation du gouvernement quant aux effets des produits du tabac sur la santé peut très raisonnablement s'étendre non seulement aux fumeurs potentiels qui envisagent la possibilité de commencer

à fumer, mais aussi aux fumeurs actuels qui voudraient cesser de fumer, mais qui ne le peuvent pas.

Je note en passant que, selon la jurisprudence récente de notre Cour, l'observation de gros bon sens qui précède est suffisante en soi pour établir un lien rationnel en l'espèce. À cet égard, il y a une analogie directe entre la présente affaire et l'arrêt Butler, précité. Dans cet arrêt, où notre Cour s'est penchée sur la constitutionnalité d'une interdiction édictée par le Code criminel contre le matériel «obscène», la question en litige qui se posait à l'étape du lien rationnel était de savoir si un lien rationnel existait entre le matériel «obscène» et la violence contre les femmes. Il n'y avait que peu ou pas de preuve établissant de façon certaine un lien causal. En fait, en examinant la preuve déposée dans ce pourvoi, qui consistait principalement en deux rapports gouvernementaux contradictoires, le juge Sopinka a fait observer, aux pp. 501 et 502, que: «les ouvrages dans le domaine des sciences humaines peuvent toujours faire l'objet d'une controverse» et que la preuve en matière de sciences humaines était «non concluante». Néanmoins, le juge Sopinka a décidé, à la p. 502, qu'une analyse fondée sur le bon sens suffisait pour satisfaire au critère du lien rationnel [...]

Par conséquent, conformément au raisonnement adopté par notre Cour dans l'arrêt Butler, le pouvoir du lien établi par le bon sens entre publicité et consommation est suffisant pour satisfaire à l'exigence d'un lien rationnel.

Il n'est cependant pas nécessaire de s'en remettre exclusivement au bon sens pour en arriver à cette conclusion, parce que, de toute façon, une preuve suffisante a été déposée en première instance pour confirmer l'existence du lien rationnel entre la publicité et la consommation. »

380. Les demanderessees n'ont apporté devant la Cour aucune preuve positive qui infirmerait les conclusions de la Cour suprême quant au lien rationnel entre la publicité et la consommation.²⁰⁹

« L'appelante ayant le fardeau de la preuve en l'espèce, elle devait établir que la mesure ne se justifiait plus au sens de l'article premier de la Charte canadienne et de l'art. 9.1 de la Charte québécoise. »

381. Le témoignage de M. Waterson n'apporte à la Cour rien de nouveau. M. Waterson n'a fait que répéter que ce qu'il avait déjà dit devant M. le j. Chabot en 1989, tout en ajoutant maintenant que son point de vue sur l'effet de la publicité était «unusual»²¹⁰ :

«The reason that I've been asked to testify is because I have an unusual perspective on the way that brand behaviour and brand advertising works.»

382. L'exercice auquel M. Waterson s'est livré en comparant la consommation dans différents pays en fonction de l'existence ou non d'une interdiction ou de restrictions de publicité est sans valeur probante :

«Boddewyn has used selective data on the total number of cigarettes sold in a particular country as the basis for his analysis and has used it to justify a

²⁰⁹ Québec (Procureur général) c. Entreprises W.F.H., [2001] R.J.Q. 2557 (C.A.), M. le j. Biron

²¹⁰ Témoignage de M. Waterson vol. 5 le 21 janvier 2002 Q. 318

finding that, in those countries where advertising bans have been introduced, decreases in the total number of cigarettes sold have not followed. Relying solely on the number of cigarettes sold in a country to measure the effects of government restrictions fails to take into account the myriad of influences that can affect cigarette consumption and, thus, will not yield accurate results.»²¹¹

383. Le témoignage de M. Wilkinson n'a également aucune valeur probante. Le tabac étant la porte d'entrée vers la consommation des drogues illégales, il est normal que leur consommation suive parallèlement celle du tabac. M. Wilkinson a par ailleurs admis que la consommation des drogues illégales serait plus élevées si elles étaient légalisées et publicisées. Bien évidemment, M. Wilkinson s'opposerait à ce que l'héroïne soit publicisée même si elle était légalisée.

(ii) Selon les faits législatifs:

384. Le Procureur général du Canada soutient que l'ensemble des faits législatifs présentés à la Cour révèlent l'existence d'un lien rationnel entre la publicité et la consommation du tabac :

- D-145, U.S. Department of Health And Human Services U.S. Department of Health and Human Services. *Preventing tobacco use among young people. A report of the Surgeon General.* Atlanta, Georgia : Public Health Service, Centers for Disease Control and Prevention, Office on Smoking and Health, 1994. (U.S. Government Printing Office document #S/N 017-001-00491-0).

Page 10 :

“Chapter 5. Tobacco Advertising and Promotional Activities

1. *Young people continue to be a strategically important market for the tobacco industry.*
2. *Young people are currently exposed to cigarette messages through print media (including outdoor billboards) and through promotional activities, such as sponsorship of sporting events and public entertainment, point-of-sale displays, and distribution of specialty items.*
3. *Cigarette advertising uses images rather than information to portray the attractiveness and function of smoking. Human models and cartoon characters in cigarette advertising convey independence, health-fulness, adventure-seeking, and youthful activities – themes correlated with psychosocial factors that appeal to young people.*
4. *Cigarette advertisements capitalize on the disparity between an ideal and actual self-image and imply that smoking may close the gap.*
5. *Cigarette advertising appears to affect young people's perceptions of the pervasiveness, image, and function of smoking. Since misperceptions in these areas constitute psychosocial risk factors for the initiation of*

²¹¹

smoking, cigarette advertising appears to increase young people's risk of smoking."

- ED-47, U.S. Food and Drug Administration. Regulations restricting the sale and distribution of cigarettes and smokeless tobacco to protect children and adolescents. *Federal Register* 1996 (August 28); 61 (168).

Page 44476 :

"Finally, FDA recognizes that advertising may not be the most important factor in a child's decision to smoke; however, the studies cited by the agency establish that it is a substantial contributing, and therefore material, factor."

(...)

Page 44488 :

"Finally, the agency, like the 1994 SGR and IOM Report, finds that an adequate basis does exist to conclude that advertising plays a ²mediated relationship² to adolescent tobacco use. The proper question is not, ²Is advertising the most important cause of youth initiation?² but rather, ²does FDA have a solid body of evidence establishing that advertising encourages young people's tobacco use such that FDA could rationally restrict that advertising?² The answer to this question is ²yes².

385. Le Surgeon General des États-Unis écrit dans son rapport de 1994 «Preventing Tobacco Use Among Young People», p. 194 :

« Even though the tobacco industry asserts that the sole purpose of advertising and promotional activities is to maintain and potentially increase market shares of adult consumers, it appears that some young people are recruited to smoking by brand advertising. Two sources of epidemiological data support this assertion.. ».

[...]

Advertising and promotional activities also appear to influence risk factors for adolescent tobacco use, even if this is not the intention of the tobacco industry.

- National Cancer Institute (ED-183) , à la page 9:

"There is substantial evidence that young people are aware of, and respond to, cigarette advertising. The U.S. Surgeon General's 1994 Comprehensive Review of the Tobacco Marketing Literature concluded that advertising and promotional activities influence key risk factors for tobacco use among adolescents. The U.S. Food and Drug Administration's (1995) Review of Available Tobacco Industry Documents concludes that "cigarette manufacturers know that young people are vital to their markets and that they need to develop advertising and other promotional activities that appeal to young people."

[...] p. 14

"Other sources maintain that given the body of research evidence available today, there does appear to be a causal relationship between tobacco sales promotion and the smoking habits of young people. Those supporting this

position include the 1994 Surgeon General's Report and the Institute of Medicine's report (1994) which both found to be sufficient evidence to conclude that tobacco promotion plays a significant contributory role in a young person's decision to use tobacco products."

- D-271 Health Canada – Policy Analysis of Options for Tobacco Product Promotional Activity Restrictions:

... However, the overall conclusion that can be drawn from the best designed and controlled studies available to date remains that cigarette advertising acts as a reinforcement of underage smoking that is independent of, and somewhat less powerful than, peer and family influences.

While no single study has demonstrated unequivocally that tobacco product promotion instigates the initial smoking experiments by youth, studies from different countries consistently show that tobacco product promotion does influence key aspects of the smoking-decision process, such as beliefs about smoking and perceptions of smoking or of smokers. ...

Looking at the body of social science studies on tobacco advertising and youth, however, the totality of information now available tends to confirm and strengthen the conclusion reached in 1988 by a WHO review of the factors involved in smoking onset :

Advertising has been found to reinforce smoking among under-age-smokers. Compared to non-smokers of the same age, under-age smokers pay more attention to cigarette advertisements, they are more appreciate of the idea of cigarette advertising, and they are more appreciative of specific examples of cigarette advertising. This suggests that young smokers are deriving «some kind of reward or pleasure out of cigarette advertising ... Part of the reward-value...comes in the form of perceived support from society... » Furthermore, « it is likely that young smokers attempt to reduce the dissonance between knowledge that smoking is harmful and the symbolic appeal of smoking by seeking out or paying attention to attractive features in cigarette advertisements. »

- Constitutional Court – Order stating that the first paragraph of section 10 of the Law regulating the Restriction of the Use of Tobacco Products does not conflict with the Constitution – p. 10954 / no. 104 / 19/12/2001 - Official Journal of the Republic of Slovenia, p. 14-15:

“Suitability

27. In addition, it is not possible to deny the suitability of the challenged intervention. The plaintiff, though, quotes that “all the empirical data show that the advertisement of tobacco and its products have practically no effect on peoples' behavior. Specifically, no credible, independent empiric research has revealed any causality between the restriction of advertising and decreased tobacco use.” But the Constitutional Court regards the plaintiff's statement, referring solely to the standpoint of one of the professors at the Institute of the University in Bonn that “the ban on the advertising of the use of tobacco and its products is not an effective way to decrease tobacco use”, as not appropriately indicated. Advertising specifically commercial ads, is a form of communication to increase the sale of the advertised product. The fundamental nature of

*advertising is to increase the sale of the advertised product, which necessarily leads to increased use. The plaintiff, however, affirms that it is not his intention to increase tobacco use, but only to increase his market share, specifically that, by advertising, he does not intend to generate new smokers, but only to attract the consumers of competitive tobacco products. This would be the sole effect of commercials if aimed directly to smokers only. **If they are presented to the general public, it is not possible to separate their effect on potential smokers. The majority of smokers start smoking before the age of eighteen.***

***Commercials presenting a certain lifestyle have a very strong effect on young people, who are searching for their identity.** The same derives also from research ordered by the World Bank, in cooperation with the World Health Organization in 1999, which demonstrates that advertising and the promotion of cigarette definitely affect the use of tobacco and tobacco products.”*

(iii) Selon les documents internes de commercialisation des demanderesses :

386. De nombreux documents des demanderesses révèlent que les publicités des compagnies de tabac visent à acquérir une plus grande part de marché en rendant la cigarette attrayante et séduisante auprès des jeunes, en accroissant la légitimité sociale du tabac dans la société et en rassurant les fumeurs préoccupés par les effets du tabac sur leur santé et culpabilisés par leur tabagisme²¹².

(iv) Selon la preuve d’expert :

387. Le professeur Richard Pollay a témoigné sur les effets de la promotion :²¹³

***“10.1 Promotion, Advertising and Sponsorships are Important.** Cigarette promotional campaigns and their imagery rehearses, shapes and reinforces perceptions of smoking, both in general and for specific brands, biasing judgments about the popularity of smoking, the healthfulness of smoking, the social approval of smoking, and the independence and self-reliance characteristic of those addicted to nicotine. It is assumed by the industry to influence perceptions and attitudes, not only of smokers and pre-smokers, but also the parents and peers of the youth target market that is the future of the industry. Because they promote sales, profit maximizing firms support their products with generous budgets for promotional communications. Cigarette advertising images are carefully crafted and controlled through research on both the target persons and their reactions to promotional efforts.”*

...

***“10.6 Promotional Imagery Reassures Concerned Smokers.** Associations with athletic events, facilities and related imagery of physical lifestyles (playing tennis, hang gliding, skiing, biking, windsurfing, etc) convey healthfulness. Other images vividly convey that sophisticated, intelligent people are smokers. These brand images are inherently false, as it is neither healthful nor "intelligent" to smoke rather than quit*

²¹² Voir Annexe 5 – La promotion des produits du tabac

²¹³ D-166, POLLAY, Richard, “How Cigarette advertising Works: Rich Imagery and Poor Information”, p. 50 et 51

10.7 Promotional Imagery Recruits Starters. *Associations with sponsored events and related imagery of these serve to shape perceptions of smokers as adventuresome risk takers, independently self-reliant, getting social approval - sometimes precisely because of the risk taking as in auto racing. This appeals to adolescents= pressing psychological need to assert their independence, making cigarettes an easily appropriated and highly lauded and publicized tool for displaying "independence". The typical brand image is inherently false and misleading, as smoking does not deliver independence, but addiction."*

388. Ne permettre la diffusion de la publicité informative et préférentielle de marque que dans des endroits ou publications pour adultes dessert également les objectifs de la loi.
389. L'exposition répétée à la publicité du tabac crée une « friendly familiarity » avec le produit et en accroît la légitimité sociale.

3) L'atteinte minimale

(i) Le dialogue entre la Cour suprême et le Parlement

390. Le Procureur général du Canada soutient à la lumière de l'objectif législatif que les mesures en cause dans la Loi sur le tabac restreignent le moins possible le droit à la liberté d'expression.
391. Le Parlement s'est efforcé de suivre les indications données par la Cour suprême en 1995. Comme l'a noté le ministre de la santé David Dingwall à l'occasion de son discours de présentation de la Loi sur le tabac devant la Chambre des Communes:²¹⁴

"« Mr. Dingwall: [...] Great care has been taken to ensure the measures contained in this legislation reflect the guidance provided by the Supreme Court of Canada and respect the charter of rights and freedoms.

[...]

Contrary to what the tobacco industry may suggest, the Supreme Court of Canada recognized a link between certain forms of tobacco advertising and consumption. In particular the court stated that lifestyle advertising may as a matter of common sense be seen as having a tendency to discourage those who would otherwise cease tobacco use from doing so.

The court identifies options which would be a reasonable impairment of the right of free expression, namely: a partial ban on advertising which would allow product information and brand preference advertising; a ban on lifestyle advertising; measures to prohibit advertising aimed at children and adolescents; and attributed health messages on tobacco product packaging. These are precisely the measures that are incorporated in this bill. These clarifications are important because they set the context for the comprehensive and integrated set of measures that are contained in the legislation before us.

This legislation is a product of a deliberate and thoughtful process. We have taken the guidance of the Supreme Court of Canada. We have studied the

²¹⁴

results of the research conducted by and on behalf of Health Canada as well as the extensive body of international data on tobacco promotion and tobacco use. [...] » [nous soulignons]

392. La Loi sur le tabac, en permettant la publicité « informative » et la publicité « préférentielle » et en interdisant la publicité qui peut être attrayante pour les jeunes et la publicité « de style de vie » se conforme à l'opinion rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *RJR-MacDonald*. Madame le juge McLachlin, au nom de la majorité de la Cour, s'est prononcée sur ce point, p. 344 :

“Comme je l'ai fait remarquer dans mon analyse du lien rationnel, bien que l'on puisse conclure, de façon rationnelle et logique, que la publicité de style de vie vise à accroître la consommation, rien n'indique que la publicité purement informative ou de fidélité aux marques aurait cet effet. Au moment où il a adopté l'interdiction totale de la publicité, le gouvernement disposait de toute une gamme de mesures moins attentatoires: une interdiction partielle qui aurait permis la publicité informative et de fidélité aux marques, une interdiction de publicité de style de vie seulement, des mesures comme celles prévues dans la Loi sur la protection du consommateur du Québec dans le but d'interdire la publicité destinée aux enfants et aux adolescents, et des exigences en matière d'étiquetage seulement (qui selon Santé et Bien-être social seraient préférables à une interdiction de publicité : voir le témoignage de A. J. Liston, Dossier conjoint, vol. 18, aux pp. 3145 et 3155 à 3182). À mon avis, chacune de ces mesures constituerait une atteinte raisonnable au droit à la liberté d'expression, étant donné l'importance de l'objectif et du contexte législatif.”

- Quant au juge Iacobucci (avec l'appui du juge Lamer), il écrit, p. 354-355 :

« À cette fin, le législateur n'aurait pas à faire de très importantes adaptations pour satisfaire à l'analyse de l'atteinte minimale. Cependant, le contexte n'élimine pas la nécessité de toute adaptation. Dans le cadre du présent pourvoi, le gouvernement a choisi de ne pas faire d'adaptations et, en fin de compte, c'est le motif clé pour lequel la Loi est inconstitutionnelle. Je constate que le caractère partiel des interdictions imposées à l'expression commerciale a souvent été la clé de leur constitutionnalité: Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S 712; Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario, [1990] 2 R.C.S. 232; Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S 927

[...]

A cette étape, j'aimerais donner des précisions sur les mesures qui, à mon avis, auraient résisté à un examen fondé sur la Charte. Comme je l'ai déjà mentionné, il est évident que des messages relatifs à la santé peuvent et doivent être apposés sur les emballages, mais les contraintes de la Charte exigent qu'ils soient attribués à un auteur, en toute vraisemblance Santé et Bien-être social Canada. En ce qui concerne l'interdiction de publicité, il est, à mon avis, clair que l'on aurait pu s'efforcer de réglementer la publicité du tabac de la même façon que celle de l'alcool. Puisque les compagnies de tabac avaient convenu dès 1972 (le Voluntary Code) de s'abstenir de faire de la publicité à la télévision et à la radio, ce règlement ne porterait de toute façon que sur la publicité dans la presse écrite. Par ailleurs, comme l'indiquent certains témoignages au procès, on aurait pu s'intéresser de manière plus constructive à une interdiction partielle, sous forme d'interdiction de la publicité de style de vie seulement et de restrictions sur la publicité relative aux

adolescents. Je tiens à souligner principalement qu'il s'agit, en l'espèce, d'une interdiction de la publicité totale et absolue, qui n'est pas justifiée. Il existe peut-être une preuve appuyant une telle interdiction mais, à mon avis, elle ne ressort pas du dossier. »

393. L'adoption de la Loi sur le tabac à la suite du jugement *RJR MacDonald* de 1995 est un exemple de ce que le doyen Peter Hogg appelle le « dialogue » entre la Cour et le pouvoir législatif.
394. Dans un article publié en collaboration avec Allison Bushell : « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures²¹⁵ », le doyen Hogg explique que les législatures répondent souvent au jugement d'invalidation d'une loi par la réadoption d'une autre loi visant les mêmes objectifs mais davantage soucieuse de protéger les droits et libertés indique que la Charte n'est pas un instrument anti-démocratique.
395. Le concept de dialogue s'énonce comme suit (p. 79-81):

"Where a judicial decision striking down a law on Charter grounds can be reversed, modified, or avoided by a new law, any concern about the legitimacy of judicial review is greatly diminished. To be sure, the Court may have forced a topic onto the legislative agenda that the legislative body would have preferred not to have to deal with. And, of course, the precise terms of any new law would have been powerfully influenced by the Court's decision. The legislative body would have been forced to give greater weight to the Charter values identified by the Court in devising the means of carrying out the objectives, or the legislative body might have been forced to modify its objectives to some extent to accommodate the Court's concerns. These are constraints on the democratic process, no doubt, but the final decision is the democratic one.

The dialogue that culminates in a democratic decision can only take place if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process. [...] There is usually an alternative law that is available to the legislative body and that enables the legislative purpose to be substantially carried out, albeit by somewhat different means. Moreover, when the Court strikes down a law, it frequently offers a suggestion as to how the law could be modified to solve the constitutional problems. The legislative body often follows that suggestion, or devises a different law that also skirts the constitutional barriers. Indeed, our research, which surveyed sixty-five cases where legislation was invalidated for a breach of the Charter, found that in forty-four cases (two-thirds), the competent legislative body amended the impugned law. In most cases, relatively minor amendments were all that was required in order to respect the Charter, without compromising the objective of the original legislation.

Sometimes an invalid law is more restrictive of individual liberty than it needs to be to accomplish its purpose, and what is required is a narrower law. [...] But it is rare indeed that the constitutional defect cannot be remedied. Hence, as the subtitle of this article suggests, "perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all." The Charter can act as a catalyst for a two-way exchange between the judiciary and legislature on the topic of human rights and

²¹⁵

(1997) 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75

freedoms, but it rarely raises an absolute barrier to the wishes of the democratic institutions.” [Nous soulignons. Références omises]

396. Lorsque les tribunaux invalident une loi tout en spécifiant quelle solution de rechange aurait été constitutionnellement valide, ils donnent l'occasion à la législature de ré-adopter une loi qui respecte les droits et libertés tout en poursuivant son objectif légitime (p. 85):

“When a law that impairs a Charter right fails to satisfy the least restrictive means standard of section 1 justification, the law is, of course, struck down. But the reviewing court will explain why the section 1 standard was not met, which will involve explaining the less restrictive alternative law that would have satisfied the section 1 standard. That alternative law is available to the enacting body and will generally be upheld. Even if the court has a weak grasp of the practicalities of the particular field of regulation, so that the court's alternative is not really workable, it will usually be possible for the policymakers to devise a less restrictive alternative that is practicable. With appropriate recitals in the legislation, and with appropriate evidence available if necessary to support the legislative choice, one can usually be confident that a carefully drafted "second attempt" will be upheld against any future Charter challenges. [Nous soulignons. Références omises]

397. Aux pages 85-86, les auteurs illustrent cette réalité en citant l'exemple de la Loi sur le tabac :

In RJR-MacDonald Inc. v. Canada (A.G.) (1995), the Supreme Court of Canada struck down a federal law that prohibited the advertising of tobacco products. In its discussion of the least restrictive means standard, the Court made clear that it would have upheld restrictions that were limited to "lifestyle advertising" or advertising directed at children. Within two years of the decision, Parliament enacted a comprehensive new Tobacco Act. The new Act prohibits lifestyle advertising and restricts advertising to media which is targeted at adults, but allows tobacco manufacturers to use informational and brand-preference advertising in order to promote their products to adult smokers.

The common elements of these cases are: (1) the law impaired a Charter right; (2) the law pursued an important purpose; and (3) the law was more restrictive of the Charter right than was necessary to accomplish the purpose. In each case, the invalidity of the law could be corrected by the enactment of a new law that was more respectful of the Charter right while still substantially accomplishing the important purpose. The form of the new law would have to take account of the way in which the Court analyzed the least restrictive means standard of section 1 justification. Dialogue seems an apt description of the relationship between courts and legislative bodies. Certainly, it is hard to claim that an unelected court is thwarting the wishes of the people. In each case, the democratic process has been influenced by the reviewing court, but it has not been stultified. [Nous soulignons. Références omises]

398. Un autre exemple de dialogue entre la Cour et le Parlement se trouve dans *R. c. Darrach*, [2000] 2 R.C.S. 443. Cet arrêt confirme la validité des nouvelles dispositions du Code Criminel quant au comportement sexuel antérieur de la victime dans les procès d'agression sexuelle. Ces dispositions avaient été

adoptées à la suite du jugement de la Cour suprême dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, jugement qui avait invalidé le régime législatif antérieur et suggéré un régime de remplacement.

399. Dans l'exercice de ce « dialogue » avec les tribunaux, le Parlement a droit à une certaine marge de manœuvre. Les solutions avancées par la Cour n'ont pas à être reprises à la lettre par le législateur. La loi sera déclarée valide en autant que l'idée générale qui sous-tend le raisonnement de la Cour soit respectée.
400. Par exemple, dans l'affaire *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, la Cour suprême avait énoncé les critères qui permettent à un accusé, dans les cas d'agression sexuelle, d'avoir accès à des dossiers médicaux et autres dossiers privés se trouvant entre les mains de tiers.
401. À l'époque, il n'existait pas de législation à ce sujet, et la Cour avait établi ces critères en vertu de son pouvoir sous la *common law* et à la lumière des exigences constitutionnelles de l'article 7 et de l'alinéa 11(d) de la Charte.
402. Par la suite, le Parlement a modifié le *Code Criminel* pour instaurer un régime législatif permettant l'accès aux dossiers des plaignantes dans les cas d'agression sexuelle.
403. Dans l'ensemble, cette modification au Code criminel respectait les exigences constitutionnelles énoncées dans *O'Connor* avec cependant quelques différences quant à la procédure et quant aux critères visant à déterminer si des dossiers pouvaient être produits par l'accusé.
404. Autrement dit, bien que la loi respectait l'esprit de l'arrêt *O'Connor*, le législateur avait modifié l'approche proposée par la Cour.
405. Cet amendement au Code criminel fit l'objet d'une contestation constitutionnelle dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668. L'accusé plaida qu'étant donné que les paramètres énoncés par la Cour dans *O'Connor* n'avaient pas été respectés à la lettre, l'amendement portait atteinte à l'article 7 et à l'alinéa 11(d) de la Charte.
406. La Cour refusa cette prétention et déclara la nouvelle loi valide. Elle conclut que le Parlement n'avait pas à respecter à la lettre la solution élaborée dans *O'Connor*. Les juges McLachlin et Iacobucci notèrent, pour la majorité,²¹⁶:

« L'intimé et plusieurs intervenants qui l'appuient font valoir que la loi C-46 est inconstitutionnelle dans la mesure où elle établit un régime de communication qui diffère de celui établi par les juges majoritaires dans l'arrêt *O'Connor*, ou qui est incompatible avec celui-ci. Le fait qu'une loi adoptée par le législateur diffère d'un régime envisagé par la Cour, en l'absence d'un régime législatif, ne veut toutefois pas dire que cette loi est inconstitutionnelle. Le législateur peut s'inspirer de la décision de la Cour et concevoir un régime différent pourvu que

²¹⁶ *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, ¶55

celui-ci demeure constitutionnel. Tout comme le législateur doit respecter les décisions de la Cour, la Cour doit respecter la décision du législateur que le régime qu'elle a créé peut être amélioré. Insister sur une conformité servile irait à l'encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle: Vriend, précité. »

407. Ils ajoutèrent aux paragraphes 58 et 59 :

« Si la démocratie constitutionnelle vise à garantir que la majorité écoute comme il se doit la voix des personnes vulnérables, notre Cour a donc l'obligation de faire preuve de déférence en examinant la tentative du législateur de répondre à cette voix.

Le législateur a adopté la présente mesure législative à la suite d'un long processus de consultation qui a comporté un examen des normes constitutionnelles exposées par notre Cour dans l'arrêt O'Connor. Bien qu'il appartienne aux tribunaux de préciser ces normes, il peut y avoir une gamme de régimes acceptables qui y satisfont. Il va sans dire que cette gamme ne se limite pas à la règle particulière que la Cour a adoptée conformément à sa compétence en matière de common law. En l'espèce, le législateur a décidé qu'une mesure législative était nécessaire pour aborder de façon plus exhaustive la question des dossiers de tiers. [...] Il est tout à fait raisonnable que ces nombreuses préoccupations puissent mener à une procédure qui diffère de la position de la common law mais qui respecte néanmoins les normes constitutionnelles requises. »

408. Nous soutenons que la Loi sur le tabac suit les indications données par la Cour suprême dans l'affaire *RJR MacDonald* de 1995.

(ii) La pré-autorisation

409. Les demandereses proposent, à titre de mesure moins attentatoire à la liberté d'expression, la mise sur pied d'un régime d'autorisation préalable des publicités. Ainsi, avant de faire publier une annonce, un fabricant soumettrait le projet à un organisme quelconque qui examinerait sa conformité avec la loi. Du moment que la publicité serait approuvée par cet organisme, elle pourrait être publiée sans risque de poursuites pénales. Parce que la loi n'est pas assortie d'un tel régime d'autorisation préalable, les demandereses prétendent qu'elle ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale.

410. La solution proposée par les demandereses n'est pas moins attentatoire que le régime actuel.

411. La mise sur pied d'un régime d'autorisation préalable des publicités peut même être perçue, à certains égards, comme plus attentatoire que les dispositions actuelles de la loi.

412. Le concept de « prior restraint » considère qu'un régime d'autorisation préalable est plus dangereux pour la liberté d'expression qu'une interdiction assortie de sanctions pénales appliquées a posteriori, comme c'est le cas avec la Loi sur le tabac.

413. Comme l'a écrit le Professeur P. W. Hogg à la p. 1000 de son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 1997) :

"Expression may be restricted in a variety of different ways. The restriction that is usually regarded as the most severe is a "prior restraint" on publication."

414. Le concept de « prior restraint » est largement reconnu par les tribunaux américains qui considèrent ce type de restriction comme suspecte en regard du premier amendement de la constitution américaine qui protège la liberté d'expression.

415. Les lois assorties d'une telle restriction sont les plus susceptibles d'être invalidées par les tribunaux américains dans les causes mettant en jeu la liberté d'expression : voir L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2nd ed. (Mineola, N.Y.: Foundations Press, 1988), p. 1041:

"Although the first amendment is not an absolute bar to prior restraints, the Supreme Court has repeatedly said that any "system of prior restraints comes to this Court bearing a heavy presumption against constitutional validity." [références omises]

416. Le Professeur Tribe explique cette méfiance à l'égard du "prior restraint" (article cité précédemment, p. 1042):

"In some case, the primary concern is that any restraint before dissemination, however temporary, allows the government to destroy the immediacy of the intended speech, overriding the individual's choice of a persuasive moment or an editor's decision of what is newsworthy; dissemination delayed might prove tantamount to dissemination denied. In other cases the primary concern is that any system of censorship insufficiently constrained by the safeguards of the judicial process is apt to overreach; censors uncontrolled by courts tend to deny publication to material protected by the first amendment." [références omises]

417. En matière de protection de la liberté d'expression, le système judiciaire traditionnel présente des garanties supérieures à celles des organismes administratifs chargés des autorisations préalables.

418. Lorsqu'une accusation pénale en vertu de la Loi sur le tabac est portée devant un tribunal judiciaire, plusieurs éléments contribuent à protéger les droits et libertés de l'accusé, ce qui ne serait pas nécessairement le cas avec un organisme administratif.

419. Les juges connaissent les principes d'interprétation des lois et sont plus aptes à interpréter correctement les dispositions de la loi que ne l'est le personnel d'un organisme administratif.

420. Un organisme d'autorisation préalable composé de fonctionnaires qui ne sont ni juges ni avocats pourrait donner une interprétation de la loi qui irait à l'encontre

des principes élémentaires d'interprétation sans que cela ne soit nécessairement à l'avantage de la liberté d'expression des demanderesse.

421. Une mauvaise interprétation de la loi pourrait restreindre davantage la liberté d'expression que ce que la loi prévoit réellement, et même davantage que ne peut légitimement le faire le Parlement.
422. La preuve au procès nous fournit un exemple. M. Rafe Engle, témoin expert des demanderesse²¹⁷ en matière de régimes d'autorisation préalable a prétendu qu'une publicité qui n'afficherait que le nom d'une marque de cigarettes et un prix pourrait selon lui contrevenir à la loi car la seule mention de la marque de cigarettes peut évoquer un « risque » et, de par le fait même, entrer dans la catégorie de la publicité de « style de vie » interdite par la loi²¹⁸.
423. Cette interprétation est manifestement erronée. Elle ne tient pas compte du principe d'interprétation selon lequel le législateur ne parle pas pour ne rien dire.
424. La loi prévoyant expressément la possibilité de faire de la publicité « informative » et « préférentielle de marque », il faut donner un certain contenu à cette permission.
425. Il est ainsi erroné de prétendre que toute évocation d'une marque de cigarettes irait à l'encontre de la loi.
426. Le droit veut qu'entre deux interprétations d'une loi, celle qui en préserve la validité constitutionnelle est favorisée²¹⁹.
427. M. Engle interprète la loi d'une manière qui irait à l'encontre du jugement *RJR MacDonald* de 1995.
428. L'interprétation qui laisse une marge de manœuvre aux compagnies de tabac pour faire de la publicité « informative » et « préférentielle de marque » doit donc être privilégiée.
429. Deuxièmement, les juges s'appuient sur un corpus jurisprudentiel pour interpréter les dispositions de la loi. Ils se guident également sur l'exemple et l'étude d'autres lois aux dispositions similaires.
430. Les juges s'inspirent et s'autorisent de la jurisprudence pour orienter leurs décisions. Les organismes administratifs d'autorisation préalable sont moins à même de ce faire et leurs décisions conséquemment plus arbitraires.

²¹⁷ Les objections formulées au témoignage d'expert de R. Engle sont réitérées.

²¹⁸ Voir transcription du 16 janvier 2002, à la p. 615

²¹⁹ Voir P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd. (Montréal : Éditions Thémis, 1999), p. 468-72

431. Troisièmement, la fonction de juge présente des garanties d'indépendance et d'impartialité, ce qui n'est pas nécessairement le cas pour les organismes d'autorisation préalable.²²⁰ Les compagnies de tabac dont les publicités seraient soumises à de tels organismes ne seraient nullement assurées que ces derniers rendraient leurs décisions avec autant d'objectivité que les juges.
432. Quatrièmement, dans le cadre d'un processus pénal se déroulant devant un tribunal judiciaire, l'accusé peut avoir recours à la défense de diligence raisonnable pour les infractions réglementaires et démontrer qu'il a pris des précautions pour s'assurer de ne pas violer la loi et bénéficier d'un acquittement²²¹.
433. Ainsi, une compagnie de cigarettes qui aurait fait, en toute bonne foi, des démarches concrètes afin de vérifier les perceptions de consommateurs potentiels face à une publicité donnée pourrait invoquer la défense de diligence raisonnable et bénéficier, selon les circonstances, d'un acquittement.
434. Le Parlement doit bénéficier d'une marge de manœuvre dans le choix de ses moyens législatifs.
435. À titre d'illustration, voir la décision suivante :
- Constitutional Court – Order stating that the first paragraph of section 10 of the Law regulating the Restriction of the Use of Tobacco Products does not conflict with the Constitution – p. 10954 / no. 104 / 19/12/2001 - Official Journal of the Republic of Slovenia, p. 15-16:

“Proportionality in a strict sense

*28. When evaluating proportionality in a strict sense, the Constitutional Court weighed the need for the restriction of advertising for health protection and the need for the intervention into the plaintiff's freedom of expression. Besides statements in point 20 and 21 of the explanation, the Court also took into consideration the standpoint of the European Court of Human Rights, a legal practice under which **the freedom of expression in the sphere of commercials has a lower degree of protection compared to other spheres.***

*29. Tobacco products are considered consumer goods and, for this reason, the measure restricting their use should be such that it can affect as large a part of the public as possible. **It is true that the legislator also has other available measures to limit tobacco use, but, by warning of the hazards of tobacco products, by sponsoring anti-smoking programs and medical tobacco addiction programs (as proposed by the plaintiff), it cannot achieve the same effect on the circle of consumers or regarding preventive effects.** It is true that, this way, the opportunity of mass advertising is taken away from the plaintiff, but with this, the vital function of commercial communication is still*

²²⁰ Voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3

²²¹ *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299

possible for him – specifically the presentation of new products and services by which he accelerates the possibility of competition and incites the development of new products and services. According to section 12 of the LRUTP, he has the guaranteed possibility to inform consumers about new tobacco products with single actions.”

436. L'atteinte minimale n'est pas nécessairement violée parce que le Parlement a choisi une option plutôt qu'une autre. L'important, c'est que le choix ait été exercé parmi une gamme de mesures le moins attentatoires possible. Les tribunaux judiciaires demeurent les gardiens de la constitution.

4) Les effets bénéfiques de la loi par rapport à ses inconvénients

437. Le Procureur général du Canada soutient que compte tenu de la nature de la loi et de celle du droit violé en l'espèce, les effets préjudiciables de la restriction des droits des compagnies de tabac de faire de la publicité, dans un but commercial, de produits qui engendrent la dépendance et qui sont en soi dangereux et dommageables pour la santé des consommateurs ne l'emportent pas sur l'objectif de la loi.

D) Les articles 24 et 25 (la commandite)

438. Pour le moment, l'article 24 de la loi restreint la publicité de commandite de la façon suivante:

« 24. (1) Sous réserve des règlements et des paragraphes (2) et (3), il est possible d'utiliser un élément de marque d'un produit du tabac sur le matériel relatif à la promotion d'une personne, d'une entité, d'une manifestation, d'une activité ou d'installations permanentes qui, selon le cas :

a) sont associés aux jeunes, dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils pourraient être attrayants pour les jeunes ou dont les jeunes sont les principaux bénéficiaires;

b) sont associés avec une façon de vivre, tels le prestige, les loisirs, l'enthousiasme, la vitalité, le risque ou l'audace.

(2) L'élément de marque d'un produit du tabac ne peut figurer que tout au bas du matériel de promotion, dans un espace occupant au maximum 10 % de la surface de ce matériel.

(3) Le matériel de promotion visé au paragraphe (2) ne peut figurer que :

a) dans des publications qui sont expédiées par le courrier et qui sont adressées à un adulte désigné par son nom;

b) dans des publications dont au moins quatre-vingt-cinq pour cent des lecteurs sont des adultes;

c) sur des affiches placées ou dans des programmes offerts placés sur les lieux de la manifestation ou de l'activité ou sur les installations;

d) sur des affiches placées dans des endroits où l'accès est interdit aux jeunes par la loi.

(4) Dans les cas où les critères visés aux alinéas (1)a) ou b) ne s'appliquent pas à la commandite et sous réserve des règlements, il est possible d'utiliser

un élément de marque d'un produit du tabac dans la promotion de la commandite. »

439. Jusqu'en 1998, l'article 25 permettait d'utiliser un nom associé au tabac sur des installations permanentes. Cependant, le nouvel article 25 (tel que modifié par la loi C-42, 46-47 Eliz. II, 1997-98), prévoit ce qui suit :

« 25. Il est interdit d'utiliser un élément de marque d'un produit du tabac ou le nom d'un fabricant sur des installations permanentes, notamment dans la dénomination de celles-ci, si l'élément ou le nom est de ce fait associé à une manifestation ou activité sportive ou culturelle. »

440. À partir du 1er octobre 2003, la publicité de commandite sera totalement interdite, ceci en vertu d'une modification apportée à la Loi sur le tabac en 1998 (Loi modifiant la Loi sur le tabac). Ainsi, le nouvel article 24 stipulera :

« 24. Il est interdit d'utiliser, directement ou indirectement, un élément de marque d'un produit du tabac ou le nom d'un fabricant sur le matériel relatif à la promotion d'une personne, d'une entité, d'une manifestation, d'une activité ou d'installations permanentes. »

441. Il est apparu, lors des travaux de la Chambre et du Sénat, que l'article 24 portant sur la commandite soulevait de grandes inquiétudes chez les organismes culturels et sportifs, notamment chez les organisateurs du Grand Prix Player's du Canada et de la course Indy à Vancouver. Ces organismes étaient d'avis que l'article 24 compromettait la tenue d'événements internationaux au Canada et avait des répercussions financières et sociales importantes sur les artistes et sur la Ville de Montréal. Le délai de transition de deux ans était, de l'avis de plusieurs organismes, insuffisant.

442. Le ministre de la Santé s'est donc engagé envers les sénateurs à revoir l'article 24, étant donné que les demanderessees n'étaient pas intéressées à continuer de dépenser plus de 60 millions de dollars par année en commandite dans le cadre permis par l'article 24 de la loi.

443. La Loi sur le tabac (projet de loi C-71) a reçu la sanction royale le 25 avril 1997.

444. Par la suite, le contexte social canadien a changé, notamment au Québec, après l'adoption, de la Loi sur le tabac par l'Assemblée Nationale le 17 décembre 1998. Cette loi interdit toute activité de commandite à compter du 1^{er} octobre 2003 et prévoit la mise sur pied d'un fonds de transition. De plus, le contexte international a lui aussi évolué puisque la communauté économique européenne a adopté une directive interdisant la commandite d'événements sportifs et culturels (y compris pour la course automobile F-1) à compter de 2006. L'industrie américaine du tabac a conclu, en novembre 1998, un accord avec cinquante (50) États par lequel l'industrie accepte de restreindre ses activités de commandite.

445. Le 3 juin 1998, le ministre de la Santé, M. Allan Rock, a déposé, en première lecture, le projet de loi C-42 modifiant l'article 24 de la loi sur la publicité de commandite. Il donnait ainsi suite à l'engagement qui avait été pris envers le Sénat.

446. Le Procureur général du Canada admet que l'article 24 tant dans sa rédaction actuelle que dans celle qui sera en vigueur le 1^{er} octobre 2003 constitue une atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2(b) de la Charte, mais soutient que cette atteinte constitue une limite raisonnable dans le cadre de l'article premier.

1) Le lien rationnel

447. La publicité de commandite n'est rien d'autre qu'une forme de publicité de style de vie :

- Michael J. Waterson :

Le 21 janvier 2001 – Interrogé par Me Simon Potter, Q. 78-79 :

Q- *“And you've mentioned, Mr. Waterson, the gasoline and tires and so on, and that prompts me to ask you the question whether you make a distinction in the role of advertising for those products and the role of sponsorship by, let's say Firestone Tires? Is the role different depending on whether it's advertising or sponsorship?”*

(...)

Q- *Do you make a distinction between the two (2), Mr. Waterson?*

A- ***If you see the word ²Firestone² written on the side of a racing car, then it is simply, in my view, a moving advertisement. It may ... it may be the intention of the sponsor to do different things. It's conceivable that sponsorship is viewed differently within people who ... within advertising agencies and within major advertisers. But the impression that I always got from talking with these people is that sponsorship and sales promotion and all of the other kinds of advertising is simply regarded in some ways as alternatives. They're different ways of bringing the name ²Firestone² to the attention of the consumer, and it doesn't really matter whether you see it on television, on a poster or on a racing car.”***

- D-271 – Health Canada, Analysis of Options for Tobacco Product Promotional Activity Restrictions (pages 72-73-74) :

Page 72 :

«Sponsorship promotion offers distinct advantages over product advertising, since it permits the company's message (and the brand name itself) to be more readily incorporated into the event or activity. Especially significant in this regard is the assessment of the International Events Group (IEG) Sponsorship Report that :

²sponsorship generally outperforms advertising in its ability to establish qualitative attributes, such as enhancing a consumer's image of a brand, increasing favorability ratings and generating awareness ... [sponsorship] can suggest that the brand is sanctioned and approved, and sponsors hope that consumers will transfer the qualities of the event itself to the sponsor. **It provides a positive emotional connection between people and the product that cannot be achieved through traditional advertising.**²²²

Pages-73-74 :

« The goal of event marketing is increased sales. Associating a branded product with an event or activity theme provides the lifestyle linkage by which increased sales are best achieved. Event marketing links recognizable trade marks, brand names and insignia (i.e. tobacco product ²brand-identifiable elements²) with a variety of appealing activities, each selected with a view to positioning the brand before the identified market segments, particularly young adults. Car racing, whitewater rafting, fashion award shows and comedy festivals provide some well-known examples of event marketing by tobacco manufacturers.

This aspect of event marketing may be an offshoot of the way in which the sponsorship signage and messages become an integral part of the experience of an event. **Further promotion of the event using sponsorship advertising builds on this experience and disseminates the ²lifestyle² images and appeal of the event, linked to the brand name, through conventional advertising venues (billboards, in-store and out-of-home posters etc.).** Because tobacco companies are careful to choose events or activities that will fit well with the existing brand identify or brand name used in other promotional efforts, valuable promotional synergies are possible that increase friendly familiarity and enhance the image of both the corporations and their products. »

- ED-180 « Marketing of Tobacco Products », May 15, 1996, pages 52-53 :

« **If advertising is a monologue, sponsorship is a dialogue. Advertising is added on and can be screened out. With sponsorship, a company's message is incorporated into the action.** Specific product messages such as ²one-half the calories² are far more effectively communicated through a controllable medium such as advertising. But IEG contends that sponsorship generally outperforms advertising in its ability to establish qualitative attributes such as a enhancing a consumer's image of a brand, increasing favourability ratings and generating awareness. The sponsorship can suggest that the brand is sanctioned or approved, and sponsors hope that consumers will transfer the qualities of the event itself to the sponsor. It provides a positive emotional connection between people and a product that cannot be achieved through traditional advertising. ».²²³

- ED-47 FDA Regulations Restricting the Sale and Distribution of Cigarettes and Smokeless Tobacco to Protect Children and Adolescents:

²²² Extrait de International Events Group (IEG) « Sponsorship Report » Chicago, May 29, 1995

²²³ Référence à International Events Group (IEG), « Sponsorship Report », Chicago, May 29, 1995

p. 44528-44529 :

«The effect of sponsored events on the young people who attend or see these events is enormous. Advertising affects young people’s opinion of tobacco products, first, by creating attractive and exciting images that can serve as a “badge” or identification, second, by utilizing multiple and prolonged exposure in a variety of media, thereby creating an impression of prevalence and normalcy about tobacco use, and finally, by associating the product with varied positive events and images. The sponsorship of events by tobacco companies uniquely achieves all three objectives. Sponsorship creates an association between the exciting, glamorous or fun event with the sponsoring entity. Whether at the live gate, or on television, young people will repeatedly see and begin to associate the event, which they are enjoying, with the imagery and appeal of the product. All of the attendant concerns of hero worship of the sports figures and glamorization of the product by identification with the event are present, whether there are thousands or hundreds of thousands of young people in attendance. Race car drivers are extremely popular with young people and often are looked up to as heroes. According to one promoter of NASCAR ...

Furthermore, sponsorship events present a prolonged period of time in which to expose the audience, including young people, to the imagery. Sponsorship events do not provide people with a momentary glimpse at the imagery, but from 1 to 2 or 3 hours of constant attractive imagery. The audience has more than enough time to associate the images of the sporting event or the concert with the product.

p. 44533 :

Contrary to the comments cited, the FTC asserted, in its comment, that sponsorship is advertising, citing its 1992 consent order involving the Pinkerton Tobacco Co., (Consent Order) C-3364 (1992). The comment also stated that in 1995, the Department of Justice announced consent decrees resolving allegations that Philip Morris, Inc., and the owners of Madison Square Garden in New York City violated the Cigarette Act’s ban prohibiting advertising for tobacco on television and other media regulated by FCC through the display of cigarette brand names and logos at live sporting events that were broadcast on television (*United States v. Madison Square Garden, L. P.*, No. 95-2228 (S.D.N.Y., April 7, 1995); *United States v. Philip Morris, Inc.*, No. 95-1077 (D.D.C. June 6, 1995)). The consent decrees prohibit Philip Morris and Madison Square Garden from placing cigarette advertising in places regularly in the camera’s focus where they might be seen on television. The agency finds that sponsorship is advertising within the scope of this regulation. The claim by the comments that the Lorillard and Reynolds Tobacco

...

The IEG guide states that “[w]hat sponsorship generally accomplishes better [emphasis added] than advertising is establishing qualitative attributes, such as shaping consumers’ image of a brand, increasing favorability ratings, and generating awareness.” **In addition, the IEG guide states that sponsorship is more effective than advertising in increasing “propensity to purchase.”** This latter description of sponsorship falls within the courts definition of advertising in *Public Citizen v. FTC*, 869 F.2d at 1554, as “any action to call

attention to a product so as to arouse a desire to buy.” The agency finds for all these reasons that sponsorship can be regulated as advertising under the act

. . . .

FDA concludes that sponsorship of events and sponsored teams and events is an advertising medium that is ineffective in influencing young people’s decision to engage in smoking behavior and tobacco use.»

448. De nombreux documents de marketing rédigés par les demanderesse démontrent que les compagnies de tabac perçoivent la commandite d’événements comme une forme de publicité de « style de vie ». L’association d’une marque de cigarette au thème d’un événement ou d’une activité s’accorde aussi au « style de vie » du marché visé par les compagnies de tabac :

“SPONSORSHIP PROGRAM

Overview: The role of sponsorship is simply a means to an end to allow us to advertise.

SPONSORSHIP = ADVERTISING

WHY IS IT CRITICALLY IMPORTANT?

- *Brand advertising restrictions*
- *Sponsorships:*
 - *Reinforce brand strategy*
 - *Provide broadcast brand i.d.*
 - *Focus in-store communication”²²⁴*

449. En ce qui concerne l’usage d’une marque sur des installations permanentes, l’équation provoquée dans l’esprit des consommateurs est du même ordre que la commandite d’événements. En effet, cela permet de transposer l’image de l’installation permanente en question ou des activités qui s’y tiennent vers le produit concerné. Ainsi, par exemple, la désignation du « Stade du Maurier » permet d’associer la cigarette à une image sportive dans l’esprit des consommateurs.

450. Les articles 24 et 25 ont également un lien rationnel avec l’objectif de la loi sur le tabac qui est de protéger les jeunes des incitatifs à consommer les produits du tabac.

451. L’interdiction de la publicité de commandite, assimilée à la publicité dite de « style de vie », rejoint rationnellement l’objectif législatif.

2) L’atteinte minimale

452. Le Procureur général du Canada soutient que les articles 24 et 25 de la Loi sur le tabac restreignent le droit à la liberté d’expression aussi peu qu’il est raisonnablement possible de le faire pour atteindre l’objectif de la loi .

²²⁴

D-192 - Export 'A' Inc. – How Do We Build A Success Story, 1997 + Beyond (RJR-705), p. 80150 3496

453. L'interdiction de la publicité de « style de vie » respecte le critère de l'atteinte minimale. C'est la conclusion à laquelle en est arrivée la Cour suprême en 1995, et cela correspond également à ce qui avait été plaidé devant elle à l'époque par les compagnies de tabac.
454. Comme le révèlent les documents cités dans l'analyse du lien rationnel, la publicité de commandite équivaut à la publicité de « style de vie ».
455. Le but de la publicité de commandite est de créer, dans l'esprit des consommateurs, une association entre l'événement commandité, son image et les produits du tabac.
456. Ce type de publicité n'informe en rien les consommateurs sur le produit en question; la publicité de commandite n'a donc rien à voir avec la publicité « informative ».
457. Permettre la publicité de commandite équivaldrait à permettre aux compagnies de tabac de faire indirectement ce qu'elles ne peuvent pas faire directement :

*«En outre, dans l'examen des avantages comparatifs des interdictions partielles ou complètes de la publicité, **il est également révélateur que, dans les pays où les gouvernements ont imposé des interdictions partielles de la publicité du tabac comme celles proposées par les appelantes, les compagnies de tabac ont trouvé d'ingénieuses tactiques pour contourner ces restrictions.** Par exemple, lorsque la France a tenté d'imposer une interdiction partielle de la publicité du tabac dans les années 80 (en interdisant la publicité du tabac de type «style de vie», mais non la publicité informative ou de marque), les compagnies de tabac ont trouvé des techniques pour associer leurs produits à des «styles de vie», par exemple, en plaçant des vignettes sur le nom de la marque et en reproduisant ces vignettes lorsqu'une annonce montrait le paquet, ou en achetant pour la publicité une pleine page d'un magazine, puis en revendant les trois-quarts de la page au Club Med, dont la publicité de style de vie contribuait à associer un style de vie à la marque; voir Luc Joossens, «Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in Some Western European.»²²⁵*

458. Rappelons que l'interdiction de la publicité de « style de vie » vise toute publicité de cigarettes qui exposerait, à titre d'exemple, des scènes de sport, musique ou fêtes. Si la publicité de commandite était permise, les compagnies de tabac pourraient associer leur nom et leur « logo » à de telles activités et parvenir au même résultat que s'ils faisaient de la publicité de « style de vie ».
459. L'interdiction de la publicité de commandite respecte le critère de l'atteinte minimale au même titre que l'interdiction de la publicité de « style de vie ».
460. La promotion de commandite ne peut donc jamais être réduite à une dimension inoffensive dans l'optique de l'atteinte minimale. Il était donc légitime pour le Parlement de l'interdire complètement.

225

RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.) [1995] 3 R.C.S. 199, M. le j. La Forest par.103

461. La publicité de commandite ne sera pas totalement interdite avant octobre 2003.
462. Pour l'instant, l'article 24 permet qu'un élément de marque figure dans la partie inférieure du matériel promotionnel, partie qui ne peut représenter plus de 10% de la surface d'exposition.
463. De plus, cette publicité de commandite est autorisée dans des publications lues principalement par les adultes, dans des envois postaux qui leur sont adressés, dans des lieux où se dérouleront les activités commanditées, de même que dans des endroits interdits aux jeunes de moins de 18 ans.
464. Le Parlement a décidé, pour tenir compte des divers intérêts conflictuels en présence, de différer de 5 ans l'interdiction totale de la publicité de commandite :

*«D'aucuns se demandent pourquoi nous avons fixé la période de transition à cinq ans. **Une telle période de transition accordera aux organisateurs d'événements suffisamment de temps et d'occasions pour trouver d'autres commanditaires. Au cours des consultations que vous avons eues avec ces organisateurs, il a été dit très clairement que, si nous étions résolus à interdire la promotion de commandite par les compagnies de tabac, et nous le sommes, il leur faudrait le temps nécessaire pour prendre d'autres dispositions, et ils y parviendraient. Je sais que le processus s'est déjà mis en branle. Ainsi, en tant que gouvernement, nous nous réjouissons de ce qu'Air Canada sera le premier commanditaire attitré du Grand prix canadien de formule 1 l'an prochain. Nous estimons que le délai de 5 ans permettra aux autres organisateurs d'événements de démontrer à d'autres commanditaires éventuels quels avantages ils pourraient retirer de telles activités. Si nous nous en étions tenus là dans notre lutte contre le tabac, cela serait déjà digne de mention. Mais nous faisons bien davantage, et c'est pourquoi le Canada est reconnu comme un chef de file mondial en matière de lutte contre le tabagisme. Nous nous tenons au courant de ce que d'autres gouvernements font dans ce domaine. Je tiens à dire à nos collègues des deux côtés de la Chambre que notre approche est conforme aux plus récentes normes internationales. Voici quelques exemples à cet égard. L'Union européenne a annoncé dernièrement qu'elle adoptait la même voie que nous. Elle se propose d'interdire la promotion de commandite par les compagnies de tabac d'ici l'an 2006. Elle entend faire précéder cette interdiction d'une période de transition. La semaine dernière, l'Australie a annoncé qu'elle envisageait d'interdire la promotion de commandite par les compagnies de tabac d'ici l'an 2006. Les États-Unis envisagent des mesures qui restreindront l'exposition des enfants à la promotion du tabac par des moyens qui ne sont pas sans rappeler ceux que l'on trouve déjà dans notre Loi sur le tabac»²²⁶.***

465. En ce qui concerne les installations permanentes, l'atteinte est également minimale, la loi ne restreignant l'usage d'une marque que sur les installations à

226

caractère sportif ou culturel. Les demanderesse peuvent toujours afficher leur dénomination sociale sur leurs usines.

3) Les effets bénéfiques de la loi par rapport à ses inconvénients

466. Le Procureur général du Canada soutient que compte tenu de la nature de la loi et de celle du droit violé en l'espèce, les effets préjudiciables de la restriction des droits des compagnies de tabac de faire de la publicité de commandite, dans un but commercial, sur des produits qui sont en soi dangereux et dommageables pour la santé des consommateurs, ne l'emportent pas sur l'objectif de la loi.

E) Les articles 27 et 28 (apposition de marques sur des produits autres que ceux du tabac)

467. Les articles 27 et 28 se lisent comme suit :

« 27. Il est interdit de fournir ou de promouvoir un produit du tabac si l'un de ses éléments de marque figure sur des articles autres que des produits du tabac - à l'exception des accessoires - ou est utilisé pour des services et que ces articles ou ces services :

a) soit sont associés aux jeunes ou dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils pourraient être attrayants pour les jeunes;

b) soit sont associés avec une façon de vivre, tels le prestige, les loisirs, l'enthousiasme, la vitalité, le risque ou l'audace. »

28. (1) Sous réserve des règlements, il est possible de vendre un produit du tabac ou d'en faire la publicité conformément à l'article 22 dans les cas où l'un de ses éléments de marque figure sur des articles autres que des produits du tabac -- à l'exception des accessoires -- ou est utilisé pour des services qui ne sont pas visés par les alinéas 27a) ou b).

(2) Sous réserve des règlements, il est possible de promouvoir des articles autres que des produits du tabac -- à l'exception des accessoires -- portant un élément de marque d'un produit du tabac ou des services utilisant un tel élément qui ne sont pas visés à l'article 27.

468. Les articles 27 et 28 concernent donc l'usage de marques sur des produits autres que des produits du tabac ou des accessoires de fumeur. L'article 27 a pour effet d'interdire l'usage de marques sur des produits pouvant être attrayants pour les jeunes ou associés à un style de vie. L'article 28 contient la permission corrélative d'apposer une marque sur un produit et d'en faire la promotion s'il n'est pas couvert par la prohibition de l'article 27.

1) Lien rationnel

469. Le Procureur général du Canada soutient qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif de la Loi et l'interdiction, stipulée à l'article 27, d'apposer des marques sur des produits autres que ceux du tabac :

- D-166, Health Canada, « Analysis of Options for Tobacco Product Promotional Activity Restrictions », p. 67:

« First, most branded merchandising, judging from the type of article on offer, seems intended for youth or young adults as lifestyle accessories or fashion display. Second, some items (e.g. T-shirts, tote bags), when worn or carried as accessories, create a new advertising medium that can enter schools or other locations where tobacco product advertising would not normally be permitted, in effect ²giving the companies the opportunity to turn their customers into a promotional medium². Third, unlike other forms of tobacco product advertising, these items do not display health warning messages, even though the use of the brand/logo stands in for many of the connotative elements found in the product advertising copy. Fourth, by being both ubiquitous and seemingly innocuous in their social contexts, this type of advertisement may achieve greater market penetration than overt product advertising, simply because the marketing intention seems tangential to the merchandise's mundane daily use. The promotional value of branded merchandise is enhanced by its role in providing a comfort level for the presence of cigarette brand names in all social settings.» [Références omises]

470. De nombreux documents internes des demanderessees indiquent que l'industrie du tabac utilise des stratégies commerciales telles le « merchandising » comme une forme de publicité permettant de communiquer les « impressions séduisantes » de la marque, d'accroître sa visibilité, et ainsi de faire mousser les ventes de cigarettes :

- RF-42 (RBH-1212) Benson & Hedges Fireworks:

p. 7414:

« I think that brand visibility could be increased and enhanced. A lot of opportunities could be explored, here are just some ideas.

- *Small signs spread on site to indicate best viewing points.*
- *Big banners on fences and streets around the site.*
- *VIP area "brand identified" and recognizable from outside.*
- *Hostesses and helpers in Benson & Hedges uniforms (with real brand identification).*
- ***Brand identified items given or sold to public (t-shirt, hats, flags, balloons etc.).***
- *Brand identified items offered or sold to all restaurants, bars, stores on or close to the site (umbrellas, matches, ashtrays etc.).*

Other more "creative" ideas:

- *Is it feasible to have **bombs exploding in the shape of the Benson & Hedges name** (I've seen heart shapes, so why not letters?).*
- ***Plane flying over location with a long trailing B & H banner.***
- ***Parachutists coming down with gold and black Benson & Hedges parachute and distributing Benson & Hedges "giveaways"***

- B & H airship flying on site.”

- «D-196 - Sponsorships – Communications Plans – 1992 – ITL (ITL-176):

p. 13907:

“COMMUNICATIONS EVENTS – PLAYER’S LTD.

STRATEGIES

In all support materials, brochures, etc. include where appropriate:

- *Mention of John Player and Sons*
- *Tradition (30 Years)*
- ***Portray image of self expression of freedom and independence and self reliance/independence.***

p. 14002:

“MERCHANDISING

Although relatively unknown to our organization the use of merchandising has been an effective tool for various corporations internationally. (Hugo Boss clothing is an extension of its corporate imagery). Merchandising is an inexpensive way of broadening ones scope, into non traditional areas, such as sporting goods stores, bars, automotive centres another areas where the target market would shop. There are two elements to merchandising which are driven by separate types of items:

- 1. Motorsport fans will be driven to buy items from winning teams and home town heroes.***
- 2. The general target will be driven to buy items which position them against the image they wish to have. Fashion items not motorsport will drive these sales.»***

471. La Food and Drug Administration (ED-47) a ainsi décrit et dénoncé l’usage du merchandising :

p. 44524 :

«In response, the agency concludes that the evidence presents a compelling case to prohibit the sale and distribution of all nontobacco items that are identified with a cigarette or smokeless tobacco product brand name or other identifying characteristic. The evidence establishes that these nontobacco items are readily available to young people and are attractive and appealing to them with as many as 40 to 50 percent of young smokers having at least one item (60 FR 41314 at 41336). The imagery and the item itself create a badge product for the young person and permit him/her the means to portray identification. FDA has shown that tobacco advertising plays out over many media, and that any media can effectively carry the advertising message. Moreover, the agency recognizes that the tobacco industry has exploited loopholes in partial bans of advertising to move its imagery to different media. When advertising has been banned or severely restricted, the attractive imagery can be and has been replicated on nontobacco items that go anywhere, are seen everywhere, and are permanent, durable, and unavoidable. By transferring the imagery

*to nontobacco items, the **companies have “thwarted” the attempts to reduce the appeal of tobacco products to children.** In addition, items, unlike advertisements in publications and on billboards, have little informational value. They exist solely to entertain, and to provide a badge that, as the Tobacco Institute asserted, allows the wearer to make a statement about his “social group” for all to see. But because tobacco is not a normal consumer product, it should not be treated like frivolity.»*

p. 44525:

*«The [Institute of Medicine] Report pointed out that **the ubiquity of nontobacco items conveys the impression that tobacco use is the norm.** 230 As stated in section VI.D.3.c. of this document, this impression, that tobacco use is widespread and accepted, fosters experimentation with tobacco and smokeless tobacco by young people. This fact led the IOM to recommend that the use of tobacco product logos on nontobacco items be prohibited. 231 The IOM said that this and several other related steps (including requiring the use of the text-only format) were necessary to eliminate those features of advertising that tend to encourage tobacco use by children and youths. Thus, the prohibition on the use of these logos will directly advance FDA’s interest. The IOM’s recommendation provides significant evidence of this fact. »*

472. Des exemples de merchandising ont été également donnés à la Cour :

- D-11 – T-Shirt « The Bruiser » qui reproduit le « X » de Export ‘A’ ;
- D-151 – Catalogue de produits Joe Camel ;
- D-152 – Boîte de cigarettes Joe Camel avec T-Shirt Camel.

473. Tout comme il existe un lien entre la publicité et la consommation du tabac, il existe un lien rationnel entre l’interdiction d’apposer des marques de produits du tabac sur des produits autres que ceux du tabac et l’objectif de la loi.

2) L’atteinte minimale

474. Le Procureur général du Canada soutient que les articles 27 et 28 portent le moins possible atteinte à la liberté d’expression des demanderessees.

475. Vu la préoccupation du juge McLachlin dans l’arrêt de 1995, quant à la nature « absolue » de l’interdiction d’apposer des marques sur des articles autres que ceux du tabac, le législateur a choisi, avec la Loi sur le tabac, de restreindre aussi peu que possible la pratique dite de « merchandising » en interdisant seulement les articles (« non-tobacco products ») qui sont associés aux jeunes ou à un style de vie²²⁷.

²²⁷

Loi sur le tabac, art. 2, définition de «accessoire»

3) Les effets bénéfiques de la loi par rapport à ses inconvénients

476. Le Procureur général du Canada soutient que compte tenu de la nature de la loi et de celle du droit à la liberté d'expression, les effets préjudiciables de la restriction des droits des compagnies de tabac de faire de la publicité, dans un but commercial, sur des produits qui sont en soi dangereux et dommageables pour la santé des consommateurs, ne l'emportent pas sur l'objectif de la loi.

F) L'article 20 (la promotion trompeuse)

477. L'article 20 de la loi se lit comme suit :

« 20. Il est interdit de faire la promotion d'un produit du tabac, y compris sur l'emballage de celui-ci, d'une manière fausse ou trompeuse ou susceptible de créer une fausse impression sur les caractéristiques, les effets sur la santé ou les dangers pour celle-ci du produit ou de ses émissions. »

478. L'article 20 porte atteinte à l'alinéa 2(b), mais est justifié en regard de l'article premier.

479. Il est intéressant de souligner qu'aux Etats-Unis, il a été décidé par la Cour suprême que la promotion trompeuse n'est pas protégée par le premier amendement de la constitution qui garantit la liberté d'expression (voir *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of N.Y.*, (1980) 447 U.S. 557, p. 566).

480. Plusieurs dispositions se trouvant dans d'autres lois sont similaires à l'article 20. La *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C, 1985, ch. F-27, contient les dispositions suivantes :

« 5. (1) Il est interdit d'étiqueter, d'emballer, de traiter, de préparer ou de vendre un aliment -- ou d'en faire la publicité -- de manière fausse, trompeuse ou mensongère ou susceptible de créer une fausse impression quant à sa nature, sa valeur, sa quantité, sa composition, ses avantages ou sa sûreté.

9. (1) Il est interdit d'étiqueter, d'emballer, de traiter, de préparer ou de vendre une drogue -- ou d'en faire la publicité -- d'une manière fausse, trompeuse ou mensongère ou susceptible de créer une fausse impression quant à sa nature, sa valeur, sa quantité, sa composition, ses avantages ou sa sûreté.

20. (1) Il est interdit d'étiqueter, d'emballer, de traiter, de préparer ou de vendre des instruments -- ou d'en faire la publicité -- d'une manière fausse, trompeuse ou mensongère ou susceptible de créer une fausse impression quant à leur conception, leur fabrication, leur efficacité, l'usage auquel ils sont destinés, leur nombre, leur nature, leur valeur, leur composition, leurs avantages ou leur sûreté. »

481. Par ailleurs, la Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, contient l'article suivant :

« 52. (1) Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit

des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important.

(...)

(4) Dans toute poursuite intentée en vertu du présent article, pour déterminer si les indications sont fausses ou trompeuses sur un point important il faut tenir compte de l'impression générale qu'elles donnent ainsi que de leur sens littéral. »

482. De son côté, la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, indique ce qui suit aux articles 219 et 228 :

« 219. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur.

228. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, dans une représentation qu'il fait à un consommateur, passer sous silence un fait important. »

483. Dans l'affaire *R. c. Wholesale Travel Group*, [1991] 3 R.C.S. 154, les dispositions de la *Loi sur la concurrence* qui interdisaient la publicité trompeuse ont été contestées en vertu des articles 7 et 11(d) de la Charte.

484. Il fut allégué que ces dispositions étaient inconstitutionnelles, notamment parce qu'elles créaient une inversion du fardeau de la preuve. La Cour suprême refusa cette proposition. Il y a lieu de souligner les commentaires de M. le j. en chef Lamer quant à l'importance de réprimer la publicité trompeuse :²²⁸ :

« [J]e suis disposé à accepter que l'objectif d'empêcher les annonceurs qui donnent des indications fausses ou trompeuses de tirer profit de cette publicité, et celui de protéger les consommateurs contre ses effets préjudiciables sont suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. »

485. Dans *Rocket c. Collège Royal des Chirugiens Dentistes de l'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, le juge McLachlin a reconnu, au nom de la Cour, que « la protection du public contre la publicité irresponsable et trompeuse » (p. 249) était un objectif suffisamment important pour justifier une restriction de la liberté d'expression.

486. Dans un contexte de publicité commerciale où la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression tient uniquement à la possibilité d'informer le consommateur, il apparaît justifié que l'État interdise l'expression qui induit les consommateurs en erreur.

²²⁸

R. c. Wholesale Travel Group, [1991] 3 R.C.S. 154, en p. 191

487. Cette interdiction est d'autant plus justifiée lorsqu'il s'agit d'un produit destiné à la consommation humaine et qu'il a des effets néfastes sur la santé. L'article 20 de la *Loi sur la tabac* vise donc un objectif légitime.
488. Il est manifeste que l'objectif de la disposition est valide et satisfait le critère sur l'équilibre entre les effets bénéfiques de la loi et ses inconvénients.
489. Le juge McLachlin a d'ailleurs noté à la p. 344 de son jugement concernant l'affaire *RJR MacDonald*, que des mesures comme celles prévues par la *Loi sur la protection du consommateur du Québec* (dont l'article 219 interdit la publicité trompeuse) constitueraient une atteinte raisonnable à la liberté d'expression.
490. Voir également les jugements rendus sur l'emballage et l'étiquetage :

- *RJR-MacDonald vs. Procureur Général du Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199:

Monsieur le juge La Forest en page 321:

"Dans un État moderne, il est du cours normal des choses que l'étiquetage des produits, et particulièrement des produits destinés à la consommation humaine, soit soumis à la réglementation de l'État.

(...)

Vues de cette façon, les mises en garde exigées par l'art. 9 ne sont pas différentes des exigences en matière d'inscription de messages non attribués imposées par la Loi sur les produits dangereux, en vertu de laquelle les fabricants de produits dangereux sont tenus d'apposer sur leurs produits des mises en garde non attribuées, telle que «DANGER» ou «POISON», et des signaux de danger, tels qu'une tête de mort et tibias croisés; voir le Règlement sur les produits chimiques et contenants destinés aux consommateurs, DORS/88-556. Je crois devoir dire que la question s'étend à de nombreux autres domaines d'activités où des personnes peuvent, dans certaines circonstances particulières, avoir à placer des mises en garde dans des lieux fréquentés par le public, ou sur un chantier de construction et ainsi de suite."

- *Regina v. Steinberg's Ltd.*, 80 D.L.R. (3d) 741:

En page 751:

*".. that a statute which in its entirety deals with honest labelling has a pith and substance which is the protection of the consumer, and is legislation "in relation to" criminal law. **The categories of crime are not closed**, and the development of new commercial trade practices in recent years requires that these categories be broadened to include what has become known as consumer protection legislation."*

En page 753:

*"The Consumer Packaging and Labelling Act has the public purpose of safeguarding the peace and security of consumers (i.e., their peace of mind and their security arising from the knowledge that they are not being fraudulently imposed upon by suppliers **in cases where the consumers'***

means of knowledge is clearly inferior to that of the supplier) and of preventing the commercially immoral acts of false or intentionally misleading labelling and packaging, and thus, in my opinion, complies squarely with the tests prescribed by Lord Atkin and Rand, J., supra."

- *R. c. Westfair Foods Ltd.*, 111 Man.R. (2d) 47:

En page 50:

*"[13] The **Consumer Packaging and Labelling Act** has two primary purposes. The first purpose is to ensure that any information provided to a consumer on a prepackaged product is not false or misleading in any way. However, there is a second purpose and that is to provide information to consumers so they can make informed choices. That is the mischief which s. 4 is intended to prevent."*

En page 51:

"The purpose of this legislation is clearly to arm the consumer with the knowledge necessary to make an informed buying decision about products being offered for sale."

- *R. c. Importations cachées Hahamovitch Inc.*, 500-36-001436-982:

En page 2:

*"En effet, la protection de la santé publique, comme c'est le cas ici, justifie le Parlement fédéral d'édicter des normes en matière d'emballage de produits alimentaires, et en cas de contravention, d'imposer des pénalités sur déclaration sommaire de culpabilité. Cela en fait une matière criminelle de compétence fédérale et cette question a été définitivement réglée par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Westmore* (1983) 3 R.C.S. 284.*

*Dans d'autres domaines, les arrêts suivants vont dans le même sens : *RJR-MacDonald Inc. c. le Procureur général du Canada* (1995) 3 R.C.S. 1999 et *R. c. Hydro-Québec* (1997) 3 R.C.S. 213."*

491. Par ailleurs, soulignons que dans l'affaire *R. c. Publications Groupe R.R. International inc.* (1993) R.J.Q. 1269 (C.Q.) les dispositions de la *Loi sur la concurrence* qui concernent la publicité trompeuse ont été déclarées valides en regard de la liberté d'expression prévue à l'article premier de la Charte. La Cour a indiqué ce qui suit aux p. 1277-1278 :

« Nul ne pourra prétendre que l'épanouissement personnel passe par la duperie, la tromperie et les conséquences financières tels l'appauvrissement de ceux qui sont indûment exploités ou l'enrichissement indu de ceux qui tirent avantage de la publicité trompeuse. Les consommateurs sont des perdants lorsqu'il y a publicité trompeuse. Elle n'est d'aucune utilité pour les aider à faire un choix de consommation. L'interdiction de la publicité trompeuse et sa criminalisation affirment cette valeur fondamentale de l'honnêteté et de la vérité.

[...]

L'interdiction est ici formulée de façon précise et l'objectif à atteindre est précis et combien important. On ne saurait prétendre que cette interdiction aura un effet paralysant sur l'exercice de la liberté d'expression en matière commerciale. Il n'y a pas ici de réaction excessive du législateur et il n'y a véritablement pas d'autre mesure restrictive qui répondrait de façon aussi directe, légitime, crédible et utile à cette problématique limitée.

L'imposition d'une semblable restriction à la liberté d'expression se justifie dans une société qui se veut libre et démocratique. Elle est une mesure indispensable en politique moderne devant la vulnérabilité du consommateur et le raffinement des techniques et des messages publicitaires.

L'interdiction de fausses représentations est de nature à porter aussi peu que possible atteinte à la liberté d'expression et constitue certes une atteinte minimale et raisonnable à la publicité des commerçants.

Manifestement, l'interdiction de publicité trompeuse ne soulève pas un problème fondamental de liberté de pensée, de liberté d'opinion. Sont en cause le droit de mentir de façon délibérée aux consommateurs potentiels, le droit de tromper et de manipuler à des fins de profit. La publicité est l'antichambre de la fraude et à ce titre, comme il est naturel qu'un consommateur puisse y prêter foi et que cette publicité puisse induire ou contribuer à induire en erreur, la décriminalisation de la publicité trompeuse discréditerait tant le système économique que notre démocratie et priverait le gouvernement d'un instrument important de dissuasion. »

G) L'article 21 (témoignages et célébrités)

492. Les demanderesse ITL et RBH soutiennent que l'article 21 est inconstitutionnel au motif qu'il serait indissociable des autres dispositions prétendument invalides de la partie IV de la loi. L'article 21 énonce ce qui suit :

21. (1) Il est interdit de faire la promotion d'un produit du tabac, y compris sur l'emballage de celui-ci, au moyen d'attestations ou de témoignages, quelle que soit la façon dont ils sont exposés ou communiqués.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), la représentation d'une personne, d'un personnage ou d'un animal, réel ou fictif, est considérée comme une attestation ou un témoignage.

(3) Le présent article ne s'applique pas aux marques de commerce qui figurent sur un produit du tabac en vente au Canada le 2 décembre 1996.

493. L'article 21 concerne un sujet très spécifique, soit l'usage de témoignages dans la promotion. Advenant le cas où d'autres dispositions de la partie IV seraient jugées invalides, le Procureur général du Canada ne voit aucune raison pourquoi l'article 21 devrait être déclaré invalide comme indissociable des autres dispositions. Il peut en effet très bien s'appliquer de façon indépendante.
494. Le Professeur P.W. Hogg, dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 1997), p. 344 énonce la règle de la dissociabilité en les termes suivants :

«The rule which courts have developed is that severance is inappropriate when the remaining good part is “so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive”.» [référence omise]

495. Dans des causes concernant le partage des compétences, les tribunaux concluent plus souvent que les éléments de la loi sont indissociables. Par contre, en ce qui concerne les causes impliquent la *Charte*, la dissociabilité est la règle qui est appliquée dans la très grande majorité des cas. Le Professor Hogg indique, aux p. 345-46:

«Severance is far more common in Charter cases than in federalism cases. Although the same test is applied, it is highly unusual to find that an entire statute is struck down under the Charter of Rights. Charter review is not based on the pith and substance of a law, but on the question whether either the “purpose” or the “effect” of the law abridges a Charter right. Under this test, it is usually only a single section or a few sections of a statute that abridge a Charter right, and it is usually beyond argument that the rest of the statute can independently survive. For example, it could hardly be argued that the invalidity of the search and seizure power of the Competition Act entailed the striking down of the entire Act, or that the invalidity of the felony-murder rule entailed the striking down of the entire Criminal Code.

There seems to be only one Charter case in the Supreme Court of Canada where the entire statute was struck down, and that was R. v. Big M Drug Mart (1985), which held that the Lord’s Day Act was wholly bad. In every other case, the offending provision was severed from the rest of the statute, usually without argument or discussion. It seems reasonable to conclude that the presumption against severance in federalism cases has been replaced in Charter cases by a presumption in favour of severance. Severance is an important tool of judicial restraint, because it circumscribes the impact of a successful Charter attack on a law. The law that falls is normally only a small portion of the legislative structure, and the rest of the structure remains standing.» [références omises]

496. L’article 21 vise à s’assurer que les manufacturiers de produits du tabac n’associent leurs produits à des artistes, des sportifs ou autres personnalités et même des personnages fictifs comme Joe Camel. Cette disposition vise à éviter que les jeunes n’associent les produits du tabac à leurs héros comme Jacques Villeneuve, coureur automobile²²⁹.

497. Cette association entre personnalités de toutes sortes et les produits du tabac a été dénoncée dans le document de la Food and Drug Administration (ED-47);

p. 44529:

«glamorous event that they enjoy for a prolonged period of time. Often, celebrities participating in these events are wearing clothes and hats bearing the brand name and attractive imagery, and young people come to associate athletes who they admire with tobacco products. The amount of time viewed and the positive association with the event are incalculable as persuasive messages.»

²²⁹

Voir I-36 où des personnages de cowboys apparaissent sur des paquets de cigarettes Marlboro

p. 44530:

*«Sponsorship events actively create an association between tobacco and event enthusiasts. **People under the age of 18 are still forming attitudes and beliefs about tobacco use, see smoking and smokeless tobacco use as a coping mechanism, a gauge of maturity, a way to enter a new peer group, or as a means to display independence** (60 FR 41314 at 41329). This final rule is intended to break the link between tobacco brandsponsored events and images and use tobacco by young people. In addition, the tobacco industry itself has recognized the vulnerability of young people to advertising featuring sports heroes and other celebrities. In its 1994 Code, the cigarette industry promised that “No sports or celebrity testimonials shall be used or those of others who would have special appeal to persons under 21 years of age.” 240 The impact of tobacco’s association with the race driver, the car, or the event is no less powerful and no less persuasive.»*

498. L’article 21 respecte la règle de l’atteinte minimale et celle de la proportionnalité.

H) L’article 30 de la loi (matériel aux points de vente)

499. L’article 30 de la Loi prévoit ce qui suit :

« 30. (1) Sous réserve des règlements, il est possible, dans un établissement de vente au détail, d’exposer des produits du tabac et des accessoires portant un élément de marque d’un produit du tabac.

(2) Il est possible pour un détaillant, sous réserve des règlements, de signaler dans un établissement que des produits du tabac y sont vendus et d’indiquer leurs prix. »

500. Il est opportun de souligner que l’argument juridique avancé par les demanderesses est à l’effet que l’article 30 est indissociable des autres articles de la partie IV et devrait, à ce titre, être invalide.

501. L’article 30 de la Loi permet :

- a) L’exposition dans un établissement de vente au détail des produits du tabac et les accessoires portant un élément de marque d’un produit du tabac;
- b) au détaillant de signaler dans un établissement de vente au détail que des produits du tabac y sont vendus; et
- c) d’indiquer les prix des produits du tabac qui y sont vendus.

502. L’article 30 de la Loi concerne les détaillants, tel que défini à l’article 2. Les demanderesses ne sont pas des détaillants, mais plutôt des manufacturiers²³⁰ :

²³⁰

Témoignage de M. Robert Parker, président directeur général du Conseil canadien des manufacturiers de tabac (dont sont membres les 3 demanderesses) devant le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles le 1er avril 1997 (ED-70, p. 37)

« Le sénateur Milne : Admettez tout de même que les 17 millions de dollars tirés de ventes illégales faites par les détaillants représentent une somme rondelette.

M. Parker : Si l'accusation était fondée, je pourrais y donner suite. Toutefois, nous ne vendons pas de produits du tabac à des mineurs. Nous n'en vendons même pas à des adultes. Nous passons par des grossistes. Ce ne sont pas les fabricants de produits du tabac qui vendent les produits aux consommateurs. »

503. Les demanderessees n'ont pas d'intérêt, ni qualité pour contester la constitutionnalité de l'article 30 et il n'y a aucun support factuel au soutien de leur contestation.

Henderson c. Procureur général du Québec, 500-05-065031-013, le 16 août 2002, l'honorable juge Michel Côté :

« 60. Il en va de même quant à ce volet qui identifie une situation susceptible d'entraîner le tribunal à émettre une opinion dans l'abstrait, ce qu'il n'y a pas lieu de faire. À cet égard, le Procureur général du Québec fait valoir :

²La requête des requérants est irrecevable car elle n'est fondée sur aucune difficulté réelle et immédiate, mais qu'elle constitue une demande d'opinion juridique fondée sur des hypothèses et des conjectures.

En effet, aucune application concrète de la Loi 99 n'est contestée en l'espèce, mais uniquement une situation hypothétique d'application de cette loi qui n'a aucun fondement factuel.² »

« 61. Au soutien de quoi, il cite nombre d'autorités, dont le tribunal ne retiendra que quelques-unes, à titre d'exemples :

D. GRENIER. La requête en jugement déclaratoire en droit public québécois. Cowansville, Y. Blais, 2^e éd., 1999, p. 97-98 et p. 106:

²... en l'absence d'une difficulté réelle conduit les tribunaux à nier à la partie requérante l'intérêt requis pour tenter un recours en vertu de l'article 453 C.p.c. Les tribunaux n'ayant pas pour fonction de donner de simples consultations juridiques, hypothèses, conjectures et situations académiques entraîneront un rejet de la requête en jugement déclaratoire. En effet, les situations purement hypothétiques ne font pas apparaître une difficulté réelle au sens de l'article 453 C.p.c. (ce sont les soulignés du plaideur)

... même si les termes d'un contrat son ambigus, cette ambiguïté peut fort bien ne causer aucune difficulté aux parties contractantes. Il en est de même d'un texte de loi. Ainsi, par exemple, l'Office de la protection du consommateur peut donner à sa loi constitutive une interprétation qui n'est pas partagée par un ou plusieurs consommateurs. Cette interprétation, erronée ou non, ne crée aucune difficulté en soi. Si par contre cette interprétation aboutit à une application quelconque, alors là et seulement là, une difficulté réelle vient de naître.²

Donderi c. A.G. of Quebec, C.S. Montréal, no 500-05-038492-987, 26 juin 1998, j. Maughan, p. 6, 7 et 8 :

²The jurisprudence has consistently held that no one has the right to invoke the jurisdiction of a competent court to obtain a ruling on the interpretation or application of legislation or on its constitutionality when that person is not either directly affected by the legislation or is not threatened by sanctions for a violation of the legislation. As distasteful as the legislation may be to the individual wishing to bring the matter to Court for a ruling, that is not a reason by itself to seek the Court's assistance.

Therefore, in exercising its discretion as to whether a petitioner has the right to have a genuine problem resolved by way of a declaratory judgment pursuant to Article 453 C.P.C., the Court is of the opinion that the controversy must be of a litigious nature. Article 453 is not to be used to resolve problems which are mainly political in nature. (...)

As a general rule, courts do not issue opinions on hypothetical questions. They render judgments on real disputes. It is the opinion of this Court that as matters now stand Mr. Donderi's interest in the dispute involving his billboard is hypothetical, at best.²

Opération Dismantle c. R. [1985] 1 R.C.S. 441, p. 447, 454, 455, 457:

²J'en suis venu à la conclusion que le lien causal entre les actes du gouvernement canadien et la violation alléguée des droits des appelants aux termes de la Charte est simplement trop incertain, trop conjectural et trop hypothétique pour étayer une cause d'action.

Cet examen n'a pas pour but de chercher querelle aux appelants quant à leurs allégations concernant les résultats des essais du missile de croisière. Ils ont, bien entendu, droit à leur opinion et à leur conviction. Je désire souligner plutôt que des faits.

(...)

La règle selon laquelle les faits matériels d'une déclaration doivent être considérés comme vrais, lorsqu'il s'agit de déterminer si elle révèle une cause raisonnable d'action, n'oblige pas à considérer comme vraies les allégations fondées sur des suppositions et des conjectures. (...)

... la fonction préventive du jugement déclaratoire doit être fondée sur une autre chose que des conséquences purement hypothétiques ... (ce sont les soulignés du plaideur) ²

Opération Dismantle c. R. [1985] 1 R.C.S. 441, p. 481, 482 et 486 (j. Wilson):

²... comme le font remarquer les intimés, un jugement déclaratoire n'est discrétionnaire qu'en ce sens que le tribunal eut le refuser, même si on a apporté une preuve le justifiant ... Donc la Cour saisie d'une requête en radiation qui invoque que la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action n'usurpe en rien le pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance ... (ce sont les soulignés du plaideur).² »

Voir également *Baron c. Canada* [1993] 1 R.C.S. 416, J. Sopinka, p. 452-453 :

« Finalement, le par. 231.3(5) est contesté parce qu'il permet le même genre de perquisitions et de saisies générales sans l'autorisation préalable qui, sous le régime de la disposition législative précédente, a été jugée contraire à l'art. 8 de la Charte.

(...)

Le problème que soulève cette question est qu'elle se pose dans l'abstrait car il n'y a aucune indication que des documents ont été saisis sur le fondement de cette disposition. Nous n'aimons jamais trancher des questions constitutionnelles en l'absence de fondement factuel: Danson c. Ontario (Procureur général) [1990] 2 R.C.S. 1086; Mackay c. Manitoba [1989] 2 R.C.S. 357 aux pp. 361 et 366; R. c. Edwards Books and Art. Ltd. [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 762, 767, 768. Je crois que la question devrait être tranchée lorsque notre Cour aura à se prononcer sur une situation dans laquelle on se sera fondé sur la disposition pour saisir des documents. »

504. Il y a une multitude de manière d'exposer dans un établissement de vente au détail des produits du tabac.
505. Les demanderesses, à l'étape de la contre-preuve, ont tenté d'introduire en preuve, par l'entremise de M. Ed Ricard, que des inspecteurs de Santé Canada auraient procédé à détruire des affiches, flèches et bandes de couleur. Le Procureur général du Canada réitère son objection à l'égard de ce témoignage ainsi qu'à l'endroit de la production des pièces P-149 à P-152.
506. Cette preuve ne saurait être introduite au stade de la contre-preuve et contrevient à la règle du oui-dire.
507. L'article 30 a pour objet de permettre aux détaillants de signaler la disponibilité des produits et leurs prix. Cette disposition ne permet pas de faire la promotion, au sens large, des produits vendus.
508. La question de savoir si une affiche respecte l'article 30 sera une question de fait. Elle ne peut pas être examinée dans l'abstrait. Il pourra exister des cas où le contexte factuel permettra de conclure que l'objet d'une affiche particulière n'était pas simplement de signaler la disponibilité des produits et leur prix, mais d'en faire la promotion de façon plus large. La taille de l'affiche, son emplacement, le design utilisé, l'usage d'autres éléments pour attirer l'attention, et de façon générale la manière dont le tout est disposé pourront être des facteurs permettant de conclure que l'article 30 est enfreint.
509. Les jeunes sont exposés à cette promotion aux points de vente. Ainsi, la limite à la liberté d'expression aux points de vente est justifiée pour les mêmes raisons que les limites quant aux lieux prévues au paragraphe 22(2) de la loi.
510. Les demanderesses allèguent que l'application de l'article 30 par les inspecteurs du ministère de la santé aurait à l'occasion été abusif au cours des derniers mois.

511. Dans un premier temps, le Procureur général du Canada soutient que la preuve à cet effet est irrecevable car constituée de oui-dire et introduite en contre-preuve plutôt qu'en preuve principale.
512. Dans un deuxième temps, la Cour n'a pas à adjuger à l'avance tous les cas individuels ou hypothétiques. Il suffit d'interpréter la loi dans son ensemble. Les cas limitrophes d'application de l'article 30 devront être tranchés dans des litiges futurs en tenant compte du contexte de chaque affaire.
513. Comme l'a noté la juge en chef McLachlin dans l'affaire *Sharpe*, ce n'est pas parce qu'il faut interpréter la loi dans un débat constitutionnel qu'il faut nécessairement trancher à l'avance tous ses cas d'application spécifiques. Au par. 32 de l'opinion majoritaire, elle écrit:

« L'interprétation de la disposition est une étape préalable nécessaire à la détermination de la constitutionnalité, étant entendu naturellement que les tribunaux pourront, dans des instances ultérieures, préciser l'analyse à la lumière des faits et des considérations en présence. »

514. Le fait qu'une loi ait été appliquée de façon abusive ne la rend pas inconstitutionnelle. La manière dont les fonctionnaires appliquent une loi n'est pas un motif susceptible de l'invalidier. Dans l'affaire *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 1120, M. le juge Binnie, au nom de la majorité, écrit au par. 77 :

« Bien que ces plaintes aient un certain fondement, elles concernent le régime législatif tel qu'il est appliqué par les fonctionnaires plutôt que le régime législatif lui-même. » [en italique dans l'original]

515. Au paragraphe 133, il poursuit :

« [J]'estime que la législation douanière peut très bien être appliquée d'une manière qui respecte les droits garantis par la Charte. »

516. Les pièces P-168 et P-169 n'ont pas la portée que leur prête les demanderesses. Elles ne font que les informer de l'existence de l'article 30 en fournissant un exemple de ce que la Loi autorise. Cette manière d'agir de Santé Canada corrobore le témoignage de Mme Ferguson qui affirmait qu'une partie serait avisée avant que des procédures soient instituées en vertu de la Loi.

I) L'article 31 (diffusion) :

517. Les demanderesses ITL et RBH prétendent que l'article 31 porte atteinte à la liberté d'expression. Cet article se lit ainsi :

31. (1) *Il est interdit, à titre gratuit ou onéreux et pour le compte d'une autre personne, de diffuser, notamment par la presse ou la radio-télévision, toute promotion interdite par la présente partie.*

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la distribution en vue de la vente de publications importées au Canada ou à la retransmission d'émissions de radio ou de télévision de l'étranger.

(3) Il est interdit à toute personne se trouvant au Canada de faire la promotion, dans une publication ou une émission provenant de l'étranger ou dans une communication, autre qu'une publication ou une émission, provenant de l'étranger, d'un produit à la promotion duquel s'applique la présente partie ou de diffuser du matériel relatif à une promotion contenant un élément de marque d'un produit du tabac d'une manière non conforme à la présente partie.

518. Le paragraphe 31(1) déclare que les dispositions concernant la promotion s'appliquent tant à l'égard de l'industrie du tabac qu'à l'égard des médias qui publient du matériel publicitaire pour le compte de l'industrie.
519. À titre préliminaire, le Procureur général du Canada soutient que les demanderessees n'ont pas l'intérêt requis pour contester le paragraphe 31(3). Les demanderessees ne sont pas des médias et aucun média n'est partie au dossier. Il n'est pas permis d'invoquer les droits constitutionnels d'autrui, sauf en défense contre une accusation pénale (sur ce point, voir notre argumentation concernant l'article 7 de la *Charte*). Étant donné qu'il s'agit ici d'une action en jugement déclaratoire, les demanderessees ne peuvent invoquer les droits constitutionnels d'autrui. Nous référons également la Cour à l'affaire *Henderson*, précité.
520. Advenant le cas où les demanderessees avaient l'intérêt requis, le Procureur général du Canada admet que cette disposition porte atteinte à l'alinéa 2(b) de la *Charte*. Elle est cependant justifiée en regard de l'article premier, et cela pour les mêmes raisons que les dispositions de la partie IV sont justifiées lorsqu'appliquées à l'égard des manufacturiers.
521. Notons que dans l'affaire *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, la disposition du *Code criminel* interdisant la publication de matériel obscène pouvait viser autant les médias que la personne pour le compte de qui la matériel avait été publié, sans que cela ne pose un problème constitutionnel. L'article 163 du *Code criminel* prévoyait en effet :
- 163.** (1) *Commet une infraction quiconque, selon le cas:*
- a) produit, imprime, publie, distribue, met en circulation, ou a en sa possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène;*
522. Enfin, en ce qui a trait au paragraphe 31(3), celui-ci a pour objet d'interdire aux manufacturiers de contourner les dispositions de la partie IV en publiant dans des journaux ou émissions venant de l'étranger qui seront par la suite distribués au Canada. Cette disposition n'est qu'une précision sur l'applicabilité des

dispositions de la partie IV et s'intègre dans les motifs de justification des ces différentes dispositions²³¹.

523. Notons par ailleurs que la portée extraterritoriale du paragraphe 31(3) est contestée. Cette question est traitée plus loin..

J) L'article 18 de la loi (la définition du terme « promotion »)

524. Rappelons que l'article 19 de la loi interdit toute « promotion » des produits du tabac, sous réserve des exceptions de publicité « informative » et « préférentielle de marque » contenues à l'article 22. Le texte de l'article 19 se lit comme suit :

« 19. Il est interdit de faire la promotion d'un produit du tabac ou d'un élément de marque d'un produit du tabac, sauf dans la mesure où elle est autorisée par la présente loi ou ses règlements. »

525. L'article 18 de la loi définit la portée du terme « promotion » de la manière suivante :

« 18. (1) Dans la présente partie, « promotion » s'entend de la présentation, par tout moyen, d'un produit ou d'un service -- y compris la communication de renseignements sur son prix ou sa distribution --, directement ou indirectement, susceptible d'influencer et de créer des attitudes, croyances ou comportements au sujet de ce produit ou service. »

526. Les demanderesses prétendent que l'effet combiné des articles 18 et 19 peut déboucher sur l'interdiction d'une gamme d'expressions outre l'expression commerciale.
527. Les demanderesses allèguent que la loi pourrait avoir pour effet d'interdire, par exemple, la diffusion de communiqués de presse transmis par des membres de l'industrie, les représentations devant des comités parlementaires, ainsi que la divulgation de résultats de recherches scientifiques financées par l'industrie (voir transcription du 14 janvier 2002, aux p. 35-36).
528. Rappelons que lorsque vient le moment de trancher entre deux interprétations statutaires, il est de mise de favoriser celle qui préserve la validité constitutionnelle de la loi (voir P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (Toronto : Carswell, 1996), p. 346-47, 675-76; P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd. (Montréal: Éditions Thémis, 1999), p. 468-72).
529. Il importe donc d'examiner attentivement la portée de l'interdiction de « promotion » stipulée aux articles 18 et 19 de la loi avant de déterminer si celle-

²³¹ Voir également : Constitutional Court - *Order stating that the first paragraph of section 10 of the Law regulating the Restriction of the Use of Tobacco Products does not conflict with the Constitution*, p. 10954 / no. 104 / 19/12/2001 Official Journal of the Republic of Slovenia, par. 35

ci est conforme ou non à la Charte. Nous verrons qu'une interprétation correcte de l'article 18 écarte tout doute qui mettrait sa validité constitutionnelle en péril.

530. Le paragraphe 18(1) est rédigé de façon à pouvoir couvrir davantage de modes de promotion commerciale que n'en compte la publicité classique.
531. Le Parlement désire ainsi éviter que les fabricants de cigarettes n'utilisent des techniques promotionnelles innovatrices pour contourner les interdits prévus par la loi.

«En outre, dans l'examen des avantages comparatifs des interdictions partielles ou complètes de la publicité, il est également révélateur que, dans les pays où les gouvernements ont imposé des interdictions partielles de la publicité du tabac comme celles proposées par les appelantes, les compagnies de tabac ont trouvé d'ingénieuses tactiques pour contourner ces restrictions. Par exemple, lorsque la France a tenté d'imposer une interdiction partielle de la publicité du tabac dans les années 80 (en interdisant la publicité du tabac de type «style de vie», mais non la publicité informative ou de marque), les compagnies de tabac ont trouvé des techniques pour associer leurs produits à des «styles de vie», par exemple, en plaçant des vignettes sur le nom de la marque et en reproduisant ces vignettes lorsqu'une annonce montrait le paquet, ou en achetant pour la publicité une pleine page d'un magazine, puis en revendant les trois-quarts de la page au Club Med, dont la publicité de style de vie contribuait à associer un style de vie à la marque; voir Luc Joossens, «Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in Some Western European»²³²

532. La Food and Drug Administration a également conclu que l'industrie du tabac avait déployer d'ingénieuses techniques de marketing pour contourner les restrictions ou prohibitions mises en place dans divers pays :

*«FDA finds support for the need for comprehensive regulation in the experiences of other countries which have enacted and put into place some form of restrictions on the advertising of tobacco. Some comments discussed the experience in other countries in which tobacco advertising has been banned. These comments indicated that **in countries that have enacted restrictions on advertising that were not comprehensive, the industry was able to continue advertising and portraying attractive imagery in media left uncovered by regulations. For example, Canada, Finland, Great Britain, and Australia enacted regulations of tobacco advertising that did not completely ban or restrict all forms of advertising and promotion. In each of those instances, according to the comments, the tobacco industry was able to take advantage of loopholes in the system to continue to advertise to reach their target audience. Thus, in Canada the advertising ban, which did not ban nontobacco items, was accompanied by the increased use of nontobacco items that carried the tobacco brand name as a mechanism for continuing to advertise the tobacco brand and its prior image. In Great Britain, sophisticated colorful advertisements appeared when the use of human figures in tobacco advertising was banned; in Australia, loopholes in sports sponsorship provisions enabled the industry to continue sports advertising.***

²³²

RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.), [1995] 3 R.C.S. 199, M. le j. La Forest par.103

Another comment detailed numerous other examples of tobacco companies continuing to advertise effectively in spite of a ban or restrictions on advertising. For example, this comment noted that after **France banned all cigarette advertising in magazines, Philip Morris set up a travel agency and advertised “Marlboro Country Travel” in French magazines** (Thus, although there was no longer any “cigarette advertising,” Philip Morris was able to continue using its western, cowboy theme in advertisements for a travel agency). The comment noted further that in **Europe, advertising for cigarettes was replaced by advertisements, using the same imagery, for Camel and Marlboro sports watches and Camel boots. In Malaysia, cigarette companies set up travel agencies called Marlboro, Kent, and Peter Stuyvesant, clothing stores named Camel, jewelry stores named for Benson and Hedges, luxury car dealerships named More, Salem record stores and Salem and More concert and movie promotions to advertise cigarettes in a country that has banned cigarette advertising. FDA finds that these comments provide strong support for the need for the advertising restrictions to be comprehensive and apply to all advertising media to be effective.** »²³³

533. Les procureurs de ITL plaident et plaident encore que la LRPT instituait une prohibition totale de la publicité des produits du tabac au Canada.
534. La réalité était tout autre comme l'explique Me Simon Potter, procureur de ITL, à M. V. Bottomley, Secretary of State for Health, en Angleterre, le 27 janvier 1993 : (pièce D-56) :

“At page 19, the Smee Report contends that the TPCA’s ad ban was “tight”, wide-ranging and largely immediate” (paragraph 63, page 19) This is clearly wrong and this error has a clear effect on the conclusion which follow.

*The Act came into force on January 1, 1989. Its only immediate effect was on Canadian advertising of Canadian tobacco products in Canadian periodicals. It has had and can have no effect on any advertising seen in foreign periodicals, specifically exempted by the Act though that advertising represented a very large percentage of all advertising seen by Canadians in the beginning of 1991. In-store advertising was not set to disappear until January 1, 1993, and that disappearance was postponed two weeks by the Québec Court of Appeal’s decision last December that it would be unjust to require the dismantling of such advertising while that Court’s judgement on the validity of the Act is pending. **That is, Canadians have seen a good deal of tobacco advertising since the advent of the Act and will, even were the Act valid, continue to see a good deal of overflow advertising.**”*

p. 4:

“...1989 and 1990, because of the massive price increases to which Canadian taxing authorities subjected Canadian smokers, market the beginning of a huge influx of smuggled cigarettes into the Canadian market, either American cigarettes or exported Canadian cigarettes which can still be had much cheaper just across the border (a very short drive for the majority of Canadians). By 1992, it has been estimated that a good 25% of the cigarettes

²³³

consumed in Canada were cigarettes which had escaped the tax-man; some of this perhaps escaped the statistics used by the Smee Report to measure Canadian consumption. Even if it did not, however, the remarkable increase in price in recent years and the remarkable increase in black market sales of cigarettes in Canada in recent years must throw into doubt the figure plugged into the Smee recession and the conclusions drawn from that regression.”

535. L’objet du paragraphe 18(1) est de couvrir tous les procédés de communication qui correspondent à la définition du terme « promotion » dans le domaine du marketing.
536. Le terme « promotion » implique nécessairement une dimension commerciale, un fait qu’il est important de garder à l’esprit dans l’interprétation du paragraphe 18(1). Ainsi, un procédé de communication utilisé par l’industrie du tabac ne pourra être assujéti au paragraphe 18(1) que s’il comporte, directement ou indirectement, une certaine dimension commerciale dirigée vers les consommateurs.
537. Le ministre Dingwall a expliqué la situation devant le Comité sénatorial chargé de l’étude du projet de loi C-71²³⁴ :

«Les producteurs craignaient que le projet de loi n’entrave inutilement les rouages internes de leur industrie. Au stade du rapport, nous avons modifié les clauses de définition et d’application du projet de loi pour leur donner l’assurance que celui-ci avait pour objet l’intérêt public et non les mécanismes internes de l’industrie.»

538. La Food and Drug Administration a également étudié ce qui devait ou ne devait pas être inclus dans la définition de publicité et a conclu qu’il n’y avait pas lieu d’adopter une définition trop étroite du terme « publicité » mais que par ailleurs cette notion visait la publicité commerciale²³⁵ :

«The agency carefully considered whether it should attempt to define the term “advertising” more explicitly than it did. “Advertising” as a term is constantly evolving, as new media and new techniques of marketing emerge. Although its boundaries are understood (and were provided in the preamble to the 1995 proposed rule), there is no one accepted definition. FTC is the Federal agency with general responsibility for regulating most consumer advertising. Yet neither FTC nor any of its rules define the general term “advertising.” The agency agrees with the approach taken by FTC and continues to believe that the term “advertising” should not be defined any more specifically. Thus, FDA finds that the description of advertising in the preamble to the 1995 proposed rule is appropriate: Labeling and advertising are used throughout this subpart to include all commercial uses of the brand name of a product (alone or in conjunction with other words), logo, symbol, motto, selling message, or any other indicia of product identification similar or identical to that used for any brand of cigarette or smokeless tobacco product. However,

²³⁴ ED-74 Senate - Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs - Meeting 56 - 1997-04-09 - Tobacco Act C-71

²³⁵ ED-47 FDA Regulations Restricting the Sale and Distribution of Cigarettes and Smokeless Tobacco to Protect Children and Adolescents p. 44500-44501

*labeling and advertising would exclude package labels, which would be covered under proposed subpart C. (60 FR 41314 at 41334) The agency also agrees with comments that state that it must provide some context for the application of so open ended a definition. **For example, comments contended that “commercial use” could be interpreted to include such items as trade advertising (communication between manufacturers, wholesalers, distributors, and retailers), shareholder reports, and possibly even communications with the news media. This was not FDA’s intent. This rule is a consumer based regulation; it is not the intention of FDA to include purely business related communications. Thus, noncommercial uses would not be affected.** These would include such uses as unpaid press statements, signs on factories noting locations, business cards, and stockholder reports. While many of these uses would be ordinary and necessary business expenses, they would not be commercial uses in the context of the rule’s restrictions on tobacco advertising affecting minors’ tobacco use.»*

539. Il y a lieu de distinguer entre ce qui relève de l’expression commerciale et ce qui ne relève pas de l’expression commerciale.
540. L’article 18(2)c) illustre bien l’intention du législateur de n’inclure que la promotion commerciale dans la définition du terme «promotion». Selon cet article, la promotion qui ne s’adresse pas aux consommateurs n’est pas incluse dans la définition du terme «promotion» :

“(2) La présente partie ne s’applique pas :

c) aux promotions faites par un tabaculteur ou un fabricant auprès des tabaculteurs, des fabricants, des personnes qui distribuent des produits du tabac ou des détaillants, mais non directement ou indirectement auprès des consommateurs.”

541. Les articles 18(2)a) et b) visent la protection du public en s’assurant que l’industrie du tabac ne dissémine des informations sur le tabac ou ses effets sur la santé qui mineraient les objectifs de santé publique du gouvernement :

*“Information management is used to foster and sustain doubts about the health risks of tobacco products and tobacco smoke by challenging the scientific findings about adverse health effects. This is accomplished by the production and dissemination of counter-studies and selective critiques that defend the corporate image and shore up smokers’ denial of health concerns. This, in turn, weakens the widespread impetus among established smokers to quit : almost one-half (46%) of Canadian smokers report either thinking about quitting or trying to quit. Constant challenges to and denial of health effects may also undermine health education efforts directed at the potential starter population. In Canada, studies contracted by the tobacco industry have focused on second-hand smoke (ETS) and the alleged economic balance sheet of the tobacco products industry. **Information management activity of this type may help retain the existing market, slow the adoption of anti-smoking ordinances, and pave the way for pro-***

smoking rationalizations on the part of younger starters without actually targeting youth as a specific market segment.²³⁶

542. Dans les faits, c'est le contexte qui déterminera l'essence de la communication en question.
543. Certains critères permettent d'analyser le contexte d'une communication. Notons toutefois que leur nombre n'est pas nécessairement exhaustif, et que d'autres facteurs pertinents pourraient s'ajouter dans l'avenir. Soulignons aussi qu'aucun d'entre eux n'est déterminant à lui tout seul. Il importe de les examiner globalement, à la lumière du contexte général, pour déterminer si une communication particulière peut être qualifiée de « promotion » aux fins de la loi.

1- Quel est le contenu du message en question?

En premier lieu, on doit examiner les mots qui sont utilisés dans le message. Par exemple, une compagnie de tabac publie un texte dont le but expressément mentionné est de faire amender la Loi sur le tabac par le biais du processus électoral. Une argumentation à saveur politique est élaborée en ce sens dans le message. De telles observations amènent à penser qu'il ne s'agit pas d'une communication commerciale.

2- À quel endroit la communication en question a-t-elle lieu ou quel est le médium utilisé ?

Le médium utilisé, l'auditoire cible ou l'endroit choisi pour communiquer le message aident à déterminer la nature de l'expression en cause. Par exemple, si un représentant de l'industrie fait des représentations en faveur du tabac devant un comité parlementaire, on sera enclin à conclure que la dimension principale de cette expression est de participer au débat politique.

De même, si un texte est publié dans une revue spécialisée à caractère scientifique, politique, juridique ou philosophique on aura tendance à classer le texte en question dans la catégorie des communications qui ne sont pas commerciales. Rappelons toutefois qu'aucun des critères soumis n'est absolument déterminant et qu'il pourrait arriver qu'une communication soit considérée comme une promotion commerciale même si elle se trouve dans une revue spécialisée.

3- Quelle forme la communication prend-elle ?

Le ton utilisé sera important pour déterminer si l'on s'adresse aux consommateurs (expression commerciale) ou si l'on tente simplement de participer au débat d'idées dans la société (expression non-commerciale). Il sera davantage approprié de considérer que l'expression entre dans la

²³⁶

D-271, Health Canada, Analysis of Options for Tobacco Product Promotional Activity Restrictions, p. 53

catégorie non-commerciale si elle prend la forme d'une discussion détaillée et relativement sobre. Par contre, si l'expression fait appel à la couleur, à des illustrations, à des textes courts et des titres accrocheurs, cela militera pour la conclusion qu'il s'agit en réalité d'une expression commerciale au sens de la loi.

4- Quand la communication a-t-elle lieu ?

Le contexte temporel dans lequel est émise une communication pourra, dans certains cas, avoir une pertinence dans sa classification. Par exemple, si des commentaires sont émis dans les journaux à un moment où des modifications à la législation sont envisagées par le gouvernement, on sera davantage enclin à penser que ces commentaires sont orientés vers l'auditoire en tant qu'électorat, plutôt qu'en tant que consommateurs. De même, des commentaires à l'occasion d'une campagne électorale pourront être considérés comme étant davantage dans cette lignée.

544. En examinant le message à la lumière de ces facteurs et de l'ensemble du contexte, les tribunaux devraient être en mesure de départager, au fur et à mesure des litiges, l'expression commerciale de l'expression non-commerciale aux fins de l'application du paragraphe 18(1) de la loi. Cette interprétation a pour effet d'écartier tous les doutes soulevés par les demanderessees sur la validité constitutionnelle de cette disposition.

545. Le second paragraphe de l'article 18 prévoit ce qui suit

« 18. (2) La présente partie ne s'applique pas :

a) aux oeuvres littéraires, dramatiques, musicales, cinématographiques, artistiques, scientifiques ou éducatives -- quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression -- sur ou dans lesquelles figure un produit du tabac ou un élément de marque d'un produit du tabac, sauf si un fabricant ou un détaillant a donné une contrepartie, directement ou indirectement, pour la représentation du produit ou de l'élément de marque dans ces oeuvres;

b) aux comptes rendus, commentaires et opinions portant sur un produit du tabac ou une marque d'un produit du tabac et relativement à ce produit ou à cette marque, sauf si un fabricant ou un détaillant a donné une contrepartie, directement ou indirectement, pour la mention du produit ou de la marque;

c) aux promotions faites par un tabaculteur ou un fabricant auprès des tabaculteurs, des fabricants, des personnes qui distribuent des produits du tabac ou des détaillants, mais non directement ou indirectement auprès des consommateurs.»

546. L'interdiction prévue au par. 18(2) ne vise pas la promotion faite par un tiers, à moins qu'il n'ait été payé par un fabricant ou un détaillant. Cette disposition ne vise pas non plus les communications entre les membres de l'industrie du tabac.

547. Les exceptions prévues au paragraphe 18(2) illustrent que l'objet de la loi est de limiter l'expression commerciale uniquement, c'est-à-dire l'expression qui

comporte une dimension de marketing. En d'autres termes, la loi interdit les activités promotionnelles dirigées vers les consommateurs.

K) L'article 59c) de la loi (publicité des faits liés à la déclaration de culpabilité)

548. L'article 59c) stipule que :

« 59. En sus de toute peine prévue par la présente loi et compte tenu de la nature de l'infraction et des circonstances de sa perpétration, le tribunal peut, lors du prononcé de la sentence, rendre une ordonnance imposant au contrevenant déclaré coupable tout ou partie des obligations suivantes : [...] c) publier, en la forme qu'il précise, les faits liés à la déclaration de culpabilité; »

549. Les demanderesses allèguent que cette disposition porte atteinte à la liberté d'expression. Le Procureur général du Canada soutient au contraire qu'il n'y a pas là atteinte à l'alinéa 2(b) de la Charte et que si atteinte il y a, elle est raisonnable en vertu de l'article premier.

550. Mentionnons tout d'abord que des dispositions semblables se trouvent dans un grand nombre de lois fédérales et provinciales:

- *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. 1985, ch. S-9, art. 664.1(b) (« publier les faits liés à la déclaration de culpabilité »)
- *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (1999), L.C. 1999, ch. 33, art. 291(1)(g) (« publier, en la forme prescrite, les faits liés à la déclaration de culpabilité »)
- *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, ch. 9, art. 60(1)(c) (« publier, à ses frais et de la manière prévue par règlement, les faits liés à la déclaration de culpabilité »)
- *Loi sur les additifs à base de manganèse*, L.C. 1997, ch. 11, art. 18(1)(c) (« publier, en la forme déterminée par le tribunal, les faits liés à la perpétration de l'infraction »)
- *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, L.C. 1994, ch. 22, art. 16(c) («publier, de la façon indiquée par lui, les faits liés à la perpétration de l'infraction »)
- *Loi sur l'efficacité énergétique*, L.C. 1992, Ch. 36, art. 33. (1)(b) (« publier, de la façon que le tribunal estime indiquée, les faits liés à la perpétration de l'infraction »)
- *Loi sur les espèces sauvages du Canada*, L.R.C. 1985, ch. W-9, art. 16. (c) (« publier, de la façon indiquée par lui, les faits liés à la perpétration de l'infraction »)
- *Loi sur les Océans*, L.C. 1996, ch. 31, art. 39.9 (c) (« publier, de la façon indiquée par le tribunal, les faits liés à la perpétration de l'infraction »)
- *Loi sur les Pêches*, L.R.C. 1985, ch. F14, art. 79.2 (c) (« publier, de la façon indiquée par lui, les faits liés à la perpétration de l'infraction »)

- *Loi sur la protection d'espèces animales ou végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial*, L.C. 1992, ch. 52, art. 22(6)(c) (« publier, de la façon indiquée par lui, les faits liés à la perpétration de l'infraction »)

551. Au niveau des provinces, plusieurs lois comprennent également ce genre de dispositions :

En Alberta:

- *Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12, art. 234(1)(c) (“directing the offender to publish, in the prescribed manner and at the offender's cost, the facts relating to the conviction”)
- *Water Act*, R.S.A. 2000, c. W-3, art. 148 (1)(c) (“directing the offender to publish, in the prescribed manner and at the offender's cost, the facts relating to the conviction”)
- *Wildlife Act*, R.S.A. 2000, c. W-10, art. 97 (c) (“to publish the facts relating to that act or omission”)

En Colombie-Britannique:

- *Health Act*, R.S.B.C. 1996, Ch. 179, art. 104.1 (1)(g) (“directing the person to publish, in any manner the court considers appropriate, the facts relating to the commission of the offence”)
- *Waste Management Act*, R.S.B.C. 1996, Ch. 482, art. 56.1 (1)(h) (“directing the person to publish, in any manner the court considers appropriate, the facts relating to the commission of the offence”)
- *Water Act*, R.S.B.C. 1996, Ch. 483, art. 41.1 (1)(h) (“directing the person to publish, in any manner the court considers appropriate, the facts relating to the commission of the offence”)
- *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, Ch. 488, art. 84.1 (1)(h) (“directing the person to publish, in any manner the court considers appropriate, the facts relating to the commission of the offence”)
- *Forest Land Reserve Act*, RSBC 1996, Ch. 158, art. 29.92 (1)(c) (“publish, at the person's own cost, the facts relating to the conviction”)
- *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, Ch. 159, art. 155(c) (“direct the person to publish, at the person's own cost, the facts relating to the conviction”)

552. Ces dispositions, tout comme l'article 59(c) de la Loi sur le tabac, n'ont pas pour objet ou pour effet de brimer la liberté d'expression, la condamnation étant déjà un fait public. En publiant un compte rendu de la condamnation, le contrevenant n'émet pas une déclaration; il n'assume que les démarches et les dépenses reliées à la publication de la déclaration de culpabilité. Un juge ne pourrait pas, en vertu de l'article 59(c), obliger le contrevenant à avouer sa culpabilité si celui-ci ne se croit pas coupable ni le forcer à exprimer tout autre idée.

553. Plusieurs des lois précitées prévoient expressément que si le contrevenant ne s'acquitte pas de son obligation, le ministre ou une autre autorité responsable pourra publier lui-même le compte rendu de la condamnation et recouvrer les frais auprès du contrevenant.

Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999), art. 291(2) :

« (2) En cas d'inexécution de l'obligation prévue à l'alinéa (1)(g), le ministre peut procéder à la publication et en recouvrer les frais auprès du contrevenant. »

Voir également les dispositions des lois suivantes précédemment citées :

- *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires, art. 65(1)*
 - *Loi sur les additifs à base de manganèse, art. 18(2)*
 - *Loi sur l'efficacité énergétique, L.C. 1992, Ch. 36, art. 33(3)*
 - *Loi sur les Pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14, art. 79.2 (2)*
 - *Environmental Protection and Enhancement Act, (Alberta), art. 234(2) et (3)*
 - *Water Act, (Alberta), art. 148 (2) et (3)*
 - *Wildlife Act, (Alberta), art. 98(2)*
 - *Health Act, (C.-B.), art. 104.1 (6)*
 - *Waste Management Act, (C.-B.), art. 56.1 (2)*
 - *Water Act, (C.-B.), art. 41.1 (2)*
 - *Wildlife Act, (C.-B.), art. 84.1 (2)*
554. Cette interprétation de la loi préserve sa validité constitutionnelle et doit être préférée à celles des demanderesses.
555. Même si le fait d'obliger le contrevenant à assumer les démarches et les dépenses reliées à la déclaration de culpabilité portait atteinte à l'alinéa 2(b), cette atteinte serait justifiable dans le cadre de l'article premier.
556. Les lois citées ci-dessus présentent des caractéristiques communes : elles sont pour la plupart de nature réglementaire, elles touchent à l'environnement ou à la santé.