

Volume 521 - Développements récents en matière de propriété intellectuelle et en droit du divertissement (2022)

De l'affaire du « petit » Jérémie à celle de la cigarette sur les planches de Québec : leçons à tirer pour l'exercice de la liberté artistique sur scène

Maude Choko*

[+] Table des matières

- Présentation
- Des licences de marques de commerce à l'épreuve des tribunaux : leçons à tirer de la jurisprudence récente en la matière
Coulibaly, Ismaël
- La réforme des lois sur le statut professionnel des artistes : le bonheur des uns et la déception des autres
Fortin, Christine ; Drolet, Inès ;
- Les injonctions interlocutoires en contrefaçon de brevet : deux poids, deux mesures ?
Semerjian, Chris ; Lapalme, Joanie ;
- De l'importance du lieu : Comprendre les indications géographiques au Canada et naviguer dans celles-ci
Tsimberis, Ekaterina ; Roy, Francesca ;
- Co-branding et marques de commerce : est-ce que les deux doivent nécessairement faire la paire ?
Roy, Sébastien
- L'avenir du métavers et de la propriété intellectuelle : un nouveau monde d'opportunités et de risques
Gaudin, Jules ; Bergeron, Vincent ;
- Droits moraux au Canada : déboulonner certains mythes
Jonnaert, Caroline ; Lesage-Bigras, Élisabeth ;

• De l'affaire du « petit » Jérémie à celle de la cigarette sur les planches de Québec : leçons à tirer pour l'exercice de la liberté artistique sur scène

Choko, Maude

INTRODUCTION

1. LA MISE EN BALANCE DU DROIT À LA SAUVEGARDE DE LA DIGNITÉ AVEC LE DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

1.1 La très brève histoire d'une saga judiciaire

1.2 Le contrôle de propos « discriminatoires » par la CDPDJ et le TDP

2. LA MISE EN BALANCE DU DROIT À LA SAUVEGARDE DE LA RÉPUTATION AVEC LE DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

2.1 Les éléments à démontrer pour prouver la diffamation

2.2 Liberté d'expression et liberté artistique

3. LA DIFFICULTÉ DES TRIBUNAUX À APPRÉHENDER LA RÉALITÉ DE L'EXPRESSION ARTISTIQUE

3.1 La compréhension erronée de l'expression artistique par la Cour du Québec

3.2 La décision Ward appliquée par le TDP

CONCLUSION

[Page 281]

INTRODUCTION

En 2021, les tribunaux ont rendu deux décisions touchant les arts de la scène. D'une part, la Cour du Québec s'est prononcée sur une affaire de droit pénal impliquant trois théâtres différents de la ville de Québec auxquels des amendes ont été imposées en raison d'infractions à la *Loi concernant la lutte contre le tabagisme*¹. D'autre part, la Cour suprême du Canada (CSC) a rendu une décision, infirmant la décision de la Cour d'appel du Québec sur la même affaire, en matière de recours contre des propos discriminatoires, recours entrepris par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ) devant le Tribunal des droits de la personne (TDP), en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*². Si ces décisions n'ont pas grand-chose en commun dans leur trame factuelle, elles soulèvent pourtant une question semblable : la place accordée à la liberté d'expression artistique dont doivent, ou non, bénéficier les artistes qui se produisent sur scène.

D'abord, la décision *Ward* clarifie les paramètres de la compétence de la CDPDJ et du TDP en matière de contrôle de propos discriminatoires, limitant la possibilité d'utiliser un recours en discrimination pour contrôler des propos potentiellement problématiques. Ce faisant, elle met en balance le droit à la sauvegarde de la dignité avec le droit à la liberté d'expression (1). Ensuite, la CSC confirme la possibilité de contrôler des propos relevant de la liberté artistique exprimée sur scène à travers un recours en diffamation, réitérant que la liberté artistique ne doit pas avoir de statut particulier. C'est alors le droit à la sauvegarde de la réputation qui est mis en balance avec le droit à la liberté d'expression, qui inclut le droit à la liberté d'expression artistique (2). Enfin, la difficulté des tribunaux à appréhender

[Page 282]

la réalité de l'expression artistique est toujours actuelle. Son exercice reste brimé dans certains contextes, comme en fait foi la décision de la Cour du Québec au sujet des théâtres de la ville de Québec, et ce, malgré l'importance de tenir compte du contexte dans lequel le droit à la liberté d'expression s'exerce, ainsi que le reconnaît le TDP (section 3).

1. LA MISE EN BALANCE DU DROIT À LA SAUVEGARDE DE LA DIGNITÉ AVEC LE DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

La saga judiciaire ayant mené à la décision de la CSC concernant Mike Ward et le « petit Jérémy » est relativement connue. Après avoir brièvement rappelé les faits entourant le litige (1.1), nous nous attarderons aux conclusions de la CSC quant à l'opportunité du recours en discrimination pour contrôler des propos allégués comme discriminatoires et liés à un motif illicite de distinction (1.2).

1.1 La très brève histoire d'une saga judiciaire

Tout a commencé en septembre 2010, alors que l'humoriste Mike Ward, dans son spectacle intitulé *Mike Ward s'expose*, présente un numéro intitulé « les intouchables » durant lequel « il se moque de certaines personnalités du milieu artistique québécois qu'il qualifie de "vaches sacrées" »³. Dans ce numéro, il vise entre autres Jérémy Gabriel. Enfant à l'époque, l'homme est surnommé par tous le « petit Jérémy ». Il est chanteur, avec une certaine notoriété, notamment pour avoir chanté devant le pape Benoît XVI et Céline Dion. Jérémy Gabriel souffre d'une maladie, soit le syndrome de Treacher Collins, qui lui cause une malformation physique.

Dans son sketch, Mike Ward parle de Jérémy Gabriel comme du « jeune avec le sub-woofer »⁴ sur la tête. Il mentionne avoir d'abord pris sa défense, auprès de ceux qui critiquaient les activités publiques de Jérémy, en disant : « Y'est mourant, laissez-le vivre son rêve »⁵, alors qu'il remarquait que « cinq ans plus tard... y'est pas encore mort ! »⁶. Il ajoute qu'il l'a croisé dans un Club Piscine et « avoir essayé de

[Page 283]

le noyer »⁷ pour finalement constater « qu'y est pas tuable »⁸. Mike Ward résume la maladie de Jérémy en disant : « Y'est lette ! »⁹. Le sketch en question est repris par Mike Ward à quelques reprises entre 2010 et 2013. De plus, à l'occasion du lancement de l'autobiographie de Jérémy Gabriel, Mike Ward réalise une capsule qui met Jérémy Gabriel en scène. Dans cette capsule, il le qualifie de « pas beau qui chante » et mentionne que sa bouche ne ferme pas au complet¹⁰.

Indignés par ces propos, Jérémy Gabriel et ses parents décident de réagir. Ils choisissent de déposer une plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (CDPDJ)¹¹. L'avantage d'un tel recours est qu'une fois la plainte déposée, si elle est jugée admissible par la CDPDJ, le processus est

pris en charge par la CDPDJ, et les plaignants n'ont aucuns frais à déboursier, peu importe le résultat final de la plainte. Autrement dit, les plaignants évitent les risques financiers d'une poursuite susceptible de se solder par un échec.

Après son évaluation du dossier, la CDPDJ considère effectivement la plainte de Jérémy Gabriel comme recevable et se saisit de l'affaire. La plainte est transférée devant le Tribunal des droits de la personne (TDP). Le 20 juillet 2016, le TDP rend une décision favorable envers Jérémy Gabriel et ses parents, reconnaissant qu'il a été victime de discrimination de la part de Mike Ward et imposant à ce dernier le paiement de dommages moraux et de dommages punitifs en faveur de Jérémy Gabriel (pour un total de 35 000 \$ plus intérêts au taux légal), ainsi qu'en faveur de la mère de ce dernier (pour un total de 7 000 \$ plus intérêts au taux légal)¹².

Totalement frustré par cette décision, Mike Ward déclare haut et fort qu'il portera la décision en appel. Pourtant, il essuie une nouvelle défaite. En novembre 2019, la Cour d'appel rend une décision confirmant la décision du TDP pour la réclamation de Jérémy Gabriel¹³.

[Page 284]

Face à ce nouvel échec, Mike Ward se fait un devoir de rétablir le droit. Il n'en démord pas : la liberté d'expression des humoristes est en jeu¹⁴. Sans hésitation, il porte sa cause devant la Cour suprême du Canada, dernière instance pouvant intervenir pour lui donner raison.

Et... le 29 octobre 2021, il gagne. La CSC annule la décision de la Cour d'appel et celle du TDP et conclut que le recours exercé par Jérémy Gabriel, invoquant la discrimination, n'était pas approprié dans les circonstances. Ce faisant, la CSC recadre la compétence de la CDPDJ et du TDP en matière de discrimination lorsque la liberté d'expression entre en jeu.

1.2 Le contrôle de propos « discriminatoires » par la CDPDJ et le TDP

Au moment où la famille Gabriel a saisi les tribunaux, différents recours s'offraient *a priori* à elle. En décidant de se tourner vers la CDPDJ, ses membres bénéficiaient de certains avantages par rapport à un recours devant les tribunaux de droit commun. En effet, il faut bien comprendre qu'un tel recours devant le TDP permet à la fois de saisir la justice à moindre coût¹⁵, de le faire malgré l'écoulement d'un plus long laps de temps¹⁶ et d'éviter pour le demandeur de devoir prouver l'intention malveillante de l'auteur des propos. Dans le cas d'un recours en discrimination, il est bien établi que l'intention de l'auteur de la discrimination n'est pas pertinente pour conclure à la présence ou à l'absence de celle-ci¹⁷.

[Page 285]

Par contre, il devenait nécessaire d'encadrer le litige sous le prisme de la discrimination puisque c'est là une condition d'ouverture au recours devant le TDP en vertu de la Charte québécoise¹⁸. À cet effet, avant la décision *Ward*, la CDPDJ et le TDP avaient développé avec le temps une interprétation des articles 4, traitant du droit à la sauvegarde de sa dignité¹⁹, et 10, traitant du droit de toute personne de jouir des autres droits garantis par la Charte québécoise en toute égalité²⁰, ayant pour conséquence un élargissement de leur compétence.

Contrairement à la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹, la Charte québécoise n'établit pas de droit à l'égalité en lui-même. La Charte québécoise prévoit plutôt un droit à l'égalité en juxtaposition à la reconnaissance et à l'exercice d'un des autres droits ou libertés protégés par la Charte québécoise. Or, compte tenu du champ d'application de la Charte québécoise, qui s'applique tant aux rapports de droit public qu'aux rapports de droit privé, contrairement à la Charte canadienne qui, elle, ne s'applique qu'aux rapports de droit public, la CSC souligne l'importance de ne pas étendre la protection au droit à l'égalité prévue par la Charte québécoise, en faisant fi des autres droits et libertés protégés²².

Selon la CSC, l'élargissement de la compétence de la CDPDJ et du TDP vient du fait que l'imprécision du droit à la sauvegarde de la dignité induit une interprétation qui a pour effet d'alléger le

[Page 286]

fardeau de preuve du demandeur dans un recours en discrimination, en modifiant la nature de la norme d'égalité.

En suivant [le] raisonnement [du TDP], une violation du droit à l'égalité dans la reconnaissance du droit à la sauvegarde de la dignité serait d'autant plus facile à établir du fait que la dignité est toujours plus ou moins touchée quand il y a atteinte à l'égalité, car la norme d'égalité découle de la dignité.²³

À ce titre, la CSC souligne la confusion qui semble exister en jurisprudence face au droit à la sauvegarde de la dignité, confusion qui conduit souvent à le traiter comme « une simple modalité d'application des autres droits fondamentaux »²⁴. Reconnaisant la difficulté de cerner la notion de dignité et les défis que cela pose quant à son application concrète dès qu'on sort du domaine des valeurs pour entrer dans celui des normes juridiques, la CSC note que la confusion entourant le concept implique une banalisation des termes mêmes de l'article 4 de la Charte québécoise. Cela a pour conséquence que la portée de la disposition, qui est incertaine et mal définie, « rend difficile tout de mise en balance des droits suivants l'article 9.1 »²⁵.

Malgré ces difficultés d'interprétation, la CSC refuse de fournir une définition arrêtée du droit à la sauvegarde de la dignité et se contente de formuler quelques

précisions sur la notion, dans la stricte limite de ce qui est nécessaire aux fins du pourvoi devant elle. C'est ainsi qu'elle insiste sur le fait que l'article 4 « protège non pas chaque personne en tant que telle, mais l'*humanité* de chaque personne dans ses attributs les plus fondamentaux. C'est donc la notion d'humanité qui est au centre du droit à la sauvegarde de la dignité »²⁶.

La CSC rappelle le contexte auquel se rattache l'émergence de cette notion de dignité, au lendemain des atrocités commises au XX^e siècle, notamment durant la Deuxième Guerre mondiale, pour justifier sa position selon laquelle pour contrevenir au droit à la sauvegarde de la dignité, cela nécessite une conduite avec un haut degré de gravité pour ne pas « banaliser cette notion chargée de sens »²⁷. La CSC considère qu'une analyse objective pour l'évaluer est nécessaire, et non une appréciation purement subjective. Elle retient

[Page 287]

que l'horizon de protection est l'humanité en général et non pas une personne particulière ni même une catégorie de personnes. Ce que l'article 4 prévoit est la *sauvegarde* du droit à la dignité, entendue comme la protection contre un péril, contre « la négation de sa valeur en tant qu'être humain »²⁸.

Ayant ces précisions en tête quant à ce qui est entendu par le droit à la sauvegarde de la dignité, la CSC juge sévèrement la tendance de la CDPDJ et du TDP à « se reconnaître une compétence à l'égard de litiges impliquant des propos prétendument "discriminatoires", prononcés par des particuliers, en privé comme en public »²⁹. Plus loin, elle poursuit :

Selon ce courant jurisprudentiel, des propos blessants, liés à un motif énuméré à l'art. 10 de la Charte québécoise, constituent de la discrimination et relèveraient de la compétence du Tribunal, même si le préjudice subi est relatif et que les effets sociaux de la discrimination, comme la perpétuation de préjugés ou de désavantages sont absents.³⁰

Pour la CSC, le problème avec la manière dont la CDPDJ et le TDP définissent leur compétence en cette matière est que non seulement ils se fondent alors uniquement sur le contenu même des propos décriés dans les situations en cause, plutôt que sur leur effet discriminatoire, mais en plus, ce faisant, ils mettent de côté la « juste pondération entre la liberté d'expression et la protection du droit à la sauvegarde de la dignité »³¹.

En effet, sans cette interprétation, la CDPDJ et le TDP ne pourraient pas contrôler la teneur de propos tels que ceux en question dans la décision *Ward*, ces instances n'ayant aucune compétence en dehors de celle qui leur est dévolue par la loi en matière de discrimination. La CSC a donc à cœur de refermer la voie ouverte par la CDPDJ et le TDP d'un recours en discrimination, parallèle au recours en diffamation, pour ne plus permettre de forcer une personne à répondre du préjudice causé par ses propos selon le fardeau de preuve moins onéreux que celui rattaché à un recours en diffamation³².

[Page 288]

Soucieuse de tenir compte de l'incidence des différences sur le fardeau imposé à l'une et l'autre partie, selon le type de recours choisi, et leur conséquence sur l'exercice effectif de la liberté d'expression pour chaque individu, la CSC conclut que « le recours en discrimination n'est pas, et ne doit pas devenir, un recours en diffamation. [...] Le recours en discrimination doit être limité à des propos dont les effets sont réellement discriminatoires »³³.

La CSC recherche donc un juste équilibre entre la protection des uns et la volonté de ne pas favoriser la censure par une interprétation qu'elle juge erronée de la Charte québécoise. Pour ce faire, elle met en balance le droit à la liberté d'expression et le droit à la sauvegarde de la dignité. Et c'est au moment d'évaluer si le droit à la sauvegarde de la dignité a été atteint que l'analyse doit impliquer la prise en compte du droit à la liberté d'expression. Selon la CSC, pour conclure à de la discrimination dans la reconnaissance ou l'exercice de l'un des droits prévus aux articles 1 à 9 de la Charte québécoise, il faut que la protection du droit en question « s'impose au regard des "valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec" »³⁴. Ainsi, en exigeant une démonstration selon laquelle la protection de ce droit s'impose au regard de l'article 9.1 de la Charte québécoise au moment de déterminer la protection du droit en question, la CSC fait reposer le fardeau de preuve sur le demandeur. Elle rejette l'interprétation selon laquelle ce serait plutôt au moment de justifier l'atteinte, le fardeau reposant alors sur le défendeur, que la prise en compte du droit à la liberté d'expression serait pertinente.

Comme la Charte québécoise n'établit pas de hiérarchie entre les droits à la liberté d'expression et à la sauvegarde de la dignité, la CSC se tourne vers l'un de ses arrêts récents pour déterminer la pondération nécessaire. Elle retient de l'arrêt *Whatcott*³⁵ que des « propos haineux tombent dans la catégorie de ce qui peut entraîner des effets préjudiciables sociaux » et doivent faire l'objet de limites. Pour être qualifiés de haineux, les propos doivent exposer ou être « susceptibles d'exposer une personne ou une catégorie de personnes à la détestation ou au mépris pour un motif de distinction illicite selon une personne raisonnable informée des circonstances et du contexte

[Page 289]

pertinents »³⁶. Cependant, « des propos dénigrants et insensibles qui, par exemple, critiquent ou ridiculisent des groupes protégés en raison de leurs caractéristiques et pratiques communes, ou de stéréotypes »³⁷ ne doivent pas être assimilés à des propos haineux. La Cour souligne à ce titre que la limite ne doit pas s'étendre aux « déclarations blessantes, [à] l'humiliation ou [à] l'offense »³⁸, pas plus qu'elle ne doit « décourager l'expression d'idées répugnantes ou offensantes »³⁹, ou « censurer les idées ou [...] forcer quiconque à penser "correctement" »⁴⁰.

La CSC développe ainsi un test afin d'assurer un équilibre entre la protection du droit à la sauvegarde de sa dignité et à la liberté d'expression, lorsque le droit à l'égalité est invoqué. Pour réussir, le plaignant devra établir tous les éléments constitutifs de la discrimination, soit démontrer :

- (1) l'existence d'une distinction, exclusion ou préférence ;
- (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'art. 10 ;
- (3) qui a pour effet de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne »⁴¹.

Toutefois, comme la portée du droit dont la reconnaissance ou l'exercice entre en jeu à la dernière étape de la démonstration doit être limitée en vertu de l'article 9.1 de la Charte québécoise, le plaignant devra démontrer qu'une personne raisonnable considérerait que :

[...] les propos incitent à le mépriser ou à détester son humanité pour un motif de distinction illicite. Il doit ensuite établir que ces propos, placés dans leur contexte, peuvent vraisemblablement avoir pour conséquence de lui imposer un traitement discriminatoire⁴² (nos soulignés).

[Page 290]

Le traitement discriminatoire dont il est question est celui qui implique « une différence de traitement ayant des effets sur l'acceptation sociale d'un individu. [...] [N]e sont discriminatoires que les propos qui, situés dans leur contexte, peuvent vraisemblablement mettre en péril l'acceptation sociale de cet individu ou de ce groupe »⁴³.

Ainsi, la CSC souligne que dans le cas de propos prononcés dans un strict contexte privé, rares seront les cas où les propos pourront être considérés comme discriminatoires. Dans tous les cas, l'analyse doit être centrée vers les effets discriminatoires probables, c'est-à-dire le fait que les propos puissent avoir une influence sur les tiers pour les amener à imposer un traitement discriminatoire sur le plaignant, et non pas sur la manière dont les propos affectent le plaignant ou sur son préjudice émotionnel :

D'une part, de tels propos doivent être, aux yeux de la personne raisonnable, de nature à inciter au mépris ou à la détestation de l'humanité de la personne ciblée. D'autre part, la personne raisonnable doit conclure que ces propos, placés dans leur contexte, auraient vraisemblablement mené des tiers, s'ils avaient été présents, à imposer un traitement discriminatoire à l'individu ciblé.⁴⁴ (Nos soulignés)

Avec ce test en tête, la CSC analyse le cas de Jérémy Gabriel et Mike Ward. Bien qu'elle conclue à la présence d'une distinction, elle retient des conclusions énoncées par le TDP que celle-ci n'est pas fondée sur un motif illicite. En effet, selon le TDP, « Ward "n'a pas choisi Jérémy à cause de son handicap", mais bien "parce qu'il est une personnalité publique" »⁴⁵. Même si cette conclusion à elle seule suffisait pour rejeter le recours en discrimination, la CSC analyse tout de même la teneur des propos tenus par Ward, pour y appliquer son test, et conclut que ceux-ci ne peuvent pas être considérés comme discriminatoires.

La CSC retient en effet qu'à la troisième étape de son test, la prise en compte du contexte empêche une conclusion de discrimination. Elle retient que les propos ont été tenus dans le cadre d'un spectacle sur l'humour noir, qui vise justement à affirmer le fait qu'au Québec, il est devenu impossible « de se moquer des gens sans s'exposer à des

[Page 291]

poursuites judiciaires »⁴⁶ et, pour l'auteur, à prendre des risques pour « rire des "intouchables", c'est-à-dire de ceux et celles que les Québécois apprécient, qui ont du succès et du pouvoir »⁴⁷. Selon la CSC, une personne raisonnable, tenant compte du contexte, ne conclurait pas que les propos en cause incitent à mépriser ou à détester l'humanité de Jérémy Gabriel pour un motif de distinction illicite. La CSC souligne que « [s]itués dans leur contexte, [les] propos [de Ward] ne peuvent être pris au premier degré. Bien que M. Ward prononce des méchancetés et des propos honteux liés au handicap de M. Gabriel, ses propos n'incitent pas l'auditoire à traiter celui-ci comme un être inférieur »⁴⁸.

La CSC conclut en ajoutant que par ailleurs, même en tenant pour acquis que les propos incitaient à la détestation ou au mépris de l'humanité de Jérémy Gabriel, une personne raisonnable ne saurait considérer que de tels propos, dans le contexte, pourraient vraisemblablement mener à un traitement discriminatoire :

Les propos litigieux se caractérisent par une provocation affichée et une exagération systématique — des procédés qui accentuent leur effet de dérision. Ils sont le fait d'un humoriste de carrière connu pour ce genre d'humour. Ils exploitent, à tort ou à raison, un malaise en vue de divertir, mais ils ne font guère plus que cela. Ainsi, les propos tenus dans la capsule vidéo et dans le spectacle, replacés dans leur contexte, ne sont pas de nature à produire un effet d'entraînement susceptible de mener au traitement discriminatoire de M. Gabriel.⁴⁹

Aussi bien dire que la CSC rejette le raisonnement du TDP sur toute la ligne et, ce faisant, fait droit au pourvoi de Mike Ward en déclarant que le recours en discrimination doit échouer.

2. LA MISE EN BALANCE DU DROIT À LA SAUVEGARDE DE LA RÉPUTATION AVEC LE DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

Bien que la CSC, dans la décision *Ward*, resserre de façon importante la possibilité de contrôler des propos prononcés sur scène dans le cadre d'un recours en discrimination, ses conclusions impliquent

[Page 292]

en même temps l'aval d'un contrôle judiciaire de propos relevant de la liberté d'expression artistique, dans le cadre d'un recours en diffamation. En effet, sans pour autant s'être prononcée sur le résultat ni même les chances de succès qu'aurait suscité un tel recours, la CSC énonce explicitement que c'est sous le prisme d'un recours en diffamation que les propos de *Ward* auraient dû faire l'objet d'un contrôle⁵⁰. Pour comprendre la nature d'un tel contrôle, il est utile d'abord de rappeler brièvement les éléments à démontrer pour prouver la diffamation (2.1), pour ensuite analyser l'interprétation retenue par la CSC du droit à la liberté d'expression et à la liberté artistique (2.2).

2.1 Les éléments à démontrer pour prouver la diffamation

Précisons d'emblée que le « recours en diffamation » n'est pas un recours particulier en droit québécois. Pour sanctionner un cas de diffamation, on a recours au régime général de responsabilité civile établi par l'article 1457 C.c.Q. Pour avoir gain de cause, la démonstration d'une faute, distincte du préjudice, est nécessaire. Il sera également essentiel de prouver un lien causal entre ladite faute et le préjudice prouvé⁵¹. La preuve de l'un ou l'autre des éléments ne permet pas de présumer l'existence d'un des autres éléments nécessaires à la démonstration.

Dans un recours en diffamation, pour établir le préjudice, le demandeur doit démontrer que les propos sont *diffamatoires*, c'est-à-dire que les propos « font perdre l'estime ou la considération de quelqu'un ou [...], encore, suscitent à son égard des sentiments défavorables ou désagréables »⁵². Ce sera le cas de propos qui ont pour effet de diminuer le respect ou la confiance dont jouit la personne à l'égard des autres.

Il peut arriver que des propos diffamatoires soient également discriminatoires. Dans un tel cas, cependant, la Cour d'appel rappelait que le fait que des propos dénigrants puissent éventuellement être qualifiés de discriminatoires « ne les évacue pas de la sphère de la diffamation »⁵³. Ils en deviennent un genre de sous-catégorie.

[Page 293]

Il est important de noter que les propos n'ont pas à être directs. Ceux-ci peuvent se composer d'allégations indirectes, d'inférences, d'insinuations, d'ironie, de simples allusions, « ou se produire sous une forme conditionnelle, dubitative, hypothétique »⁵⁴.

L'idée de la diffamation se situe donc au niveau de l'incidence que les propos en cause ont sur la personne visée, dans ses interactions sociales, dans leur effet sur la perception que les autres ont de cette personne.

Diffamer quelqu'un, c'est attenter à une réputation légitimement gagnée. Par conséquent, l'effet de la diffamation n'est pas tant l'incidence sur la dignité et le traitement égal reconnus à chacun par les chartes, mais la diminution de l'estime qui revient à une personne à la suite de ses interactions sociales.⁵⁵

À ce sujet, notons que les notions de dignité et de réputation sont souvent confondues dans la doctrine et la jurisprudence, comme le rappelle une auteure⁵⁶. Pourtant, elles ne sont pas équivalentes⁵⁷.

Cet effet sur la réputation, donc, se trouve à être le préjudice qui découle des propos. Pour évaluer un tel préjudice, c'est le regard des autres, justement, qui servira de critère. On refuse de se situer au niveau de « la perception subjective et des sentiments éprouvés par la personne visée par les propos diffamatoires »⁵⁸. C'est plutôt le concept de citoyen ordinaire qui est utilisé comme norme objective. Ce qu'on cherche à déterminer, c'est comment le citoyen ordinaire, qui incarne en fait la société civile, « reçoit » les propos litigieux pour conclure à la présence d'un préjudice.

[Page 294]

Pour ce faire, on se demande si un citoyen ordinaire « estimerait que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation d'un tiers »⁵⁹. Dans cette évaluation, on tient pour acquis que le citoyen ordinaire reconnaît l'importance du droit à la liberté d'expression dans une société démocratique⁶⁰. En outre, le contexte sera toujours important. Comme le notait un auteur :

[...] la gravité des allégations portera le citoyen ordinaire à considérer qu'il y a eu une atteinte à la réputation. En d'autres circonstances, la gravité des allégations aura plutôt l'effet inverse. Le citoyen considérera qu'il s'agit d'une telle exagération, d'une généralisation abusive ou de propos extravagants et il ne leur accordera donc pas foi, laissant la réputation de la victime intacte.⁶¹

Cet accent mis sur le résultat des propos sur le « citoyen ordinaire » permet de constater une certaine similarité avec le raisonnement fait en matière de recours contre des propos discriminatoires, teinté par la méfiance à l'égard d'un contrôle qui pourrait être basé uniquement sur la perception de l'individu visé par les propos.

Dans le cadre d'un recours en diffamation, la CSC note qu'« [u]n sentiment d'humiliation, de tristesse ou de frustration chez la personne même qui prétend avoir été diffamée est donc insuffisant pour fonder un recours en diffamation »⁶².

Cela étant dit, même si cette remarque dénote une préoccupation commune aux deux types de recours, il demeure une différence fondamentale entre les deux qui implique, comme la CSC le souhaite, de ne pas les confondre.

En effet, la différence fondamentale avec le recours en discrimination, différence sans doute à l'origine du commentaire de la CSC quant au fardeau de preuve moins onéreux pesant sur le demandeur dans le recours en discrimination par rapport à un recours en diffamation, repose sur le fait que dans un recours en diffamation, il est nécessaire de démontrer non seulement l'existence de propos diffamatoires,

[Page 295]

mais également la présence d'une faute de la part de l'auteur des propos en cause. Pour faire cette démonstration, deux types de conduite peuvent être mis en preuve :

- a) La malveillance, c'est-à-dire le cas où le déclarant a sciemment, de mauvaise foi et avec l'intention de nuire, attaqué la réputation de la victime en cherchant à la ridiculiser, l'humilier, l'exposer à la haine ou au mépris du public ou d'un groupe.
- b) La simple négligence. Dans ce cas, le déclarant a porté atteinte à la réputation de la victime par sa témérité, sa négligence, son impertinence ou son incurie, sans pourtant avoir eu la volonté de nuire à la victime.⁶³

Il s'ensuit que trois situations sont susceptibles d'engager la responsabilité d'auteur de propos diffamatoires :

La première survient lorsqu'une personne prononce des propos désagréables à l'égard d'un tiers tout en les sachant faux. De tels propos ne peuvent être tenus que par méchanceté, avec l'intention de nuire à autrui. La seconde situation se produit lorsqu'une personne diffuse des choses désagréables sur autrui alors qu'elle devrait les savoir fausses. La personne raisonnable s'abstient généralement de donner des renseignements défavorables sur autrui si elle a des raisons de douter de leur véracité. Enfin, le troisième cas, souvent oublié, est celui de la personne médisante qui tient, sans justes motifs, des propos défavorables, mais véridiques, à l'égard d'un tiers.⁶⁴

Notons ici que pour déterminer si la conduite de l'auteur est fautive ou non, c'est le critère de la personne raisonnable qui est utilisé. Ainsi, le citoyen ordinaire représente la norme objective d'évaluation du préjudice, tout comme la personne raisonnable représente la norme objective d'évaluation de la faute.

En résumé, pour établir la diffamation, le test conduit d'abord à se demander « si une personne raisonnable aurait tenu les propos litigieux dans le même contexte »⁶⁵. Ensuite, si la réponse est négative, cela implique qu'il y a une faute, et il faut donc « se demander si

[Page 296]

ces propos ont diminué l'estime que le citoyen ordinaire porte à la victime »⁶⁶, le tout en établissant le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Le droit à la liberté d'expression de l'auteur des propos entrera en ligne de compte quand viendra le temps d'établir l'existence d'une faute. En effet, pour conclure à une faute, il est nécessaire de démontrer que la conduite problématique alléguée s'écarte de la « norme de comportement qu'adopterait une personne raisonnable », soit « le comportement qu'une personne informée adopterait dans les circonstances »⁶⁷. Or, la prise en compte de droits concurrents, tel un droit fondamental comme le droit à la liberté d'expression, est un facteur déterminant dans l'évaluation de ce comportement qu'une personne raisonnable adopterait. Cela signifie donc que, dans un recours en diffamation, la balance doit être faite entre le droit à la protection de la réputation⁶⁸ et le droit à la liberté d'expression.

2.2 Liberté d'expression et liberté artistique

La CSC rappelait que dans le cadre d'un recours en diffamation, « la définition ou les contours de la faute reflètent l'importance croissante accordée à la liberté d'expression »⁶⁹. Elle soulignait que la liberté d'expression est considérée comme un des « piliers des démocraties modernes »⁷⁰. Plus récemment, dans la décision *Ward*, elle réitérait l'idée du lien entre la protection de la liberté d'expression et « le développement d'une société démocratique, ouverte et pluraliste »⁷¹. Ainsi, l'idée est de protéger la possibilité pour chaque individu de « manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait toutes les expressions du cœur ou de l'esprit aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles »⁷².

[Page 297]

À ce chapitre, il faut lire la décision *Ward* avec le contexte social dans lequel elle s'inscrit. La CSC se montre sensible à éviter un résultat qui alimenterait une certaine tendance à reconnaître un « droit de ne pas être offensé ». À cet effet, elle rejette le critère de la perception de la personne raisonnable. La CSC est préoccupée par le glissement qui s'opère dans le raisonnement juridique, avec un tel critère, et qui mène à cette tendance, qu'elle observe et qui « n'a pas sa place dans une société

démocratique »⁷³. Commentant la décision *Ward* et observant cette idée de « droit de ne pas être offensé » et même, pour certains, de « responsabilité de ne pas offenser », ainsi que les multiples formes dans lesquelles celle-ci se décline dans la société⁷⁴, un auteur invitait les avocats à la vigilance :

[...] pour que cette soi-disant « norme » ne s'installe pas, parce que c'est un état d'esprit curieux (et potentiellement dangereux) qui semble avoir émergé au cours de la dernière décennie, même au sein de notre profession. La compassion pour les opprimés de la société ne doit pas céder le pas à une pensée confuse qui confond la responsabilité morale et le devoir légal.⁷⁵ (Notre traduction)

Ce signal lancé par la CSC quant à sa volonté d'éviter un glissement de nature à favoriser la censure devrait servir tant dans les recours en discrimination que dans les recours en diffamation.

À cet effet, la CSC insiste sur le fait que ce sont les idées répugnantes, dérangeantes, s'écartant de la pensée majoritaire qui ont justement besoin de protection⁷⁶. Peu de circonstances mériteront que l'on entrave ou limite la liberté d'expression, alors que « [l]es limites à la liberté d'expression se justifient lorsqu'il existe, dans un contexte donné, des raisons sérieuses de craindre un préjudice suffisamment précis auquel le discernement et le jugement critique de l'auditoire ne sauraient faire obstacle »⁷⁷.

[Page 298]

La CSC explique ainsi les raisons pour lesquelles les tribunaux permettent certaines limites à la liberté d'expression : dans le cas de diffamation, ce qui justifie la limite à la liberté d'expression est le fait que la « réputation ternie par le libelle peut rarement regagner son lustre passé ». Dans le cas de propos haineux, ce qui justifie la limite à la liberté d'expression, au-delà des troubles psychologiques aux membres d'un groupe vulnérable ciblé par les propos, c'est le fait que les propos répandent dans le discours social des prémisses d'infériorité de nature à rendre la majorité peu à peu insensible et à préparer le terrain en vue d'attaques plus virulentes. Dans le cas de matériel obscène et de l'interdiction d'exposer certain type au public, c'est un préjudice social de même nature qui fonde la limite à la liberté d'expression, dans la mesure où ce type de matériel prédispose ceux qui y sont exposés à des comportements de violence sexuelle incompatibles avec le bon fonctionnement de la société.⁷⁸

À ces limites acceptables reconnues par la jurisprudence, liste qui se veut exhaustive, la CSC ajoute une autre, soit la possibilité de limiter la liberté d'expression quand elle est invoquée pour diffuser des propos de nature à empêcher « une personne ou une catégorie de personnes de participer réellement au processus politique et aux activités ordinaires de la société au même titre que n'importe qui »⁷⁹. Malheureusement, la CSC ne fournit pas d'exemple concret d'un tel cas de figure.

En outre, ces limites s'appliquent à toute forme d'expression, y compris celle de nature artistique. En effet, la CSC refuse de faire de la liberté artistique une catégorie à part entière. Comme le rappelle un auteur, « contrairement à la situation américaine, la Cour suprême du Canada n'a pas établi de véritable hiérarchie des expressions en fonction de leur plus ou moins grande proximité de l'expression politique »⁸⁰. Elle refuse de donner un degré de protection supérieur à l'artiste, « si tant est qu'il puisse se qualifier ainsi »⁸¹, par rapport aux autres citoyens. Ce faisant, la CSC confirme sa position antérieure selon laquelle « [l]'expression artistique n'a pas besoin d'une catégorie

[Page 299]

spéciale pour se réaliser. [...] L'artiste peut invoquer son droit à la liberté d'expression suivant les mêmes conditions que toute autre personne »⁸².

Si on peut se réjouir que le plus haut tribunal reconnaisse que la liberté artistique soit « au cœur des valeurs à la base de la liberté d'expression »⁸³ et que, de ce fait, sa protection soit non équivoque, on doit constater que la CSC rate l'occasion fournie par le litige entre Mike Ward et Jérémy Gabriel de réfléchir plus longuement à ce qu'elle implique. Cela, d'autant plus que de toute évidence, le contexte doit être pris en compte, que ce soit dans un recours en discrimination ou dans un recours en diffamation, c'est pourquoi la nature de l'expression artistique revêt une importance fondamentale pour bien évaluer les limites possibles à la liberté d'expression.

Dans le cadre du recours en diffamation, le fait que les propos relèvent de la liberté artistique entre en ligne de compte d'abord au moment de démontrer la présence d'une intention fautive. On se demandera alors si la personne raisonnable tiendrait de tels propos dans le contexte artistique en cause. Ensuite, cela entre également en ligne de compte au moment d'évaluer la présence même de propos diffamatoires. À cet égard, on doit se demander si compte tenu du contexte artistique en question, on pourrait considérer que les propos sont de nature à déconsidérer la personne visée par les propos, à diminuer le respect dont elle jouit dans la tête du citoyen ordinaire. Un auteur notait par exemple que dans le contexte de l'humour, « lorsqu'un humoriste rigole de quelqu'un, on devrait présumer que ses propos ne sont pas pris au sérieux et ne seront pas susceptibles de donner lieu à un recours en dommages car ils ne modifieront pas l'opinion que se ferait le citoyen ordinaire de la victime »⁸⁴.

Dans le recours en discrimination, malgré son refus de classer la liberté artistique dans une catégorie à part, la CSC reconnaît quand même que le mode d'expression des propos et l'effet de ce mode d'expression sont déterminants⁸⁵. C'est ainsi qu'elle souligne que, dans le cas de propos de nature humoristique :

[Page 300]

[...] l'humour, qu'il soit de bon ou de mauvais goût, possède rarement « l'effet d'entraînement requis pour susciter chez des tiers une attitude de haine et

de discrimination ». Il se caractérise par des procédés bien connus tels que « l'exagération, la généralisation abusive, la provocation et la déformation de la réalité ». L'auditoire sait identifier ces procédés, quand ils sont clairs, et il faut lui reconnaître assez de discernement pour ne pas prendre tout ce qui est dit au pied de la lettre.⁸⁶ (Références omises)

On voit ainsi qu'en retenant que le contexte doit être pris en compte pour évaluer la protection adéquate au droit à la liberté d'expression, lorsque le contexte implique l'exercice de la liberté artistique, il devient essentiel de bien comprendre cette dernière. À défaut de fournir les clés utiles à une telle compréhension, la difficulté de l'appréhender ouvre la porte à de mauvaises interprétations, comme omettre de reconnaître la présence même de l'expression artistique ou, à l'autre extrême, risquer de refermer la porte dès que le mot magique de « contexte artistique » est invoqué, sans faire les nuances qui s'imposent dans le niveau de discours mobilisé à l'occasion de l'œuvre artistique présentant les propos problématiques.

Il aurait été utile que la CSC saisisse l'occasion fournie pour, à tout le moins, souligner certains aspects distinctifs de la liberté artistique exercée sur scène. Deux de ces aspects nous semblent mériter d'être notés lorsque l'œuvre en question relève de la fiction : la distanciation vis-à-vis de la réalité et le caractère polysémique de l'œuvre de création.

Lorsqu'une activité expressive émane d'un personnage fictif, il est primordial de reconnaître que le personnage n'existe pas dans la réalité. Il n'existe que dans l'œuvre. On ne doit pas assimiler l'auteur au personnage. Il se peut que ce dernier fasse faire ou dire à son personnage des choses que lui-même condamne. Le spectateur ou celui qui « reçoit » l'œuvre est à même de faire cette distinction entre le personnage qui s'exprime et l'auteur.

L'œuvre d'art, qu'elle travaille les mots, les sons ou les images, est toujours de l'ordre de la représentation. Elle impose donc

[Page 301]

par nature une distanciation qui permet de l'accueillir sans la confondre avec la réalité.⁸⁷

Si un personnage « tient des propos racistes, ou s'il raconte sa vie de pédophile, ces propos n'ont ni le même sens ni la même portée que s'ils étaient tenus par un citoyen s'exprimant dans l'espace public »⁸⁸. Et l'humour ne fait pas exception à cette règle, l'humoriste sur scène étant également un personnage. « Un spectacle d'humour ne prétend pas être la réalité. Ça reste une œuvre artistique »⁸⁹.

Et parce que l'œuvre de création n'est pas la réalité, mais une représentation de celle-ci, elle prête à interprétation. L'artiste qui crée l'œuvre y insuffle ce qu'il veut bien y insuffler. Mais une fois que l'œuvre est présentée au public, il n'appartient plus à l'artiste de contrôler comment elle est reçue. Comme le notait l'Observatoire de la liberté de création, « [u]ne œuvre est toujours susceptible d'interprétations diverses, et nul ne peut, au nom d'une seule, prétendre intervenir sur le contenu de l'œuvre, en demander la modification, ou l'interdire »⁹⁰. Parce qu'elle prête nécessairement à interprétation et que chaque spectateur est libre d'y donner le sens qu'il lui plaît, il se dégage de l'œuvre de création un caractère polysémique.

C'est pour ces raisons que les tribunaux reconnaissent « à l'art une zone d'impunité qui lui est propre en tant que production symbolique »⁹¹. Il aurait été utile que la CSC rende ces aspects explicites dans son raisonnement.

À cet égard, l'Observatoire de la liberté de création énonce que « c'est pourquoi l'artiste est libre de déranger, de provoquer, voire de faire scandale. Et c'est pourquoi son œuvre jouit d'un statut exceptionnel, et ne saurait, sur le plan juridique, faire l'objet du même traitement que le discours qui argumente, qu'il soit scientifique, politique ou journalistique... »⁹² (Nos soulignés).

[Page 302]

En ce sens, nous partageons l'avis de l'auteur Pierre Hébert selon lequel tant que l'activité expressive se situe à l'intérieur de « son espace propre d'énonciation », l'auteur de l'activité expressive en question ne devrait pas être justiciable. Comme l'explique cet auteur, qui considère que la liberté de l'art devrait être un espace protégé de création et qui fait une analogie avec la liberté académique :

Ce sont deux lieux sacrés, entendus comme espaces dont l'autonomie « renvoie au tracé d'un cercle [...] interdisant l'accès à la loi », que cette loi s'inscrive dans le juridique (sauf les cas prévus par cette même loi bien sûr) ou... dans l'air du temps. [...] Comme pour l'art, la défense « ne s'appuie pas sur la liberté d'expression [...] mais sur cette idée que le « corps » de l'œuvre [...] est très différent en cela du « corps » d'un discours politique, d'un film documentaire ou de propagande.⁹³ (Références omises)

Cela rejoint l'idée que « [c]'est seulement dans le cas où, sortant de la fiction, il utilise un dispositif artistique pour diffuser un message raciste, sexiste ou, de façon générale, un message interdit par la loi, qu'il est passible des tribunaux »⁹⁴. Ainsi, adopter ce point de vue n'équivaut pas à dire que l'artiste se trouve dans une situation d'impunité totale, la difficulté reposant alors plutôt sur l'évaluation, selon le cas d'espèce précis, pour déterminer si l'activité expressive se situe effectivement dans son espace propre d'énonciation. Cependant, dans un cas de représentation sur scène d'une œuvre de fiction, la question ne devrait pas soulever de grands débats. En ce sens, la préoccupation de la CSC de ne pas protéger l'artiste différemment des autres citoyens, en soutenant que l'expression artistique n'a pas besoin d'une catégorie à part pour se réaliser, manque de nuances.

3. LA DIFFICULTÉ DES TRIBUNAUX À APPRÉHENDER LA RÉALITÉ DE L'EXPRESSION ARTISTIQUE

Dans les mois suivant la décision *Ward*, la question de l'exercice du droit à la liberté d'expression s'est de nouveau posée. L'occasion ratée par la CSC de fournir une analyse plus approfondie de ce qu'est la liberté artistique semble avoir mené à deux réactions aux extrémités

[Page 303]

d'un spectre : d'une part, la Cour du Québec a refusé de considérer une activité expressive évidente comme telle, fermant la porte à l'idée d'une protection de l'œuvre en cause en vertu du droit à la liberté d'expression (3.1). D'autre part, le TDP, dans son application des principes dégagés de la décision *Ward* et ce qui semble s'apparenter à une volonté d'en limiter les répercussions sur sa compétence, mobilise la liberté d'expression artistique comme facteur de distinction, sans permettre d'envisager de nuances (3.2).

3.1 La compréhension erronée de l'expression artistique par la Cour du Québec

Par une belle soirée de 2017, des comédiens se préparent dans leur loge. Le trac est à son comble, comme avant chaque représentation. La comédienne qui incarne la secrétaire dans *Le cas Joe Ferguson*⁹⁵ monte sur scène, s'installe. Quelques scènes se déroulent. Puis, elle allume une cigarette. Elle fume. La représentation se termine. Les applaudissements font rage. Succès. Ce que la troupe ignore, c'est que pendant la représentation, un spectateur, plutôt que d'apprécier la pièce, pestait dans le noir en raison de la fumée. Et à la fin de la représentation, CRAC !, il a décidé d'alerter les autorités pour les prévenir que l'institution théâtrale venait oser enfreindre la loi⁹⁶.

En effet, la *Loi concernant la lutte contre le tabagisme*⁹⁷ prévoit, entre autres, qu'il est interdit de fumer dans les lieux fermés où se déroulent des activités sportives ou de loisirs, judiciaires, culturelles ou artistiques, des colloques ou des congrès ou autres activités semblables, de même que dans tous les lieux fermés qui accueillent le public⁹⁸. De plus, la loi impose à l'exploitant d'un tel lieu de ne pas tolérer qu'une personne fume dans un endroit où il est interdit de fumer⁹⁹.

Dès le lendemain de la plainte, les enquêteurs du ministère de la Santé se présentent sur place pour inspecter les lieux. Puisqu'il y avait effectivement eu une personne ayant fumé durant la représentation

[Page 304]

théâtrale, dans une salle fermée, soit un lieu accueillant un public et où se déroulent des activités artistiques, un constat d'infraction a été remis. Il impose le paiement d'amendes¹⁰⁰. Et tout cela, même si la cigarette fumée était une cigarette aux herbes.

Une histoire semblable se répète sur les planches du Théâtre de la Bordée et du Premier Acte¹⁰¹. Les administrateurs des trois théâtres, qu'on imagine scandalisés par le manque de jugement des agents à l'origine de la remise des constats d'infraction, se réunissent pour se défendre. L'idée est de faire déclarer invalides les articles en cause de la LCLCT et de son règlement d'application.

Le 9 novembre 2021, ils ont la mauvaise surprise de constater, dans un jugement assez succinct, que la Cour du Québec, chargée d'entendre l'affaire, a fait la sourde oreille. En effet, la Cour rejette la requête des trois théâtres et, ce faisant, réfute l'argument de violation de la liberté d'expression présenté par les théâtres. Dès les jours qui suivent, les trois théâtres se concertent et annoncent que la décision sera portée en appel¹⁰².

D'abord, soulignons que le contexte est différent, car il ne relève pas d'un litige entre deux parties privées, comme c'était le cas pour la décision *Ward* ainsi que pour les litiges ayant fait l'objet de décisions par le TDP à la suite de la décision *Ward*¹⁰³. Dans ces litiges, la liberté d'expression était invoquée pour justifier en quelque sorte les propos qui dérangeraient autrement, qu'ils soient qualifiés ultimement de discriminatoires ou de diffamatoires.

Dans la décision de la Cour du Québec, il s'agit plutôt d'un litige opposant des parties privées, les trois théâtres, à l'État, alors qu'il y a imposition d'une amende en raison d'une infraction alléguée à une loi. On se trouve donc dans le contexte d'une possible entrave par l'État à la liberté d'expression des parties privées en cause. Pour obtenir gain de cause, les parties doivent démontrer que l'activité pour laquelle

[Page 305]

elles ont reçu des amendes est effectivement une activité qui entre dans le champ de la liberté d'expression pour pouvoir bénéficier de la protection qui lui est dévolue.

Comme le résume avec justesse la Cour du Québec, pour démontrer une atteinte à la liberté d'expression, une personne doit démontrer :

- a) Que l'activité en cause a un contenu expressif, qu'elle vise à transmettre un message ou une signification ;
- b) Que l'activité en cause est non exclu[e] par une des limites à la liberté d'expression ;
- c) Que dans la mesure où une activité est protégée par la Charte, la loi porte atteinte, par son objet ou par son effet, à la liberté d'expression.¹⁰⁴

Le problème avec la décision de la Cour du Québec consiste en la suite de son raisonnement, lorsqu'elle applique le droit aux faits devant elle. En effet, ayant ces principes en tête, la Cour arrête son raisonnement rapidement puisque selon elle, le premier élément de la démonstration, soit celui de démontrer que l'activité en cause a un contenu expressif, n'est pas effectué par les théâtres.

D'entrée de jeu, notons que la LCLCT inclut, dans ses interdictions, le fait de fumer des cigarettes à base de produits autres que le tabac. Dès qu'une cigarette est allumée et fait de la fumée, cela est assimilé au fait de fumer une cigarette, ce qui est interdit¹⁰⁵.

Ayant cela en tête, la Cour du Québec circonscrit le débat devant elle en considérant que ce n'est pas « la légitimité de l'action de jouer une personne qui fume » qui est en cause, ce qu'elle semble accepter dans son raisonnement, mais plutôt « la façon de représenter l'acte de fumer par les acteurs lors d'une expression théâtrale et/ou artistique »¹⁰⁶ (Nos soulignés). Elle retient ce qui suit :

[Page 306]

[18] La loi et ses règlements n'empêchent pas un comédien de simuler le geste de fumer sur scène de différentes façons, en utilisant divers accessoires, artifices ou quelques effets spéciaux. La preuve démontre que certains metteurs en scène ont d'ailleurs choisi d'utiliser de fausses cigarettes. Rien dans la législation en cause n'empêche l'exercice des libertés artistiques ni de pouvoir livrer l'âme d'une représentation théâtrale.

[19] La représentation de gestes ou actions proscrites par d'autres lois est chose commune au théâtre, comme simuler le meurtre, utiliser une arme, consommer de la drogue ou user de violence.

[20] La loi et ses règlements permettent de représenter, de simuler, de jouer ou d'acter une personne qui fume, ce qui constitue du contenu expressif qui n'est pas interdit.¹⁰⁷ (Nos soulignés)

Ainsi, selon la Cour du Québec, il est permis de « faire comme si » afin de représenter l'acte de fumer, et, partant, la LCLCT ne viole pas le droit à la liberté d'expression.

Ces conclusions trahissent une incompréhension face à ce qu'est une mise en scène d'une œuvre dramatique. Le tribunal semble retenir uniquement le comédien, soit la personne physique sur scène, comme auteur de l'acte expressif. Il fait totalement fi de la dimension collective derrière la création d'une pièce de théâtre, impliquant que l'acte expressif émane de plusieurs auteurs : l'auteur de la pièce, le metteur en scène, le scénographe, une auteure écrit :

Quand il assiste à une représentation, le spectateur reçoit le texte de l'auteur dans une éventuelle transposition à une autre époque, dans une mise en scène provocatrice, dans un dépouillement scénique délibéré ou, au contraire, dans une abondance luxuriante de décors et de costumes.¹⁰⁸

Chacun de ces éléments contribue à l'expérience sensorielle reçue, que constitue l'œuvre de théâtre. À ce titre, par exemple, la fumée en elle-même, produite par l'acte de fumer sur scène, peut

[Page 307]

constituer un choix de mise en scène ou de scénographie, contribuant à établir une certaine atmosphère pendant la pièce.

En définissant le débat comme étant une évaluation de la « façon de représenter l'acte de fumer », la Cour du Québec se permet de s'ingérer dans les choix artistiques mis de l'avant, ce qui ne relève évidemment pas des tribunaux. De plus, cela équivaut à refuser de prendre en compte le contexte dans lequel il s'inscrit, sans doute par méconnaissance du contexte en question.

La Cour du Québec retient donc que l'acte de fumer est une activité « purement physique »¹⁰⁹. Selon elle, « [t]oute activité humaine ne contient pas nécessairement du contenu expressif, c'est-à-dire, qu'elle n'est pas toujours porteuse d'un message »¹¹⁰. Elle refuse ainsi de voir dans l'acte de fumer un quelconque contenu expressif, faisant même sienne la jurisprudence selon laquelle le fait de fumer n'est pas une activité expressive, mais plutôt le signe d'une dépendance¹¹¹.

Ce qui est évidemment déconcertant avec un tel raisonnement, c'est que la Cour du Québec ne fait aucune distinction à cet égard sur le fait que l'acte de fumer en question se déroule sur scène ou pas, invoquant comme justification de la jurisprudence applicable à l'acte de fumer « dans la vraie vie ». La dimension fictive de l'œuvre dans laquelle s'inscrit l'acte en question est totalement évacuée. C'est comme si la Cour du Québec oubliait dans son raisonnement que l'acte de fumer ne s'inscrivait pas dans la réalité.

Cette conclusion détonne avec les raisons avancées par les théâtres en cause pour expliquer leur décision de mettre en scène l'acte de fumer, acte prévu dans chacun des trois textes dramatiques ayant été portés sur scène. Par exemple, dans *Le cas Joe Ferguson*, le personnage de la secrétaire fume pour illustrer son anxiété¹¹².

On y présentait un personnage qui avait arrêté de fumer. Donc de refaire fumer cette personne-là exprimait à quel point elle craquait, qu'elle était en situation de crise dans sa vie.¹¹³

[Page 308]

De toute évidence, le fait de faire fumer le personnage contient un message et est une activité expressive, et ce, même en faisant abstraction des autres dimensions de la création collective dont il a été question dans les paragraphes précédents et en se limitant à l'analyse de l'activité expressive par le comédien même sur scène.

Devant un tel raisonnement erroné, on prend la mesure de l'importance de reconnaître la spécificité de l'expression artistique. En décidant comme elle le fait, la Cour du Québec donne dans les faits plus de poids à l'objectif législatif de « protéger le public de la fumée de tabac ou de toute substance assimilée à du tabac »¹¹⁴ qu'à la liberté artistique. Alors que cette décision succède à celle de la CSC, le contexte dans lequel s'inscrit l'acte en question n'est pas pris en compte par le tribunal. C'est donc dire que le message de la CSC, quant à la nécessité pour évaluer la liberté d'expression de prendre en considération le contexte dans lequel elle s'exprime, semblant indiquer la nécessité de moduler la liberté en question lorsqu'elle est invoquée dans un contexte « artistique », n'est pas suffisamment clair.

3.2 La décision *Ward* appliquée par le TDP

De son côté, le TDP n'a pas eu à se prononcer directement sur une affaire touchant la liberté artistique depuis la décision *Ward*. Par contre, il semble avoir utilisé celle-ci pour distinguer les faits devant lui et limiter l'incidence de la décision *Ward* sur son champ de compétence.

À la suite de la décision de la CSC, on aurait pu s'attendre à un revirement majeur de la jurisprudence du TDP, la barre ayant été placée haute pour conclure à un propos discriminatoire. C'est ce que pouvait laisser croire une des premières décisions rendues par le TDP, au lendemain de la décision *Ward*, alors qu'il résumait ainsi les enseignements de la décision *Ward* dans l'affaire *Rojas c. Mongrain*¹¹⁵ :

[U]ne conduite doit atteindre un degré de gravité élevé qui ne banalise pas la notion de dignité. Elle [la CSC] établit que le droit de ne pas être offensé n'a pas sa place dans une société démocratique :

[Page 309]

l'appréciation des propos ne doit être axée ni sur leur caractère répugnant ou offensant, ni sur le préjudice émotionnel causé à la personne visée. Ne sont discriminatoires que les propos qui, situés dans leur contexte, peuvent vraisemblablement mettre en péril l'acceptation sociale d'un individu ou d'un groupe. L'analyse n'est pas centrée sur le contenu des propos en tant que tel, mais sur leurs effets probables à l'égard des tiers, c'est-à-dire sur les traitements discriminatoires susceptibles d'en résulter.¹¹⁶ (Références omises et nos soulignés)

Dans cette affaire, le TDP a ainsi refusé de considérer que les propos d'une femme à l'encontre d'un homme, d'origine ethnique autre que la sienne, prononcés en privé devant personne d'autre que l'homme en question, étaient des propos discriminatoires. La femme, emportée par la frustration causée par le retard de l'homme, alors qu'elle devait l'accueillir pour lui louer un logement de type AirBnB, avait déclaré différentes insultes du type : « Vous avez des problèmes psychologiques et des problèmes d'attitude »¹¹⁷, « Vous devriez consulter un psychologue »¹¹⁸, « Cesse de me harceler, je te dénoncerai à l'immigration et te ferai expulser du Canada. »¹¹⁹ Ces propos avaient été tenus de manière agressive, après que la femme eut initialement reçu l'homme en lui disant « Décolisse d'ici » et lui ait tapé le bras pour lui faire signe de quitter les lieux¹²⁰.

Même si le TDP conclut que le témoignage du plaignant est jugé crédible quant à l'humiliation, au stress et à la frustration qu'il a ressentis, il n'en retient pas moins que :

Appréciés selon ce critère, les propos tenus par M^{me} Mongrain dans le cadre de son échange privé avec M. Rojas n'entrent pas dans la catégorie des « cas exceptionnels ». [...] Ce sont plutôt des propos irréfléchis, qui montrent une faible ouverture d'esprit à l'égard des personnes issues de l'immigration, et qui déconsidèrent bien plus M^{me} Mongrain que M. Rojas. Le risque que de tels propos, tenus en privé, puissent produire le moindre effet discriminatoire à l'égard de M. Rojas semble bien faible, pour ne pas dire inexistant.¹²¹

[Page 310]

La plainte de discrimination est ainsi rejetée. Par contre, une autre décision du TDP rendue depuis soulève un doute quant à la volonté du TDP d'appliquer la décision *Ward*. On constate plutôt une volonté de réduire au minimum l'incidence de la décision sur la manière dont la CDPDJ et le TDP interprètent leur compétence, afin de maintenir le plus possible le recours devant ces instances en matière de propos allégués comme discriminatoires. Il s'agit de l'affaire *Mboula Lebala c. Procureur général du Québec (Ministère de la Sécurité publique)*¹²², dans laquelle le TDP a retenu une violation des articles 4 et 10 de la Charte québécoise. Les propos faisant l'objet du litige avaient cette fois été prononcés devant quelques autres personnes et, surtout, par des personnes en position d'autorité à l'égard d'une personne incarcérée.

Un homme de couleur noire, incarcéré à titre de prévenu dans un centre de détention depuis plusieurs mois, se fait insulter par un agent des services correctionnels travaillant au centre en question le soir des événements¹²³. Alors que le détenu insiste pour obtenir du papier hygiénique, en frappant à plusieurs reprises sur une vitre qui le sépare des agents correctionnels et refuse de retourner à sa cellule, contrairement à la demande des agents qui lui disent avoir compris son besoin mais ne pas pouvoir y répondre immédiatement, le ton monte. Un des agents s'adresse alors au détenu en ces termes : « Nègre, torche-toi donc avec du papier journal... »¹²⁴ et « [je] ne travaille pas pour les ordures noires »¹²⁵. Ces paroles sont prononcées devant les autres détenus se trouvant près du plaignant.

Il ne fait aucun doute que de tels propos sont mal reçus par le plaignant, qui en est affecté et décide de porter plainte à la CDPDJ. Appelé à se pencher sur l'affaire, le

TDP donne gain de cause au plaignant et conclut que les propos sont discriminatoires, en ce qu'ils ont « détruit ou compromis le droit de celui-ci à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, de son droit à la sauvegarde de sa dignité »¹²⁶.

Le TDP en profite pour revenir sur la décision *Ward* et ses répercussions sur sa compétence. Ce faisant, le TDP remet en question

[Page 311]

les conclusions de la CSC, en invoquant que son raisonnement au sujet de sa jurisprudence n'est pas complet. Il énonce que la CSC :

[...] ne précise toutefois pas ce qui, dans chacun de ces jugements, lui paraît constituer une application erronée de la Charte ou une extension indue de la compétence du Tribunal. Elle ne fait pas non plus état des propos en cause dans ces dossiers [...]. Elle ne commente pas le raisonnement qui, dans chacun des cas, conduit un juge du Tribunal à accueillir les réclamations.¹²⁷

Après avoir passé en revue, de manière détaillée, chacune des décisions invoquées par la CSC pour imposer un resserrement dans la compétence du TDP, le TDP conclut d'une manière qui laisse penser qu'il rejette en partie les conclusions de la CSC. Il énonce ainsi :

Il y a lieu aussi de prendre en compte que la discrimination ne se manifeste pas seulement par les effets que des propos discriminatoires produisent à l'égard des tiers. Plus fondamentalement, elle résulte des effets insidieux que de tels propos produisent chez la personne qui en est l'objet.¹²⁸

Cette conclusion du TDP contraste de manière évidente avec la conclusion de la CSC selon laquelle pour conclure à un effet discriminatoire rattaché à des propos, c'est la dimension sociale de l'incidence des propos, et non la dimension personnelle et subjective, qui entre en ligne de compte. À ce sujet, la CSC citait avec approbation un auteur résumant sa position :

Le droit canadien s'assure de la protection du *statut social de la victime* tout en délaissant la protection de sa *sérénité émotive*. Les paroles offensantes sont tolérées, tandis que sont interdits les propos de nature à engendrer la discrimination, l'ostracisme ou la violence à l'égard des [personnes].¹²⁹

Bien que le TDP doive déférence à la CSC, il ne semble pas adhérer à sa vision lorsqu'il conclut :

[Page 312]

La récurrence des litiges mettant en cause des propos discriminatoires, qu'un tribunal spécialisé comme le Tribunal des droits de la personne peut régulièrement constater, montre l'existence d'un problème réel au sein de la société. Les voies de recours établies pour faire face à ce problème doivent demeurer suffisamment efficaces et malléables pour atteindre leur objectif. Souvent membres de groupes minoritaires, les personnes visées par de tels propos ne doivent pas affronter, pour obtenir justice, des obstacles juridiques si grands qu'elles perdent confiance dans les institutions judiciaires. Leur adhésion au système de droit constitue, pour elles comme pour les autres justiciables, la condition indispensable d'une pleine intégration sociale.¹³⁰

Il est difficile de ne pas lire dans ces lignes une certaine remise en question des conclusions de la CSC dans l'affaire *Ward* quant à la compétence du TDP. Il sera sans doute intéressant de suivre l'évolution de la jurisprudence sur cette question, compte tenu des préoccupations du TDP, tribunal hautement spécialisé, de ne pas laisser sans recours des personnes qui, sans la possibilité de bénéficier de la prise en charge par la CDPDJ, risquent de ne pas pouvoir obtenir justice, alors qu'elles ont été victimes de conduites totalement répréhensibles de la part d'autres personnes.

Cela étant dit, dans le cas précis de M. Mboula Lebala, le TDP en vient à la conclusion que les propos prononcés :

[...] incitent clairement à mépriser M. Lebala ou à détester son humanité pour un motif de distinction illicite. Ils peuvent vraisemblablement mettre en péril son acceptation sociale. [...] Les propos de M. Goulet ne s'inscrivent pas dans un échange d'idées ou dans un processus de création, d'émancipation ou d'information. Ils sont plutôt utilisés dans le cadre d'un rapport de pouvoir et ne peuvent avoir comme objectif que de maximiser l'autorité exercée à l'égard de M. Lebala.¹³¹

Force est de constater que le contexte dans lequel les propos attaqués ont été prononcés a joué dans le raisonnement du TDP. Bien que dans les deux cas, le litige oppose des parties privées, le cas de Jérémy Gabriel et Mike Ward implique, contrairement au cas de M.

[Page 313]

Mboula Lebala, la liberté d'expression artistique. Le TDP résume, en ce qui concerne le cas de M. Mboula Lebala, que :

- [les] propos [discriminatoires] ne proviennent pas d'un artiste exerçant sa liberté d'expression artistique, mais d'un agent des services correctionnels, c'est-à-dire d'une personne en autorité exerçant un pouvoir très étendu à l'égard de la personne incarcérée et en mesure de l'assujettir à un processus disciplinaire ;
- ces propos n'ont pas de caractère humoristique, avec comme objectif de divertir un public qui apprécie un type particulier de moqueries qui ne peuvent être

prises au premier degré, mais ils surviennent plutôt dans le contexte de l'exercice du pouvoir par un agent des services correctionnels à l'égard d'une personne captive ;

- ils ne sont pas diffusés à l'intention d'un public que l'auteur des propos cherche à rejoindre dans l'exercice de sa liberté d'expression, mais visent à faire obéir un détenu aux ordres que lui donne un agent des services correctionnels.¹³²

Cette différence est cruciale. On en retient que c'est sur la base de l'expression artistique que le TDP semble choisir de faire une distinction pour limiter l'incidence de la décision *Ward* sur l'exercice de sa compétence. La spécificité de la liberté artistique se trouve ainsi mobilisée. Par conséquent, le message de la CSC semble sans équivoque pour les propos tenus strictement en privé, ainsi que pour les propos relevant de la liberté d'expression artistique. Le contrôle de tels propos par la voie d'un recours en discrimination sera désormais beaucoup plus difficile et peu probable, à moins que le TDP ne parvienne à raffiner son raisonnement et à faire les nuances qui s'imposent, si l'activité expressive à laquelle il est confronté « sort de son espace d'énonciation qui lui est propre », pour reprendre les termes de l'auteur Pierre Hébert¹³³.

CONCLUSION

Bien qu'il faille comprendre la décision *Ward* davantage comme un recadrage de la compétence de la CDPDJ et du TDP en matière de

[Page 314]

propos discriminatoires, elle est de nature à envoyer un message plus général au sujet de la liberté artistique. En effet, on doit noter que la CSC énonce explicitement que son test « est destiné à s'appliquer dans un contexte où le demandeur soutient que le défendeur a tenu des propos qui ont eu pour effet de compromettre la reconnaissance de son droit à la sauvegarde de sa dignité »¹³⁴ et qu'il ne doit pas être appliqué à d'autres contextes que celui-là. Cependant, il reste que son interprétation du droit à la liberté d'expression artistique, teintée par sa préoccupation de ne pas encourager la censure et de ne pas alimenter un « droit de ne pas être offensé », semble tout autant pertinente dans le cadre d'un recours en diffamation.

Aussi, si l'on peut être heureux que la CSC ait confirmé que la liberté artistique est protégée en ce qu'elle relève de la liberté d'expression, il reste que la spécificité de la liberté artistique, commandant une zone d'autonomie par rapport au droit, ne semble pas acceptée. Dans ce contexte, le contrôle reste possible, et il est dommage que la CSC n'ait pas pris l'occasion qui lui était offerte de s'attarder plus longuement à l'interprétation à donner à la liberté d'expression artistique.

L'artiste qui crée une œuvre pour la scène devra donc continuer à le faire en tenant pour acquis que sa liberté artistique peut être contrôlée. Si un recours en discrimination semble improbable, la porte reste ouverte pour un recours en diffamation. En outre, il n'est même pas acquis que son activité expressive soit reconnue, l'empêchant alors de même invoquer la protection dont il devrait bénéficier en vertu de son droit à la liberté d'expression artistique.

Cela dit, même si de telles occasions de se prononcer au sujet de la liberté d'expression artistique ne sont pas si fréquentes devant le plus haut tribunal du pays, il est possible que la question soit soulevée de nouveau dans un avenir pas trop éloigné. Compte tenu des contestations en cours tant dans l'affaire des théâtres de Québec¹³⁵ que dans celle opposant Mike Ward à Jérémy Gabriel ainsi qu'à sa mère¹³⁶, on peut espérer que les tribunaux puissent fournir plus de

[Page 315]

matière à réflexion au sujet de la liberté d'expression artistique. Il sera intéressant de suivre ces dossiers.

Notes de bas de page

* Docteure en droit (Université McGill) et praticante à son compte (www.chokoavocate.ca). L'auteure tient à remercier Isabelle Montpetit et Laurence Laviolette, étudiantes au sein du cabinet Lussier Khouzam, pour leur collaboration à une partie de la recherche. La recherche pour ce texte était à jour au 26 septembre 2022.

1. **RLRQ, c. L-6.2**, ci-après « Loi contre le tabagisme ». Il s'agit de la décision *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Théâtre du Trident inc.*, **2021 QCCQ 11956** (ci-après « décision de la Cour du Québec »).

2. **RLRQ, c. C-12**, ci-après « Charte québécoise ». Il s'agit de la décision *Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, **2021 CSC 43** (ci-après « décision *Ward* »).

3. Décision *Ward, supra*, note 2, par. 12.

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

5. *Ibid.*

6. *Ibid.*

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*

11. Le TDP rapporte dans sa décision que « [l]a famille n'avait pas les moyens d'engager un avocat et elle ignorait comment porter plainte », *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)* c. *Ward, supra*, note 4, par. 34.

12. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)* c. *Ward, supra*, note 4.

13. *Ward* c. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)*, 2019 QCCA 2042. La Cour d'appel accueille en partie l'appel, car elle décide d'infirmer la décision du TDP en ce qui concerne la réclamation de la mère de Jérémy Gabriel et déclare que Mike Ward ne doit rien à cette dernière. Pour les besoins du présent texte, nous nous concentrons uniquement sur la portion de la décision relative à la réclamation de Jérémy Gabriel, à laquelle a fait droit la Cour d'appel.

14. Morgan Lorie et Ugo Giguère, « Mike Ward perd son appel et veut maintenant aller en Cour suprême », *Le Devoir*, 29 novembre 2019, consulté en ligne le 26 septembre 2022 : <<https://www.ledevoir.com/societe/568033/jeremy-gabriel-mike-ward-cour-appel>>.

15. Le recours devant le TDP est gratuit pour les justiciables puisqu'il leur suffit de déposer une plainte à la CDPDJ. Si celle-ci considère la preuve comme admissible, *prima facie*, c'est elle qui prend alors en charge la suite des choses, y compris la représentation du plaignant devant le TDP, le tout sans frais pour le plaignant. À l'inverse, le défendeur doit assumer ses frais de défense.

16. Le recours en diffamation, déposé devant les tribunaux de droit commun et encadré par le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (ci-après « C.c.Q. »), se prescrit un an après (voir art. 2929 C.c.Q.). À l'inverse, la plainte en discrimination menant à un éventuel recours devant le TDP doit être déposée au plus tard trois ans après la dernière connaissance.

17. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, par. 40.

18. Voir à ce sujet la Charte québécoise, *Supra*, 4, aux articles 71 (2) par. 1 (compétence d'enquête de la CDPDJ), 74 (la possibilité de porter plainte à la CDPDJ pour toute question qui relève de sa compétence), 80 (qui établit le recours au TDP par la CDPDJ lorsque, à la suite de son intervention pour le plaignant, la plainte n'est pas réglée) et 111 (qui établit la compétence du TDP pour entendre et disposer de toute demande portée en vertu, entre autres de l'article 80).

19. L'article 4 de la Charte québécoise se lit ainsi : « Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation. »

20. L'article 10 de la Charte québécoise se lit ainsi : « Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grosseur, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou compromettre ce droit. »

21. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) (ci-après « Charte canadienne »).

22. Décision *Ward, supra*, note 2, par. 35.

23. *Ibid.*, par. 53.

24. *Ibid.*, par. 51.

25. *Ibid.*, par. 51 et 52.

26. *Ibid.*, par. 56.

27. *Ibid.*, par. 57.

28. *Ibid.*, par. 58.

29. *Ibid.*, par. 4.

30. *Ibid.*, par. 28.

31. *Ibid.*, par. 29.

32. *Ibid.* Nous reviendrons sur le recours en diffamation dans la section 2.

33. Décision *Ward, supra*, note 2, par. 30.
34. *Ibid.*, par. 40. La CSC citant l'article 9.1 de la Charte québécoise et faisant siens les propos de la juge Savard, juge minoritaire dans la décision de la Cour d'appel sur le même dossier.
35. *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11 (ci-après « décision *Whatcott* »).
36. Décision *Ward, supra*, note 2, par. 75, références omises.
37. *Ibid.*, par. 89.
38. *Ibid.*, par. 47.
39. *Ibid.*, par. 73.
40. *Ibid.*
41. *Ibid.*, par. 6.
42. *Ibid.*
43. *Ibid.*, par. 84, s'appuyant sur la décision *Whatcott, supra*, note 35, par. 178 et 191.
44. Décision *Ward, supra*, note 2, par. 86.
45. *Ibid.*, par. 91, citant le par. 85 des motifs rendus en première instance.
46. Décision *Ward, supra*, note 2, par. 107.
47. *Ibid.*
48. *Ibid.*, par. 108.
49. *Ibid.*, par. 112.
50. *Ibid.* La CSC ne se prononce toutefois pas de manière définitive quant à la question de savoir si, dans le cadre d'un tel recours en diffamation, elle aurait donné raison ou non à Jérémy Gabriel.
51. Décision *Ward, supra*, note 2, par. 26.
52. *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q.1811 (C.A.), p. 1818.
53. *Gordon c. Mailloux*, 2011 QCCA 992, par. 7.
54. *Beaudoin c. La Presse Itée*, 1997 CanLII 8365 (QC C.S.), p. 211.
55. *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, par. 27, (ci-après « décision *Bou Malhab* »).
56. Marie Annik Grégoire, « Le parcours tumultueux des propos injurieux en droit québécois depuis 2009 : l'arrêt *Génex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ)* est-il toujours pertinent ? », (2016) 57 *C. de D.* 3, p. 5.
57. Une des leçons de la décision *Ward*, c'est cette tentative de distinguer la dignité de la réputation.
58. Bruno Bourdelin et Florence Peloquin, « **La liberté d'expression et le droit à la réputation en copropriété** », dans Service de la qualité de la profession du Barreau du Québec (dir.), *Développements récents en droit de la copropriété divise*, vol. 447, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 29-103, p. 42.
59. *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, par. 34.
60. François Demers, « **Au 21^e siècle, le ridicule peut-il tuer ?** », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec (dir.), *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, vol. 357, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 181-199, p. 188.
61. *Ibid.*, p. 188-189.
62. Décision *Bou Malhab, supra*, note 55, par. 28.
63. B. Bourdelin et F. Peloquin, *supra*, note 58, p. 39.

64. *Prud'homme* c. *Prud'homme*, *supra*, note 59, par. 36.
65. Décision *Bou Malhab*, *supra*, note 55, par. 32.
66. *Ibid.*
67. *Ibid.*, par. 24.
68. Aussi établie par l'article 4 de la Charte québécoise. Si ces notions sont souvent confondues dans la doctrine et la jurisprudence, comme le rappelle Marie-Anik Grégoire, *supra*, note 56, on doit retenir de la décision *Ward* qu'elles ne sont pas équivalentes.
69. Décision *Bou Malhab*, *supra*, note 55, par. 25.
70. *Ibid.*, par. 17.
71. Décision *Ward*, *supra*, note 2, par. 60.
72. *Ibid.*, par. 59, citant *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, 1989 CanLII 87 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 927, p. 968.
73. Décision *Ward*, *supra*, note 2, par. 82.
74. L'auteur fait référence par exemple aux « traumatismes » que les éditeurs, rédacteurs et écrivains sont encouragés à mettre dans les médias modernes, au sein des entreprises et dans le milieu universitaire, ainsi qu'à la « cancel culture », certains orateurs étant interdits de parole dans les universités, ou encore aux sanctions de toutes sortes imposées à des individus pour avoir énoncé des opinions différentes de celles de leurs employeurs, de leurs équipes, de leurs associations ou de la majorité des personnes auxquelles s'adresse la communication en cause.
75. Vancouver Bar Association, « Entre nous », (2022) 80(1) *The Advocate* 9, p. 12.
76. Décision *Ward*, *supra*, note 2, par. 60.
77. *Ibid.*, par. 61, citant la décision *Whatcott*, *supra*, note 35, par. 129-135.
78. Décision *Ward*, *supra*, note 2, par. 62, références omises.
79. Décision *Ward*, *supra*, note 2, par. 63.
80. Jean-François Gaudreault-Desbiens, *Liberté d'expression entre l'art et le droit*, Presses de l'Université Laval, Québec, 1990, p. 165.
81. Décision *Ward*, *supra*, note 2, par. 64. On sent bien, par ce commentaire, que la CSC est consciente de la difficulté que peut représenter l'exercice de déterminer si un contexte particulier relève de la liberté d'expression artistique ou non, de définir les pourtours de l'« art ».
82. Décision *Ward*, *supra*, note 2, par. 64, citant avec approbation *Aubry c. Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591 par. 55.
83. *R. c. Butler*, 1992 CanLII 124 (CSC), [1992] 1 R.C.S. 452, p. 486.
84. F. Demers, *supra*, note 60, p. 191.
85. Décision *Ward*, *supra*, note 2, par. 85.
86. *Ibid.*, par. 89.
87. Manifeste de l'Observatoire de la liberté de création, p. 1, consulté en ligne le 26 septembre 2022 : <<https://www.ldh-france.org/Le-manifeste-de-l-Observatoire-de/>>.
88. *Ibid.*
89. Julie Barlow, « La double vie de Mike Ward », *L'Actualité*, 23 février 2017, consulté en ligne le 26 septembre 2022 : <<https://lactualite.com/culture/la-double-vie-de-mike-ward/>>.
90. Manifeste de l'Observatoire, *supra*, note 87.
91. Pierre Hébert, « Écrire en 2021 une biographie où le mot "nègre" apparaît 26 fois », dans Dossier : L'université sous pression, (2021-2022) 24:1 *Argument* 125, p. 132.
92. Manifeste de l'Observatoire, *supra*, note 87.
93. P. Hébert, *supra*, note 91, p. 133.
94. Observatoire de la liberté de création, « Liberté de création : Ne nous trompons pas de combat ! », *Libération*, 3 janvier 2018, consulté en ligne le 26 septembre 2022 : <https://www.liberation.fr/debats/2018/01/03/liberte-de-creation-ne-nous-trompons-pas-de-combat_1620172/>.
95. Pièce de Isabelle Hubert, montée par la troupe du Théâtre du Trident au moment de l'incident.

96. Carl Marchand, « Le Théâtre du Trident mis à l'amende pour une cigarette sur scène », *Radio-Canada*, 7 décembre 2017, consulté en ligne le 26 septembre 2022 : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1071778/theatre-trident-amende-fumer-cigarette-scene-quebec-ferguson>>.

97. RLRQ, c. L-6.2 (ci-après « LCLCT »).

98. Art. 2 LCLCT.

99. Art. 11 LCLCT.

100. Le montant des amendes en question est plutôt faible, soit moins de 700 \$. De toute évidence, le litige relève d'une question de principe plutôt que d'une volonté de se soustraire à un tel paiement.

101. Jean-Louis Bordeleau, « Fumer une cigarette sur scène est interdit, tranche un juge », *Le Devoir*, 10 novembre 2021, consulté en ligne le 26 septembre 2022 : <<https://www.ledevoir.com/culture/theatre/646299/justice-fumer-une-cigarette-sur-scene-est-interdit-tranche-un-juge>>.

102. À ce jour, aucune nouvelle décision sur cette affaire n'a été rendue.

103. Analysés à la prochaine section.

104. Décision de la Cour du Québec, *supra*, note 1, par. 11.

105. L'article 1 de la LCLCT prévoit : « Est assimilé à du tabac, tout produit qui contient du tabac, la cigarette électronique et tout autre dispositif de cette nature que l'on porte à la bouche pour inhaler toute substance contenant ou non de la nicotine, y compris leurs composantes et leurs accessoires, ainsi que tout autre produit ou catégorie de produit qui, au terme d'un règlement du gouvernement, y est assimilé ».

106. Décision de la Cour du Québec, *supra*, note 1, par. 13.

107. *Ibid.*, par. 18 à 20.

108. Emmanuelle Saulnier-Cassia, « La haine du théâtre par le droit versus la haine du droit par le théâtre », (2017) 58:1-2 *C. de D.* 241, p. 1.

109. *Ibid.*, par. 14.

110. *Ibid.*

111. *Ibid.*, se référant à la décision *Yellowknife c. Denny*, [2004] N.W.T.J. No. 16, par. 65.

112. C. Marchand, *supra*, note 96.

113. Explication fournie par Anne-Marie Olivier, directrice artistique au Théâtre du Trident, en entrevue. Voir David Rémillard, « Fumer une cigarette sur scène n'est pas un geste artistique, tranche un juge », *Radio-Canada*, 9 novembre 2021, consulté en ligne le 26 septembre 2022 : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1838456/cigarette-theatre-quebec-decision-cour-liberte-expression>>.

114. Décision de la Cour du Québec, *supra*, note 1, par. 15.

115. 2021 QCTDP 45 (ci-après « décision *Mongrain* »).

116. *Ibid.*, par. 22.

117. *Ibid.*, par. 8.

118. *Ibid.*

119. *Ibid.*

120. *Ibid.*, par. 6.

121. *Ibid.*, par. 24 et 25.

122. 2022 QCTDP 11 (ci-après « décision *Mboula* »).

123. *Ibid.*, par. 46.

124. *Ibid.*, par. 26.

125. *Ibid.*, par. 27.

126. *Ibid.*, par. 95.

127. *Ibid.*, par. 52.

128. *Ibid.*, par. 81.

129. Pierre Rainville, [La répression de l'art et l'art de la répression : La profanation de la religion à l'épreuve des mutations du droit pénal au sujet du blasphème et de la protection des identités religieuses](#), Presses de l'Université Laval,

Québec, 2019, p. 61, cité dans la décision *Ward, supra*, note 2, par. 77.

130. Décision *Mboula, supra*, note 122, par. 83.

131. *Ibid.*, par. 88, 89 et 93.

132. *Ibid.*, par. 90.

133. Voir *supra*, note 91.

134. Décision *Ward, supra*, note 2, par. 47.

135. Décision de la Cour du Québec ayant été portée en appel.

136. À la suite de la décision de la CSC, tant la mère de Jérémy Gabriel que ce dernier ont déposé de nouvelles demandes, cette fois devant la Cour du Québec et en vertu C.c.Q. (et non par la voie d'un recours en discrimination). La Cour du Québec a rejeté le recours de la demanderesse, considérant qu'un tel recours était prescrit. Voir *Gabriel c. Ward, 2022 QCCQ 3692*. Cette décision a également été portée en appel. De son côté, Jérémy Gabriel a lui aussi déposé un recours, indépendant de celui de sa mère. Cependant, avant de procéder, il semblerait que les parties attendent de connaître le sort du recours de sa mère, lequel pourrait avoir un effet décisif sur le recours de Jérémy Gabriel, en raison de la question de la prescription. Pour le moment toutefois, cette décision de la Cour du Québec de juin 2022 ne soulève pas l'enjeu de la liberté d'expression artistique.

Barreau  Les Développements récents sont une publication du [Barreau du Québec](#).

Les opinions exprimées ainsi que l'exactitude des citations et références dans ces textes relèvent de la responsabilité exclusive de leur(s) auteur(s).

Les hyperliens de jurisprudence et de législation présents dans ce texte sont insérés de façon automatique à l'aide d'un logiciel de détection de citations. 