
Les enfants ont-ils besoin d'être protégés contre la publicité?

André Allard

C'est avec grand plaisir que nous avons accepté, à l'Office de la protection du consommateur, de contribuer à ce numéro de la revue *Options* sur cette question fondamentale que constitue la présence de la publicité, dans son sens le plus large, dans nos institutions d'enseignement. Il s'agit, pour nous, d'une tribune privilégiée pour exprimer nos commentaires sur ce sujet.

Inutile de vous dire qu'il s'agit pour nous, à l'Office, d'un dossier qui nous préoccupe considérablement, et je dirais même qu'il nous occupe beaucoup ces temps-ci.

L'Office a une mission très claire : celle de protéger les consommateurs. Pour mener à bien cette mission, nous devons, notamment, surveiller l'application de certaines lois dont, bien entendu, la *Loi sur la protection du consommateur* (LPC). Mais au-delà de la stricte application des lois, l'Office doit également faire la promotion des intérêts des

consommateurs, et c'est pour cette raison que nos interventions dépassent souvent le strict aspect légal de notre rôle.

La Loi sur la protection du consommateur **et son règlement d'application**

Que dit la loi concernant la publicité destinée aux enfants? Voyons d'abord comment est structurée la loi et le règlement sur cette question et nous pourrons revenir ensuite sur la véritable portée de ces dispositions.

Le principe général est clairement exprimé à l'article 248 de la loi : « Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans. »

Pour les fins de ce texte, j'utiliserai le terme « enfant » pour désigner une « personne de moins de treize ans ».

Le principe est donc clairement exprimé à cet article 248. Cette disposition permet toutefois que des réserves soient apportées à ce principe. Le gouvernement en a effectivement adopté par voie réglementaire. On peut les regrouper en trois catégories :

- Un message publicitaire contenu dans une revue destinée aux enfants, qui est offerte en vente et qui est publiée à une fréquence d'au plus trois mois;
- Un message publicitaire dont l'objet est d'annoncer un spectacle destiné aux enfants, le terme *spectacle* étant interprété de façon très large;
- Un message publicitaire constitué par une vitrine, un étalage, un contenant, un emballage ou une étiquette.

Ces messages publicitaires destinés aux enfants et faisant l'objet d'une telle exemption et qui, en conséquence, sont autorisés, doivent toutefois respecter les exigences prévues au règlement. Il y en a une série extrêmement détaillée au règlement. Il serait fastidieux de les énumérer et de les commenter. Mais retenons essentiellement que ces exigences visent une relative sobriété dans les messages (éviter les superlatifs, *etc.*) et interdisent des messages publicitaires concernant des produits spécifiques (médicaments, vitamines).

« Nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des enfants ».
(Loi sur la protection du consommateur, Article 248)

Ceci étant dit, revenons au principe de base édicté à l'article 248 : « Nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des enfants ».

La loi nous indique (articles 1h et 252) que « faire de la publicité » signifie essentiellement diffuser par quelque moyen que ce soit (publier, distribuer, afficher, *etc.*) un message publicitaire, c'est-à-dire un message destiné à promouvoir un bien, un service ou une organisation au sens large, par exemple une entreprise.

Dans l'application de ces dispositions, nous devons donc d'abord vérifier si le message dont il est question dans une situation donnée est visé par les dispositions que nous venons de voir. Par exemple, il se peut que le message soit un message « éducatif ». Puisque la loi ne vise que la publicité dite commerciale, la publicité éducative est donc permise. Nous pensons, toutefois, qu'elle doit respecter certaines normes pour être considérée comme étant une publicité véritablement éducative :

- Elle doit d'abord viser la formation et le développement de l'enfant;
- Elle ne doit pas constituer une supercherie pour contourner l'esprit de la loi;
- Si un produit apparaît au message, il ne doit pas être identifiable autrement que de façon générique, c'est-à-dire de façon générale, et il ne doit pas y avoir de marque de commerce. Par exemple, s'il y a un vélo sur une image, il ne doit pas y avoir des caractéristiques permettant d'identifier la marque de commerce de ce vélo;
- La publicité doit respecter les exigences du règlement s'appliquant aux exemptions, c'est-à-dire faire preuve de sobriété et éviter les messages concernant des produits spécifiques;
- Enfin, l'identification du commanditaire doit être faite sobrement. Ce qu'on entend ici par sobrement, c'est essentiellement une signature dite corporative, sans qu'elle soit appuyée par un logo. Par exemple, les Entreprises Machins Ltée. Un logo est en effet un message commercial en soit, puisqu'il est destiné, selon nous, à promouvoir l'entreprise par l'utilisation d'une image ou d'un graphique.

Si, au contraire, nous considérons qu'il s'agit non pas d'une publicité éducative mais plutôt d'un message commercial, nous devons passer à l'étape suivante et déterminer si ce message s'adresse aux enfants. La *Loi sur la protection du consommateur* n'interdit que la publicité commerciale destinée aux enfants.

Nous devons donc tenir compte du contexte de sa présentation. La loi nous indique (art. 249) que nous devons évaluer notamment :

- la nature et la destination du bien;
- la manière de présenter le message;
- le moment ou l'endroit où il apparaît.

Vous comprendrez que l'application de ces critères est extrêmement déterminante. Il faut également souligner que chaque critère n'est pas essentiel en soi. C'est plutôt le contexte général qu'il faut considérer. Et vous verrez que, dans certains cas, il est difficile de déterminer de façon claire si un message est destiné aux enfants.

Reprenons donc ces critères :

- La nature et la destination du produit : il s'agit ici d'identifier la nature du produit annoncé. S'agit-il d'un produit qui manifestement intéresse les enfants et qui présente un intérêt marqué pour eux? À titre d'exemples : jouets, friandises, livres, *etc.*
- La manière de le présenter. S'agit-il d'une présentation qui, manifestement, vise à attirer l'attention d'un enfant?
- Le moment et l'endroit où il est diffusé. Il s'agit évidemment d'un élément important pour déterminer si un message s'adresse aux enfants plutôt qu'à une clientèle plus large. S'il est diffusé dans un endroit qui est fréquenté essentiellement par des enfants ou à un moment dont l'auditoire est principalement composé d'enfants, on peut penser qu'on voulait s'adresser à eux.

Pour l'application de ces critères, l'Office a dégagé un certain nombre de principes pour en permettre une application cohérente. Sans vouloir énumérer toutes les situations possibles, mentionnons que les produits peuvent être destinés à des enfants sans qu'il y ait de doute à cet égard. Par contre, il y a certains produits qui peuvent être destinés à plusieurs groupes d'âge et même à toute la famille. Enfin, il y a des produits qui ne représentent aucun intérêt pour les enfants.

Cette distinction est fondamentale, puisque que ça pourrait entraîner le résultat suivant : une publicité diffusée à la télévision, à un moment où l'auditoire est principalement composé d'enfants, pourrait ne pas contrevenir à la loi si, par exemple, l'objet du message est manifestement sans intérêt pour les enfants, comme la présentation d'une automobile, d'une entreprise de téléphone ou d'un fabricant de

photocopieurs. Transposons cet exemple à l'école. Les mêmes principes s'appliquent, de sorte que la stricte application de la *Loi sur la protection du consommateur* ne pourrait empêcher qu'une telle publicité soit diffusée dans une école. C'est là une distinction fondamentale pour bien comprendre le rôle que chacun doit jouer à l'égard de cette problématique.

Autre exemple : prenons des produits qui ne sont pas spécifiquement destinés aux enfants, mais qui représentent un certain intérêt pour eux. Disons des biscuits, des gâteaux ou des chaînes de restauration rapide. On pourrait multiplier les exemples de ce type de produits qui intéressent autant les petits que les grands. S'ils font l'objet d'un message publicitaire diffusé ou affiché dans un endroit fréquenté par tous les groupes d'âge, bien que ce message puisse intéresser l'enfant, on ne pourrait raisonnablement prétendre qu'il s'agit là d'une publicité destinée aux enfants.

Vous voyez donc que les nuances s'imposent et qu'en vertu de notre loi, toute publicité dans une école ne serait pas nécessairement interdite.

Il y a cependant la *Loi sur l'instruction publique* qui comporte également une disposition pouvant être utile pour interdire, sinon limiter considérablement la place de la publicité dans les écoles. On y aborde la question sans égard à l'âge des enfants et avec une terminologie qui est différente. On y utilise l'expression *sollicitation commerciale* en indiquant qu'il s'agit là d'une activité qui est incompatible avec la mission de l'école. Or, sans vouloir anticiper, il y aura certainement des distinctions à faire entre la terminologie utilisée dans la *Loi sur la protection du consommateur* et celle utilisée dans la *Loi sur l'instruction publique*.

Pour terminer, certains se demandent pourquoi le législateur a retenu ce critère de 13 ans et moins pour l'application de ces dispositions, plutôt que de choisir un âge

qui aurait tenu compte de la réalité scolaire, c'est-à-dire un âge qui correspond aux divers degrés scolaires. On aurait pu alors avoir des règles qui ne s'appliqueraient, par exemple, qu'aux enfants du primaire.

Il faut se reporter au moment où la loi a été rédigée. D'abord, les études disponibles à l'époque démontraient que l'âge de 13 ans était objectivement l'âge à partir duquel l'enfant pouvait faire les distinctions qui s'imposent. Et puisqu'à cette époque, c'était plutôt la publicité télévisée qui était préoccupante, l'âge de 13 ans pouvait être retenu sans aucun problème. Il faut, toutefois, souligner que la loi ne traite pas spécifiquement de la publicité télévisée. La loi est neutre quant au média utilisé. Ce qui est spécifiquement traité par la loi et son règlement, c'est le message lui-même sans égard au média choisi.

À cette époque, la publicité n'avait pas encore fait son entrée dans les écoles, et on ne pensait pas qu'elle pourrait un jour y entrer.

L'affaire IRWIN TOY

La loi québécoise porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? Si oui, cette restriction est-elle justifiée?

La Cour suprême du Canada a dû se prononcer en 1989 sur la validité des articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

Saisie d'une action en jugement déclaratoire logée par la Société Irwin Toy Ltd., la Cour devait répondre à cinq questions dont les deux questions suivantes qui nous intéressent plus particulièrement dans le cadre de la présente conférence.

La première question est la suivante :

- Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* contreviennent-ils aux chartes canadienne et québécoise des droits et libertés? Notons que celles-ci consacrent toutes deux parmi les libertés fondamentales, la liberté d'expression (art. 2b de la charte canadienne et art. 3 de la charte québécoise). Les articles 248 et 249 portent-ils atteinte à la liberté d'expression garantie par les deux chartes?
- La deuxième question est pertinente dans la mesure où la réponse à la question précédente est affirmative, c'est-à-dire que si la Cour conclut que les articles 248 et 249 de la loi portent atteinte à la liberté d'expression, cette restriction est-elle justifiée et raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique?

À la première question, la Cour a répondu qu'effectivement les dispositions de la loi portaient atteinte à la liberté d'expression.

Voilà pourquoi :

1. La Cour avait déjà décidé dans d'autres arrêts que l'expression commerciale est incluse dans la protection de l'article 2b de la charte canadienne qui garantit la liberté d'expression. La Cour a maintenu cette position dans ce dossier.
2. D'autre part, la Cour déclare également que l'activité de la demanderesse Irwin Toy est une activité protégée par la liberté d'expression. La publicité destinée aux enfants est une activité protégée par la liberté d'expression.
3. L'objet que poursuivait le législateur en adoptant les articles 248 et 249 et les articles du Règlement était

d'interdire un contenu particulier d'une expression (ou d'une forme d'expression) au nom de la protection des enfants.

La Cour conclut donc que les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* imposent effectivement une restriction aux dispositions des chartes qui garantissent la liberté d'expression.

En conséquence, ayant répondu oui à la première question, la Cour devrait ensuite passer à la question suivante et décider si cette restriction est justifiée en vertu de l'article 1 de la charte canadienne et de l'article 9.1 de la charte québécoise.

Ces dispositions permettent qu'une restriction puisse s'appliquer aux droits et libertés garantis par les chartes dans la mesure où, pour reprendre les termes de l'article 1 de la charte canadienne, cette restriction se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Des sous-questions relativement techniques ont dû être analysées par la Cour (confusion et contradiction des dispositions et pouvoir discrétionnaire attribué au juge).

Les critères

1. Le besoin doit être urgent et réel.

La préoccupation doit être urgente et réelle pour justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par les chartes.

À cet égard, la Cour a reconnu que la preuve aurait été faite que les préoccupations du législateur étaient urgentes et réelles, notamment la préoccupation « de protéger un groupe qui est particulièrement vulnérable aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité », pour reprendre les termes utilisés par la Cour. (Voir page 987 du jugement)

2. Les moyens doivent être proportionnels aux fins.

La Cour a également décidé qu'il y a un lien rationnel entre les mesures prises et l'objectif visé.

L'interdiction de la publicité destinée aux enfants a un lien rationnel avec l'objectif de protéger les enfants contre la publicité.

3. Lorsqu'une restriction est apportée à une liberté fondamentale, elle doit être de nature à porter le moins possible atteinte à cette liberté.

À cet égard, la Cour a évalué une fois de plus la preuve déposée à l'audience. Or la preuve a démontré que l'OPC avait développé des critères souples pour évaluer si une publicité était destinée aux enfants et qu'ultimement les tribunaux pourraient s'assurer que la loi est appliquée de façon à

porter une atteinte minimale à la liberté d'expression.

En conséquence, l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux enfants constituait l'atteinte minimale à la liberté d'expression qui répondait à l'objectif urgent et réel de protéger les enfants contre la manipulation qu'exerce la publicité.

4. Les effets préjudiciables de l'interdiction ne sont pas assez sévères pour l'emporter sur l'objectif urgent et réel du gouvernement.

En somme, les moyens utilisés par le législateur ont été jugés proportionnels aux fins recherchées par celui-ci. En conséquence, la Cour a conclu à la validité des dispositions attaquées.

La Cour suprême, dans ce jugement fort intéressant, a donc conclu que les articles 248 et 249 de la loi portent atteinte à la liberté d'expression garantie par les chartes, mais que cette restriction est justifiée par l'application de l'article 1 de la charte canadienne et de l'article 9.1 de la charte québécoise.

Conclusion

Il est important de constater que l'Office de la protection du consommateur a un rôle très important à jouer dans ce dossier de la publicité dans les écoles, mais puisque la *Loi sur la protection du consommateur* n'interdit pas toute forme de publicité, il ne doit pas être le seul à intervenir sur cette question.

Depuis l'adoption de la *Loi sur l'instruction publique*, le ministère de l'Éducation devra également jouer un rôle déterminant.

M^e André Allard est avocat à l'emploi de l'Office de la protection du consommateur