

LIBÉRALISER LA PUBLICITÉ DES AVOCATS: FONDEMENTS ET CONSÉQUENCES

Frédéric Charette*
Montréal

Faisant suite à l'assouplissement récent de la réglementation québécoise sur la publicité des avocats, l'auteur adopte une double perspective relativement à la publicité sur les services professionnels. Dans une perspective déontologique, on constate que la jurisprudence américaine et canadienne en matière de liberté d'expression assure une relative immunité au discours commercial des professionnels. Toutefois, dans une perspective conséquentialiste, la libéralisation amorcée par les tribunaux nord-américains reste en deçà des conclusions de l'analyse économique.

Dans la mesure où la publicité des avocats entraînera probablement une baisse des revenus globaux de la profession juridique, l'auteur s'interroge sur les motifs qui ont amené le Barreau du Québec à assouplir sa réglementation et conclut à la nécessité de poursuivre, dans l'intérêt public, les efforts de libéralisation déjà entrepris.

Following the recent relaxation of the Quebec regulations on advertising by lawyers, this article considers advertising by professionals from two perspectives. From an ethical perspective, it is concluded that judicial decisions in the United States and Canada dealing with freedom of speech confer a relatively broad immunity on commercial communication by professionals. At the same time, from the standpoint of the consequences of the change, the liberalization begun by North American courts falls short of the conclusions reached through economic analysis.

To the extent that advertising by lawyers will probably result in global lowering of the income of the legal profession, the article considers why the Quebec Bar relaxed its regulations and concludes that it is necessary, in the public interest, to continue the efforts at relaxation already undertaken.

Introduction

L'unique garantie des citoyens contre l'arbitraire,
c'est la publicité.

Benjamin Constant

Les avocats québécois peuvent désormais s'adonner pleinement au jeu médiatique. En effet, de nouvelles dispositions gouvernant la publicité des

* Frédéric Charette, du Barreau du Québec, Montréal, Québec.

J'aimerais remercier les professeurs Jacques Frémont, José Woehrling et Ejan Mackaay de la Faculté de droit de l'Université de Montréal: le premier pour m'avoir suggéré le thème de cet article; le second pour avoir bien voulu réviser la première partie du texte en dépit d'un horaire chargé; le troisième, enfin, pour ses commentaires sur l'ensemble du texte et son appui constant. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma plus sincère gratitude.

avocats sont entrées en vigueur le 7 novembre 1991. Ce règlement, d'une facture très libérale, remplace le vétuste *Règlement sur la publicité des avocats*¹ et fait suite à l'important jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Rocket c. Collège Royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*.² Dorénavant, les avocats pourront recourir à la publicité pour faire connaître leurs tarifs. Il sera possible de faire appel à la publicité télévisée et radiophonique en plus des annonces imprimées. Les restrictions quant au format de la publicité sont purement et simplement abolies et, quant au contenu de la publicité, celui-ci doit tout simplement ne pas être trompeur ou susceptible d'induire en erreur. De la même façon, les restrictions à l'affichage extérieur sont complètement levées.

Cette libéralisation, pour radicale qu'elle soit, ne lève pas tous les interdicts. Certaines formes de sollicitation, qui peuvent être assimilées à de la publicité, sont toujours prohibées. Ainsi, les avocats ne peuvent:³

... rechercher, dans le but de les représenter, des personnes qui pourraient exercer des réclamations en justice; ... payer des agents ou démarcheurs pour obtenir des mandats; ... pactiser de quelque manière que ce soit avec toute personne pour se procurer des clients ou des affaires. ...

Par exemple, un avocat ne peut organiser une distribution systématique de sa carte professionnelle, que ce soit par le biais d'une tierce personne, un policier ou un gérant de Caisse populaire, ou par correspondance.

L'histoire des interdicts en matière de publicité des avocats remonte aux premiers jours du Barreau d'Angleterre, alors composé en grande partie de jeunes gens fortunés dont le train de vie ne dépendait aucunement de leurs revenus professionnels.⁴ Ces avocats formaient une confrérie de haute volée dont l'intimité les conduisait à se vouloir distincts des "vulgaires" commerçants et à répugner à toute concurrence pouvant exister entre eux. Aussi la pratique anglaise consistait-elle à prohiber très sévèrement toute forme de recherche de clientèle.⁵ Cette prohibition englobait trois types de fautes professionnelles: la publicité, la sollicitation et l'attraction déloyale

¹ *Règlement modifiant le Code de déontologie des avocats* (1991), 123 G.O. II, 5802, art. 5: "Le présent règlement remplace le Règlement sur la publicité des avocats (R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 11)".

² [1990] 2 R.C.S. 232.

³ *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 4.02.01, l) à n).

⁴ J'emprunte l'essentiel de ce récit à J. B. Attanasio, *Lawyer Advertising in England and the United States* (1984), 32 Am. J. of Comparative Law 493 et à D.D. Hill, *Deconstructing the Prophylactic Ban On Lawyer Solicitation* (1989), 62 Temple L.R. 875.

⁵ L'anglais emploie le mot "touting" qui s'approche plus de "raccolage" que de "sollicitation".

de clientèle.⁶ La solide réputation d'un avocat devait être sa seule publicité. L'avocat n'avait pas à aller au devant du client, mais le laisser venir à lui.

Cette tradition s'est perpétuée à travers tout le Commonwealth et fut même codifiée aux États-Unis en 1908.⁷ Toutefois, les années soixante-dix connurent des changements radicaux. Au Royaume-Uni, La *Monopolies and Mergers Commission* concluait, en 1976, que la traditionnelle mise au ban de la publicité des avocats heurtait l'intérêt public.⁸ La même année, la Cour suprême des États-Unis invalidait une loi de l'État de Virginie qui interdisait aux pharmaciens de faire la publicité des prix des médicaments.⁹ L'année suivante, la même Cour accordait à deux membres du Barreau de l'État d'Arizona la protection du premier amendement pour la publicité des prix de services juridiques de routine (divorces et adoptions non contestés, faillites simples).¹⁰ En 1978, le Barreau du Manitoba devint la première société d'avocats au Canada à relaxer considérablement les restrictions à la publicité de ses membres.¹¹ La tradition ne résistait plus aux assauts d'une société avide d'information.

Ce besoin d'information ne se satisfait pas gratuitement. Tout consommateur a intérêt à diminuer les coûts qu'entraîne la recherche d'informations. Les entreprises qui répondent à ce besoin par le biais de la publicité permettent au consommateur de faire un choix plus éclairé à un moindre coût. Les solutions à dégager en matière de publicité des avocats intéressent donc la quasi-totalité des justiciables et commandent des conséquences économiques importantes.

La publicité permet de signaler à l'attention d'un client potentiel un problème juridique dont il ignorait jusqu'alors l'existence ou de dissiper certaines croyances non fondées qui l'avaient jusque-là retenu de rechercher un avis juridique. Un sondage réalisé en 1974 par l'*American Bar Association* a révélé que les gens ne consultent pas

⁶ B.G. Smith, *Professional Conduct for Canadian Lawyers* (1989), pp. 73-74: "Mark M. Orkin Q.C. points out that the former English rule considered three classes of advertising as professional offences: touting (soliciting custom importunately such as by 'ambulance chasing'), advertising, and attracting business unfairly (such as by undercutting fees)".

⁷ À l'article 27 du Code of Professional Responsibility de l'*American Bar Association*: voir Hill, *loc. cit.*, note 4, aux pp. 878-879.

⁸ A.J. Hudec et M.J. Trebilcock, *Lawyer Advertising and the Supply of Information in the Market for Legal Services* (1982), 20 U.W.O.L.R. 53, at p. 56: "In the United Kingdom, the Monopolies and Mergers Commission concluded, in a recent report ... that traditional restrictions on lawyer advertising are against the public interest."

⁹ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens' Consumer Council*, 425 U.S. 748, 96 S. Ct. 1817 (1976); voir *infra*, à la p. 517.

¹⁰ *Bates and O'Steen v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350, 97 S. Ct. 2691 (1977); voir *infra*, à la p. 518.

¹¹ Hudec et Trebilcock, *loc. cit.*, note 8, à la p. 57.

les avocats parce qu'ils n'ont aucun moyen de savoir lequel est compétent pour résoudre leur problème particulier.¹² Le client sera désormais mieux informé de ses droits et plus apte à choisir l'avocat dont les services correspondent le mieux à ses besoins.¹³ En effet, non seulement les consommateurs méconnaissent-ils les services offerts par les avocats, mais encore ignorent-ils les tarifs. Et cette ignorance ne touche pas que le public en général. Selon Hudec et Trebilcock, une partie substantielle des clients qui ont recours à un avocat n'ont aucune idée du coût des services retenus avant que la note ne leur soit présentée.¹⁴ La connaissance des prix des services juridiques, *avant* que ne soit fait le choix de l'avocat, assurera une décision beaucoup plus éclairée qu'elle n'a pu l'être sous le régime de prohibition.

Quatre instruments, un de nature légale et trois de nature constitutionnelle, permettent d'asseoir le droit du public au minimum d'information nécessaire à un choix éclairé. Ce sont, respectivement, les entraves à la concurrence, le droit à l'assistance d'un avocat, l'égalité d'accès à la justice et la liberté d'expression.

Le recours purement légal repose sur la *Loi sur la concurrence*.¹⁵ La Commission chargée de l'application de la loi a déclaré que les corporations professionnelles n'en étaient pas exemptes et a fait savoir qu'elle

¹² L.J. Behar, *Caveat emptor: The case of advertising in the legal profession in Quebec* (1977), 37 R. du B. 411, à la p. 440: "In a 1974 survey commissioned by the American Bar Association, 2,064 individuals were presented the following statement:

16) A lot of people do not go to lawyers because they have no way of knowing which lawyer is competent to handle their particular problem.

A high majority of 79.2% agreed with the statement whereas a bare 15.8% were in disagreement with it."

¹³ C'est la conviction que partagent notamment R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (2d ed., 1973), p. 347; J. Margolis, *Regulation of Advertising and Soliciting by the Legal Profession* (1978), 12 U.B.C.L.R. 102, à la p. 123; V.L. John, *Légal Advertising: A Matter of Ethics* (1977), 11 Law Soc. Gaz. 206, à la p. 211. Ce dernier adopte un style plutôt polémique qui ne va pas sans éclat: "Our present protective programme of advertising is grossly inadequate and the public which we serve is crying out for more information. If we lawyers deny them, then where is our ethics, our integrity, our accessibility?"

¹⁴ *Loc. cit.*, note 8, à la p. 60.

¹⁵ L.R.C. (1985), c. C-34. (Ancienne appellation: *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, titre intégral: *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), c. 19 (2^e supp.), art. 18. Titre abrégé: art. 19). Cette loi a subi de nombreuses modifications: *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, L.R.C. (1985), c. 27 (1^{er} supp.), art. 187 et 189 (art. 22(2) abrogé et remplacé; art. 58(3) mod. par adjonction); *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), c. 19 (2^e supp.), art. 18 à 45. *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, L.R.C. (1985), c. 34 (3^e supp.), art. 8 (art. 34(3) ab. et remp.); *Loi corrective de 1987*, L.R.C. (1985), c. 1 (4^e supp.), art. 11 (arts. 36(1)(b), 36(2), 36(4)(b), ab. et remp.); *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.R.C. (1985), c. 10 (4^e supp.), art. 18 (art. 32 ab. et remp.).

favorisait nettement une déréglementation des professions.¹⁶ Ces déclarations faisaient suite aux modifications qui étendaient très explicitement la portée de la loi aux services professionnels. Ces modifications furent rendues nécessaires après qu'un arrêt de la Cour suprême dans *Jabour*¹⁷ eut rendu les dispositions de l'ancienne *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* inapplicables aux corporations professionnelles. Aux États-Unis, la Cour suprême a estimé que la profession juridique ne saurait être exemptée de l'application de la loi anti-trust et que même si le succès d'un professionnel ne se mesure pas à l'aune de ses profits, celui-ci n'en demeure pas moins engagé dans le commerce et les échanges au sens de la loi américaine.¹⁸

La *Loi sur la concurrence* permettrait sans doute d'attaquer efficacement deux types de règlements professionnels: la fixation de tarifs *minima* et les entraves à la publicité. L'on peut distinguer, pour ces dernières, les restrictions destinées à empêcher la seule promotion induite de celles qui gênent la circulation de l'information. L'alinéa 45(3)f) de la loi pourrait justifier que les premières échappent à l'invalidation.¹⁹ Mais l'interdiction de la publicité destinée à faire parvenir au client potentiel une information véridique serait sans doute considérée comme un accord visant à réduire la concurrence à l'égard des prix et des marchés.²⁰

Toutefois, la *Loi sur la concurrence* pose des problèmes de constitutionnalité en regard du partage des compétences. En effet, c'est la compétence fédérale en matière de droit criminel qui, traditionnellement, sert de fondement à la législation fédérale en matière de pratiques restrictives du commerce. Il apparaîtrait donc nécessaire de réconcilier cette loi et le pouvoir réglementaire valablement octroyé par une loi provinciale à une corporation professionnelle. Ce genre de problèmes étant toujours particulièrement délicat à régler, il paraît plus sûr de s'en remettre aux dispositions constitutionnelles.

Le droit à l'assistance d'un avocat est garanti à l'alinéa 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹ et aux articles 29 et 34 de la

¹⁶ C. May, *Are Law Societies Out of Touch?* (1989), 13 Can. Lawyer 6:22, à la p. 22: "[Calvin] Goldman [high-profile director of investigations for Ottawa's Bureau of Competition Policy] cautioned his audience that law societies and other self-regulating bodies should not 'wittingly or unwittingly' adopt practices in the future that illegally impair competition, adding that the bureau favours less, not more, regulation of professions."

¹⁷ *Procureur général du Canada c. Law Society of B.C.*, [1982] 2 R.C.S. 307.

¹⁸ *Goldfarb c. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773, 95 S. Ct. 2004 (1975). Voir aussi Behar, *loc. cit.*, note 12, à la p. 442 et G.F. Henderson, *Advertising and Professional Fees Under the Combines Investigation Act*, dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1977), p. 411, à la p. 415.

¹⁹ *Supra*, note 15, art. 45(3)f): "...le tribunal ne peut déclarer l'accusé coupable si ... l'accord ... se rattache exclusivement à ... la restriction de la réclame ou de la promotion..."

²⁰ *Ibid.*, arts. 45(1)b) et d) et 45(4)a) et c).

²¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* (annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11) (ci-après citée la *Charte* ou la *Charte canadienne*).

*Charte des droits et libertés de la personne.*²² Si les tribunaux sont relativement prompts à reconnaître ce droit à un accusé dépourvu des moyens de se faire assister, aucune décision n'a étendu ce droit jusqu'à y inclure l'obligation de fournir à tout citoyen l'information nécessaire au choix de l'avocat dont les services seront adéquats.

L'autre avenue envisagée par ceux qui appuient une libéralisation de la publicité sur les services juridiques repose sur la conjonction des articles 7 et 15 de la Charte. La combinaison des principes de justice fondamentale à la garantie d'égalité dans la loi permettrait de dégager un droit à un accès égal à la justice. Tous les citoyens ne disposant pas d'une quantité égale d'information leur permettant de choisir un avocat qui convienne à leur situation particulière, la levée des restrictions pesant sur la publicité s'impose. Toutefois, quoique la piste soit intéressante, elle demeure marginale et relativement inexplorée.²³

Le débat sur la liberté d'expression commerciale — puisque c'est à cela que renvoient les restrictions à la publicité des avocats — s'articule communément autour de l'affrontement de deux conceptions: l'une, restrictive, conçoit la liberté d'expression comme un outil strictement politique destiné à garantir le bon fonctionnement d'une démocratie; l'autre, libérale, y voit un instrument visant à garantir la libre circulation de l'information de manière à permettre aux individus de procéder à des choix éclairés en toutes matières qui les concernent.²⁴ Or, l'accumulation de décisions judiciaires optant pour la position libérale tend à renverser la tradition restrictive, aux États-Unis comme au Canada.²⁵

Ce renversement supporte une certaine conception du libéralisme économique, opposée à l'intervention de l'État lorsqu'il ne s'agit pas purement de faire respecter les contrats et d'assurer la défense du pays. Or, le paradoxe du libéralisme économique en matière de publicité, c'est que la protection de la libre concurrence et de la liberté d'expression passe nécessairement par une intervention active du législateur, dès lors que ce sont des individus ou des regroupements d'individus qui menacent ces valeurs en forgeant des accords dont ils tireront bénéfice au détriment d'une partie de la population.

Dans un tel contexte, il est difficile de faire prévaloir les questions de politique sociale sur les questions proprement juridiques, ou inversement.

²² L.R.Q., c. C-12 (ci-après citée la Charte québécoise).

²³ Voir Margolis, *loc. cit.*, note 13, à la p. 110.

²⁴ Une autre position, celle de Milton, conçoit la liberté d'expression comme un processus de découverte de la vérité, via un marché d'idées; voir Areopagitica, A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing (1644), in *Prose Writings* (Everyman ed., 1927), pp. 23-28. Position intermédiaire, elle est rarement retenue par les tribunaux; voir *infra*, à la p. 516.

²⁵ *Infra*, aux pp. 518 et seq.

Il ne s'agit pas seulement d'apprécier si la réglementation est justifiée en regard de considérations morales ou d'ordre public, ou si cette réglementation entraîne des coûts indus pour la majeure partie de la population, indépendamment des considérations morales. Comme le souligne Randy Barnett, les perspectives déontologique et conséquentialiste ne sont pas systématiquement irréductibles, et aucune ne doit, *a priori*, primer l'autre.²⁶ Il convient de procéder à ces deux analyses avant d'en comparer les résultats: c'est une approche dite *compatibilist*.²⁷

La réglementation en matière de publicité sur les services juridiques doit donc être envisagée selon une double perspective. Dans un premier temps, on devra répondre aux questions suivantes: la prohibition de certaines pratiques publicitaires peut-elle se justifier en regard de considérations morales ou d'ordre public? La protection du consommateur de services juridiques doit-elle l'emporter sur la liberté d'expression? À quelle conception de la liberté d'expression doit-on s'arrêter? L'expérience américaine sous le premier amendement est-elle pertinente? Les récents arrêts en matière de publicité d'autres services professionnels, et notamment dans l'affaire *Rocket*,²⁸ sont-ils applicables aux services juridiques? Bref, la perspective déontologique s'intéresse à la protection accordée à la publicité des avocats sous la liberté d'expression (I). Dans un deuxième temps, il conviendra d'estimer les conséquences d'une libéralisation de la publicité des avocats. Quel est l'impact sur les prix, la qualité des services et l'administration de la justice? L'anticipation des conséquences contredit-elle ou confirme-t-elle la perspective déontologique? C'est la perspective conséquentialiste (II).

I. La Perspective Déontologique

La jurisprudence canadienne sur la liberté d'expression connaît une effervescence croissante. Les tribunaux sont assiégés de recours leur demandant de reconnaître tel comportement ou d'invalider telle loi. Qu'il s'agisse de la moralité publique (la prostitution, la pornographie et l'obscénité, la propagande haineuse et le libelle diffamatoire), de l'administration de la justice (l'accès aux tribunaux, les ordonnances de non-publication, l'outrage au tribunal), du discours politique (la publicité électorale, les contributions aux partis politiques, l'activité publique des fonctionnaires), des relations de travail (le piquetage et le droit de grève, les sentences arbitrales) ou du discours commercial (l'étiquetage, le contenu des émissions télévisées et radiodiffusées, les codes de déontologie et la publicité), tout devient matière à contestation. Devant cette avalanche de litiges, les tribunaux

²⁶ R. Barnett, Foreword: Of Chickens and Eggs—The Compatibility of Moral Rights and Consequentialist Analyses (1989), 12 Harvard Journal of Law & Public Policy 611, à la p. 613.

²⁷ *Ibid.*, à la p. 615.

²⁸ *Supra*, note 2.

n'ont pas hésité à s'inspirer de la jurisprudence américaine au moment de rendre leurs décisions. Quoiqu'elle n'ait aucune force obligatoire, l'expérience américaine, vieille de deux cents ans, est riche d'enseignements. C'est pourquoi il convient d'aborder la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis en matière de publicité des avocats (A) avant d'étudier les développements judiciaires canadiens en ce domaine (B).

A. L'expérience américaine

Malgré la vigueur du libéralisme américain, le discours commercial n'a pas toujours bénéficié de la protection du premier amendement. Un vaste débat, tenu sur une période de plus de trente ans, a tenté de cerner les fondements de la liberté de parole afin de dégager un point d'appui pour la jurisprudence. Les tribunaux américains furent longtemps divisés sur cette question. Ce n'est qu'en 1976 que la Cour suprême des États-Unis prend, semble-t-il, une position définitive. L'arrêt *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens' Consumer Council*²⁹ constitue le point de départ de la vague de libéralisation que connaît encore aujourd'hui le monde juridique américain. Toutefois, dans l'affaire *Posadas de Puerto Rico Associates c. Tourism Co.*,³⁰ la même cour nie les principes posés dix ans plus tôt. Il semble donc opportun d'étudier, d'une part, tels qu'ils furent dégagés par la doctrine et la jurisprudence américaines, les fondements de la liberté de parole (1) et, d'autre part, les arrêts de la Cour suprême des États-Unis qui traitent de la portée du premier amendement en matière de publicité des avocats (2).

1. Les fondements de la liberté de parole

La liberté de parole procède, historiquement, d'un contrat. Le Roi, dans l'Angleterre du dix-huitième siècle, accepte de donner la parole aux représentants du royaume (le militaire, le prêtre et le plébéien), en échange de leur consentement à payer l'impôt, d'où l'adage "*No taxation without representation*". C'est le contrat qui sera enchâssé dans la Constitution américaine de 1789. Toutefois, les rapports de force y seront inversés. Désormais, et contrairement à la Charte canadienne, c'est le peuple américain qui donne à l'État le privilège de limiter à certaines conditions et en certaines circonstances la liberté de parole des citoyens.³¹

Cette conception de la liberté issue de la démocratie sera développée en 1948 par Meiklejohn.³² La liberté de parole ne serait selon lui, écrit Duplé, "que la conséquence du principe de base du système politique

²⁹ *Supra*, note 9.

³⁰ 478 U.S. 328, 106 S. Ct. 2968 (1986).

³¹ Dans la Charte canadienne, c'est l'État qui garantit des droits, des libertés et des privilèges aux citoyens. Tous les pouvoirs résiduels, si l'on peut dire, lui reviennent.

³² A. Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948).

américain, soit la loi de la majorité".³³ De cela il découle que la garantie du premier amendement ne protège que le discours pouvant intéresser les citoyens en tant qu'ils sont titulaires d'un droit de vote. Le premier amendement ne couvre que le discours d'intérêt public: l'expression d'intérêts privés ne peut prétendre à aucune forme de protection constitutionnelle.³⁴ C'est cette conception d'une liberté de parole associée au bon fonctionnement démocratique qui occupera l'avant-scène de la jurisprudence américaine pendant un fort long moment.

Déjà, dans *Valentine c. Chrestensen*,³⁵ le premier véritable cas de discours commercial, la Cour suprême des États-Unis refuse d'accorder la protection du premier amendement à la publicité commerciale, même si celle-ci comporte accessoirement l'expression d'idées politiques. Un commerçant qui possède un sous-marin qu'il expose et fait visiter, distribue dans les rues de New York des tracts sur lesquels apparaissent, au recto, l'image du sous-marin et une invitation à le visiter et, au verso, une protestation contre la décision des autorités du port de lui refuser les droits de quai pour l'utilisation d'un embarcadère. La Cour, estimant que la réglementation des activités pouvant se tenir dans les rues relève exclusivement du jugement du législateur, conclut qu'elle ne doit pas permettre que la seule évocation d'une "platitude morale" suffise à garantir aux marchands la liberté de faire de la publicité.³⁶ En somme, si l'État ne peut indûment porter atteinte à la liberté de parole, une telle retenue ne s'impose pas lorsque le message est de nature purement commerciale.

Une position intermédiaire sur le sens à donner à la liberté de parole s'appuie sur le concept d'un *market of ideas* développé par Milton.³⁷ Dans cette lignée, Chafee soutient que le premier amendement protège deux sortes d'intérêt:³⁸

There is an individual interest, the need of many men to express their opinions on matters vital to them if life is to be worth living, and a social interest in the attainment of truth, so that the country may not only adopt the wisest course of action but carry it out in the wisest way.

Cette thèse, plus méconnue, a néanmoins trouvé un certain appui dans la jurisprudence américaine, notamment dans l'affaire *Abrams c. United States*.³⁹ Pareille conception, quoiqu'elle ne se retrouve pas dans les litiges

³³ N. Duplé, *Les libertés d'opinion et d'expression: nature et limites* (1987), 21 R.J.T. 541, à la p. 556.

³⁴ Meiklejohn, *op. cit.*, note 32, p. 94.

³⁵ 316 U.S. 52, 62 S. Ct. 920 (1942).

³⁶ *Ibid.*, à la p. 53 (U.S.).

³⁷ *Op. cit.*, note 24.

³⁸ Z. Chafee, *Freedom of Speech* (1921), extrait tiré de M.A. et R.K. Franklin (dir.), *The First Amendment and the Fourth Estate* (1977), pp. 69-70.

³⁹ 250 U.S. 616, à la p. 630 (1919), le juge Holmes dissident: "... the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best of truth is the power of thought to get itself accepted in the competition of the market."

portant sur le discours commercial, eut sans doute permis d'étendre la portée du premier amendement au-delà des frontières définies par la Cour suprême dans *Valentine*.

Sans exclure les finalités démocratique et sociale de la liberté de parole, Emerson soutient toutefois qu'elle doit servir d'abord une finalité individuelle d'accomplissement de soi.⁴⁰

The proper end of man is the realization of his character and potentialities as a human being. For the achievement of this self-realization the mind must be free. Hence suppression of belief, opinion, or other expression is an affront to the dignity of man, a negation of man's essential nature.

Ainsi, il ne serait pas possible d'opérer une distinction viable entre le discours commercial et un autre type de discours, même politique, si tous deux participent de l'une des finalités énumérées. Comme le souligne très justement Archambault, le discours commercial suggère l'adoption de comportements et d'attitudes qui n'ont rien à envier à la substance de messages politiques, artistiques ou religieux.⁴¹

En 1976, dans l'affaire *Virginia State Board of Pharmacy c. Virginia Citizens Consumer Council*,⁴² la Cour suprême abandonne le clivage opposant le message commercial au message d'intérêt public. Une loi de l'État de Virginie frappe d'inconduite professionnelle tout pharmacien qui fait la publicité du prix des médicaments ne pouvant s'obtenir que sur ordonnance. La loi est contestée par un groupe de consommateurs. Ce groupe argue que le premier amendement donne le droit de recevoir l'information que les pharmaciens désirent communiquer à ses membres.

Cet arrêt, même s'il n'accorde toujours au discours médical qu'une protection minimale, fait désormais reposer sur la liberté de parole le droit du citoyen à la libre circulation de l'information. La Cour estime que dans une économie de marché, la répartition des ressources doit se faire nécessairement par le biais de décisions économiques et qu'il importe, dans l'intérêt public, "*that those decisions, in the aggregate, be intelligent and well informed. To this end, the free flow of commercial information is*

⁴⁰ T.I. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, dans Franklin (dir.), *op. cit.*, note 38, p. 42, à la p. 42. Voir aussi T.I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment* (1962-63), 72 Yale L.J. 877, à la p. 878:

The values sought by society in protecting the right of freedom of expression may be grouped into four broad categories. Maintenance of a system of free expression is necessary (1) as assuring individual self-fulfillment, (2) as a means of attaining the truth, (3) as a method of securing participation by the members of the society in social, including political, decision-making, and (4) as maintaining the balance between stability and change in society.

⁴¹ J.-D. Archambault, *Le droit à la liberté d'expression commerciale*, dans *La vérité et le droit des personnes: aspects nouveaux* (1986), p. 5.

⁴² *Supra*, note 9.

indispensable".⁴³ C'est dans un tel contexte que s'amorce le débat sur la publicité des avocats.

2. La portée du premier amendement en matière de publicité des avocats

Un an après avoir rendu sa décision dans l'affaire *Virginia Pharmacy*, la Cour, majoritaire à six contre trois, accorde la protection du premier amendement à la publicité commerciale sur les services juridiques. Dans l'affaire *Bates and O'Steen c. State Bar of Arizona*,⁴⁴ deux avocats désirent offrir à des personnes aux revenus modestes certains services juridiques simples, pour lesquels ils peuvent annoncer un prix fixe. Ils placent une annonce dans un journal de Phoenix afin d'attirer un nombre suffisant de clients pour assurer la viabilité de leur pratique. Toutefois, cette annonce s'avère une atteinte flagrante à la règle de conduite qui ne permet pour toute publicité que la mention d'éléments biographiques dans un bottin d'avocats.⁴⁵

La Cour se limite dans cet arrêt à poser la garantie constitutionnelle permettant aux avocats de rendre public les prix de services juridiques de routine.⁴⁶ Cette retenue ne l'empêche pas de rejeter un à un les principaux arguments traditionnellement invoqués à l'encontre de la publicité des avocats.⁴⁷ Quoiqu'elle admette la nécessité d'une réglementation destinée à prévenir la fraude, la Cour estime que le public ne peut que bénéficier d'un apport supplémentaire d'information et reconnaît la valeur de celle-ci pour le consommateur.

Toutefois, dans un contexte de sollicitation de personne à personne, la même Cour estime que les risques d'abus surpassent les bénéfices pouvant résulter d'une telle conduite et que, par conséquent, les autorités investies des pouvoirs réglementaires sont tout à fait justifiées d'adopter des mesures préventives. Dans *Ohralik v. Ohio State Bar Association*,⁴⁸ un avocat apprend que deux jeunes filles sont blessées dans un accident d'automobile. Ohralik se rend au chevet de la conductrice de dix-huit ans et obtient d'elle, deux jours plus tard et après qu'elle eut consulté ses parents, sa signature au

⁴³ *Ibid.*, aux pp. 765 (U.S.), 1827 (S.Ct.).

⁴⁴ *Supra*, note 10.

⁴⁵ *Ibid.*, aux pp. 355 (U.S.), 2694 (S.Ct.).

⁴⁶ *Ibid.*, aux pp. 367-368 (U.S.), 2701 (S.Ct.).

⁴⁷ Et notamment l'incompatibilité du commerce avec la profession, (*ibid.*, aux pp. 368 (U.S.), 2701 (S.Ct.)); le caractère essentiellement trompeur de la publicité des avocats (*ibid.*, aux pp. 372 (U.S.), 2703 (S.Ct.)); l'impact négatif sur l'administration de la justice (*ibid.*, aux pp. 375 (U.S.), 2705 (S.Ct.)); les effets économiques indésirables (*ibid.*, aux pp. 377-378 (U.S.), 2705-2706 (S.Ct.)); la baisse de qualité des services (*ibid.*, aux pp. 378 (U.S.), 2706 (S.Ct.)); et la difficulté d'assurer le respect de la réglementation autrement que par une prohibition unilatérale et complète (*ibid.*, aux pp. 379 (U.S.), 2706-2707 (S.Ct.)).

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

bas d'une entente prévoyant la remise du tiers des réclamations à l'avocat. Celui-ci se rend alors au chevet de la passagère, mineure, l'informe qu'il représente la conductrice et que la police d'assurance de celle-ci pourrait possiblement l'indemniser. Elle consent oralement à un contrat du même genre que sa consoeur d'infortune. Ultérieurement, les deux jeunes filles tentent de résilier leurs contrats. Ohralik insiste sur la force obligatoire de ceux-ci et poursuit la conductrice en inexécution. Celle-ci, finalement, paie. Puis, toutes deux portent plainte devant le comité des griefs du comté.⁴⁹

Bien qu'elle reconnaisse qu'une certaine part de la sollicitation conduite par Ohralik serve à transmettre de l'information, la Cour refuse de traiter les deux situations de façon identique. Parce que la sollicitation de personne à personne exige virtuellement une réponse immédiate sans qu'il soit possible de réfléchir à l'offre ou de la comparer, la Cour estime que ce type de sollicitation ne mérite pas la protection accordée à la publicité proprement dite.⁵⁰ C'est dire que la prohibition pure et simple de ce type de publicité est possible en l'absence même de toute justification.⁵¹

L'affaire *In re Primus*,⁵² le pendant de Ohralik et rendue le même jour, limite la portée de ce dernier arrêt. Une avocate de la Caroline du Sud, militante au sein de l'*American Civil Liberties Union* (ACLU), rend un avis juridique à un groupe de femmes qui, pour continuer de percevoir des paiements d'aide sociale, devaient subir une intervention destinée à les rendre stériles. En contravention des règles interdisant d'accepter un contrat faisant suite à un avis juridique non sollicité, Primus fait parvenir à l'une des femmes une lettre dans laquelle elle lui offre gratuitement ses services.⁵³

La Cour suprême renverse les sanctions disciplinaires prises contre l'avocate. Elle estime que la sollicitation de clients potentiels par un organisme à but non lucratif pour qui le recours à la justice n'est jamais qu'une forme d'expression politique requiert la protection du premier amendement.⁵⁴ À la différence de Ohralik, Primus ne cherchait pas un gain pécuniaire. Son action était plutôt destinée à exprimer ses convictions personnelles et à promouvoir la cause de l'ACLU. Désormais, la sollicitation qui ne vise pas le profit doit, dans les faits, être inconvenante avant que des sanctions puissent être imposées.⁵⁵

⁴⁹ *Ibid.*, aux pp. 449-452 (U.S.), 1915-1917 (S.Ct.).

⁵⁰ *Ibid.*, aux pp. 457-458 (U.S.), 1919 (S.Ct.).

⁵¹ *Ibid.*, aux pp. 468 (U.S.), 1925 (S.Ct.).

⁵² 436 U.S. 412, 98 S. Ct. 1893 (1978).

⁵³ *Ibid.*, aux pp. 416-417 (U.S.), 1896-1897 (S.Ct.).

⁵⁴ *Ibid.*, aux pp. 427-431 (U.S.), 1902-1904 (S.Ct.).

⁵⁵ *Ibid.*, aux pp. 434 (U.S.), 1906 (S.Ct.).

Quatre ans plus tard, la réglementation sur le contenu de la publicité des avocats est également contestée. Dans l'affaire *In re R.M.J.*,⁵⁶ la Cour est d'avis que les États ne peuvent limiter le contenu de la publicité des avocats à la publication de leurs noms, coordonnées et champs de concentration de pratique.⁵⁷ La publicité en cause ne différerait que très légèrement, et quant à la forme seulement, de celle permise par la règle de la Cour suprême de l'État du Missouri. Par exemple, les champs de pratique se lisaient "*personal injury*" et "*real estate*" plutôt que, respectivement, "*tort law*" et "*property law*" comme l'exigeait le règlement.⁵⁸

La Cour convient unanimement que les champs de pratique tels qu'annoncés en l'espèce ne constituaient pas de la publicité trompeuse et que l'État avait failli à démontrer un intérêt suffisant pouvant justifier pareille interdiction.⁵⁹ Les mêmes motifs ont permis d'invalidiser les dispositions du règlement qui prohibaient l'identification des juridictions où un avocat détenait un permis de pratique.

En 1985, dans l'affaire *Zauderer c. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*,⁶⁰ la Cour juge qu'une annonce publiée dans les journaux et qui offre de résoudre le problème spécifique d'une clientèle particulière ne constitue pas de la sollicitation interdite mais bien une publicité protégée par le premier amendement.⁶¹ En l'espèce, il s'agit d'un avocat de l'Ohio qui offrait, notamment, ses services aux personnes accusées de conduite en état d'ébriété et sans frais si la défense s'avérait infructueuse. La Cour a refusé d'assimiler ce type d'offre à celui mis en preuve dans *Ohralik*. Selon elle, la publicité imprimée n'a pas la force ni l'influence d'un avocat rompu au jeu de la persuasion.⁶²

Enfin, dans *Shapero v. Kentucky Bar Association*,⁶³ la Cour suprême, majoritaire à six contre trois, conclut que le premier amendement ne permet pas aux États d'interdire à un avocat de rechercher des occasions d'affaires en envoyant des lettres dont le contenu est véridique à des gens auxquels se posent des problèmes légaux particuliers.⁶⁴ Shapero, un avocat membre du Barreau du Kentucky, demande que soit approuvée la lettre qu'il entend poster à des clients

⁵⁶ 455 U.S. 191, 102 S. Ct. 929 (1982).

⁵⁷ *Ibid.*, aux pp. 207 (U.S.), 939 (S.Ct.).

⁵⁸ *Ibid.*, aux pp. 195 (U.S.), 933 (S.Ct.).

⁵⁹ *Ibid.*, aux pp. 205 (U.S.), 938 (S.Ct.).

⁶⁰ 471 U.S. 626, 105 S. Ct. 2265 (1985).

⁶¹ *Ibid.*, aux pp. 646 (U.S.), 2279 (S.Ct.).

⁶² *Ibid.*, aux pp. 641-642 (U.S.), 2276-2277 (S.Ct.).

⁶³ 486 U.S. 466, 108 S. Ct. 1916 (1988).

⁶⁴ *Ibid.*, aux pp. 479 (U.S.), 1924 (S.Ct.).

potentiels.⁶⁵ La Commission chargée d'étudier la demande, quoiqu'elle ne trouve rien à redire à la lettre, refuse l'approbation parce que la règle posée alors par la Cour suprême du Kentucky interdisait toute publicité inspirée par une situation ou un événement particulier.

La Cour suprême refuse l'argument selon lequel la lettre doit être rejetée parce qu'elle s'adresse seulement à des personnes ayant un besoin juridique précis plutôt qu'au public en général. La Cour estime que les avocats ne font de la publicité que précisément pour rejoindre les gens qui ont un besoin immédiat de services juridiques. En conséquence, la Cour soutient que le premier amendement ne permet pas d'apporter des restrictions à certaines formes de discours, uniquement parce qu'elles sont plus efficaces.⁶⁶ De plus, la sollicitation par correspondance ne présente pas plus de risques d'influence indue que la publicité proprement dite.⁶⁷

Les décisions de la Cour suprême des États-Unis portant sur la publicité des avocats présentent, depuis le revirement de l'affaire *Virginia Pharmacy*, une remarquable cohérence. L'exception demeure l'affaire *Ohralik*,⁶⁸ où la crainte de la Cour d'une influence indue de la part d'avocats sans scrupules nous apparaît sans fondement, en regard des arguments développés plus bas.⁶⁹ L'obligation faite aux avocats qui désirent opérer par le biais de la sollicitation de personne à personne de divulguer un certain nombre

⁶⁵ *Ibid.*, aux pp. 469 (U.S.), 1919 (S.Ct.). La lettre se lisait comme suit:

It has come to my attention that your home is being foreclosed on. If this is true, you may be about to lose your home. Federal law may allow you to keep your home by *ORDERING* your creditors to *STOP* and give you more time to pay them.

You may call my office anytime from 8:30 a.m. to 5:00 p.m. for *FREE* information on how you can keep your home.

Call *NOW*, don't wait. It may surprise you what I may be able to do for you. Just call and tell me that you got this letter. Remember it is *FREE*, there is *NO* charge for calling.

⁶⁶ *Ibid.*, aux pp. 472-474 (U.S.), 1921-1922 (S.Ct.).

⁶⁷ *Ibid.*, aux pp. 474-476 (U.S.), 1922-1923 (S.Ct.).

⁶⁸ Dans le champ plus large du discours commercial, une décision récente, *Posadas de Puerto Rico Associates c. Tourism Co.*, *supra*, note 30, a refusé d'accorder la protection du premier amendement à un casino, légalement établi, à qui il était interdit de faire de la publicité destinée aux résidents. C'est la première fois depuis 1976 que la Cour suprême des États-Unis permettait à une législature de prohiber la diffusion d'information véridique à propos d'une activité légale qu'elle considère néfaste. Selon la Cour, *ibid.*, aux pp. 345-346 (U.S.), 2979 (S.Ct.), "the greater power to completely ban casino gambling necessarily includes the lesser power to ban advertising of casino gambling". Cet arrêt a subi la critique virulente de la doctrine américaine. Voir notamment D.E. Lively, *The Supreme Court and Commercial Speech: New Words With an Old Message* (1987-88), 72 Minn. L.R. 289; P.B. Kurland, *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company*: 'Twas Strange, 'Twas Passing Strange; 'Twas Pitiful, 'Twas Wondrous Pitiful, [1986] Sup. Ct. Rev. 1.

⁶⁹ *Infra*, à la p. 540.

d'informations et la possibilité pour le consommateur de résilier, dans une période déterminée, un contrat conclu dans de telles circonstances permettraient de solutionner les problèmes anticipés à un moindre coût pour le consommateur que la prohibition actuelle.⁷⁰

Si la Cour suprême des États-Unis a su apprécier très tôt les avantages de la libéralisation de la publicité des avocats, il n'en va pas de même au Canada, où les tribunaux ont mis beaucoup de temps à se libérer de la tradition britannique.

B. Les développements judiciaires au Canada

Les corporations professionnelles, y compris le Barreau, sont assujetties à l'autorité de la Charte canadienne. Dans l'affaire *Re Klein and Law Society of Upper Canada*,⁷¹ la Cour divisionnaire de l'Ontario soutient que l'exercice par le Barreau des pouvoirs réglementaires qui lui sont conférés par la loi tombe sous la portée de l'article 32 de la Charte.⁷² Elle s'appuie, par analogie, sur l'affaire *Jabour* qui affirme l'autorité de toute loi d'application générale sur les corporations professionnelles.⁷³ L'absence de tout renvoi à une pareille problématique et l'économie générale d'un arrêt récent de la Cour suprême du Canada permettent de penser que l'unanimité est faite à ce sujet.⁷⁴

Par ailleurs, la publicité des avocats avait déjà fait l'objet de décisions judiciaires avant l'avènement de la Charte. Quoique le poids de celles-ci dans la jurisprudence ait considérablement diminué depuis, elle n'en demeure pas moins d'excellentes illustrations de l'influence des corporations d'avocats auprès des tribunaux. À cet égard, même l'avènement de la Charte n'a pas suffi, à cette date, à entamer l'emprise du Barreau et des "*Law Societies*".

Cela est d'autant plus surprenant que d'autres corporations professionnelles n'ont pas réussi à maintenir une prohibition étendue sur la publicité

⁷⁰ À ce sujet, l'excellent article de Hill, *loc. cit.*, note 4, aux pp. 894-901.

⁷¹ (1985), 16 D.L.R. (4th) 489 (Ont. Div. Ct.).

⁷² *Ibid.*, à la p. 528. L'article 32(1) se lit comme suit: "La présente charte s'applique ... b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature."

⁷³ *Ibid.*, aux pp. 528-529: "As was said by Lord Denning M.R. ... in a passage described by Estey J. in *A.G. Can. v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. at p. 359, 137 D.L.R. (3d) 1 at p. 40, 66 C.P.R. (2d) 1 ... (the "*Jabour*" case) as being as true in Canada as it was in the United Kingdom: 'if the council of a professional body should make a rule which is in restraint of trade, it is as much subject to the law of the land as anyone else.'"

⁷⁴ La question n'est pas même soulevée et tout se déroule comme s'il s'agissait d'un point acquis dans *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591. C'est également l'opinion de J.-D. Archambault, La liberté d'expression des avocats garantie par les charges: récents développements judiciaires (1985), 45 R. du B. 329, à la p. 332: "L'assujettissement des corporations professionnelles à la Charte semble donc faire unanimité."

de leurs membres. Les tribunaux d'appel n'ont pas hésité à renverser les décisions des cours inférieures qui appuyaient l'autocratie des corporations professionnelles. Ces arrêts, rendus subséquemment à ceux traitant de la publicité des avocats, laissent entrevoir un revirement éventuel de la jurisprudence.

Cette impression est confirmée par la trilogie de la Cour suprême en matière de liberté d'expression commerciale. Fidèle à l'interprétation libérale posée dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*,⁷⁵ la Cour adopte, dans l'arrêt *Ford c. Procureur général du Québec*,⁷⁶ la position américaine et consacre la finalité d'autonomie personnelle de la liberté d'expression. La garantie de l'alinéa 2b) de la Charte s'étend à l'expression commerciale, comprend le droit de s'exprimer dans la langue de son choix et protège aussi bien les auditeurs que les orateurs. Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Devine*,⁷⁷ la Cour reconnaît toutefois que l'obligation faite par la loi d'utiliser une langue en particulier, si elle viole la liberté d'expression, est néanmoins justifiable en regard de l'article premier puisqu'il ne s'agit que d'une atteinte minime en considération de l'objectif gouvernemental. Enfin, dans *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*,⁷⁸ la Cour pose des limites implicites à l'alinéa 2b): l'activité qui est expression sans contenu ou qui transmet une signification par une forme d'expression violente ne relève pas du champ des activités protégées. En l'espèce, la publicité commerciale est protégée et l'objet des articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*,⁷⁹ qui interdisent la publicité destinée aux enfants de moins de treize ans, porte atteinte à l'alinéa 2b). Cependant, cette limite est justifiée dans la mesure où il est toujours loisible aux annonceurs d'adresser leur message aux parents, moins vulnérables que leurs enfants face au discours commercial.

On constate, à la lumière de cette trilogie, que la seule présence de l'article premier n'autorise pas à prédire le calque systématique par le plus haut tribunal du pays des décisions de son homologue américain. Afin de dégager le plus justement possible les tendances de la jurisprudence en matière de réglementation sur la publicité des avocats, il convient d'examiner successivement la jurisprudence sur la publicité des avocats (1) et la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Rocket c. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*⁸⁰ qui a suivi trois arrêts de cours d'appel sur la publicité d'autres services professionnels (2).

⁷⁵ [1984] 1 R.C.S. 357.

⁷⁶ [1988] 2 R.C.S. 712.

⁷⁷ [1988] 2 R.C.S. 790.

⁷⁸ [1989] 1 R.C.S. 927.

⁷⁹ L.R.Q., c. P.- 40.1.

⁸⁰ *Supra*, note 2.

1. *La jurisprudence portant spécifiquement sur la publicité des avocats*

En 1972, à une époque où la tradition britannique est toujours très vivace dans les moeurs juridiques, la Cour d'appel de la Saskatchewan estime qu'on ne peut qualifier la participation à une émission radiophonique, en soi, d'inconduite professionnelle. Dans l'affaire *Re Merchant and Benchers of Law Society of Saskatchewan*,⁸¹ un avocat participe sur une base régulière à une ligne ouverte. Le Comité de discipline du Barreau entend la plainte d'un membre, convoque Merchant, le reconnaît coupable d'inconduite et recommande la cessation immédiate de sa participation. Merchant porte sa cause devant la Cour du Banc de la Reine, qui confirme la décision du comité.

La Cour d'appel renverse la décision et juge que lui donner effet nierait à Merchant son droit de s'engager dans une émission radiophonique, ce qui est sans rapport avec la profession d'avocat; ce comportement échappe à la juridiction que peut prétendre exercer le Barreau sur la conduite de ses membres.⁸² Toutefois, la Cour admet qu'en-deça de cette juridiction, "*the Law Society has wide and exclusive powers*".⁸³

Dix ans plus tard, avant que la Charte n'entre en vigueur, la Cour suprême considère que la restriction apportée au droit d'un membre du Barreau de Colombie-Britannique à la liberté d'expression en matière commerciale n'invalide pas le pouvoir validement délégué au Barreau d'adopter des règles prohibant la publicité. Dans l'affaire *Jabour*,⁸⁴ un avocat publie quatre annonces dans des journaux locaux de Vancouver et installe à l'extérieur de l'immeuble où se trouve son cabinet une enseigne illuminée mesurant trois pieds de haut sur seize de long. Le Comité de discipline le reconnaît coupable de conduite indigne d'un membre et recommande une suspension de six mois.

La Cour dispose très rapidement de l'argument sur la liberté d'expression. Elle écarte tout d'abord, dans une section précédente, l'arrêt *Bates*⁸⁵ et les études américaines qui "n'ont aucune application directe en l'espèce".⁸⁶ Puis, se référant toujours à la situation américaine, la Cour écrit que "... si ce droit [à la liberté d'expression] n'est pas enchâssé hors de la portée

⁸¹ (1972), 32 D.L.R. (3d) 178 (C.A. Sask.).

⁸² *Ibid.*, à la p. 184.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Procureur général du Canada c. Law Society of B.C.*, *supra*, note 17. Dans cette affaire, la Cour décide également, d'une part, que la Cour fédérale n'a pas une compétence exclusive pour accorder un jugement déclaratoire ou une injonction à l'encontre d'une enquête entamée en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (modifiée depuis) lorsqu'elle s'applique au Barreau de Colombie-Britannique et, d'autre part, que la dite loi ne s'applique pas au Barreau dans les circonstances. En raison de cette réponse, elle considère inutile de répondre à la question de savoir si la dite loi est *intra vires* du Parlement.

⁸⁵ *Bates and O'Steen c. State Bar of Arizona*, *supra*, note 10.

⁸⁶ *Supra*, note 17, à la p. 361.

du Parlement ou des législatures, ... il est susceptible de limitation par une loi valide".⁸⁷ Enfin, elle reprend les propos du juge Duff dans le *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*⁸⁸ et sa conception restrictive de la liberté d'expression.⁸⁹ La liberté d'expression dont elle est saisie en l'espèce n'a "rien à voir avec le processus électoral et le bon fonctionnement de nos institutions démocratiques".⁹⁰

Dans l'affaire *Re Law Society of Manitoba and Savino*,⁹¹ la Cour d'appel du Manitoba adopte une attitude tout aussi respectueuse des prérogatives du Barreau. Un bureau d'avocats reçoit une lettre l'avisant que sa publicité actuelle dans les pages jaunes est contraire aux règlements tels qu'amendés. La première résolution interdit l'annonce des champs de pratique et la seconde impose la soumission de toute publicité pour approbation préalable. Le bureau passe outre l'avis et Savino, l'un des associés, est trouvé coupable, après audition, d'inconduite professionnelle. Il en appelle de la décision.

La Cour, majoritaire à deux contre un, conclut que quelles qu'aient été les restrictions imposées aux droits de Savino de faire de la publicité dans les répertoires téléphoniques et dans les journaux, elles n'en demeurent pas moins justifiées et raisonnables en regard de l'article premier de la Charte.⁹² Le juge O'Sullivan, dissident, estime quant à lui que l'exigence d'approbation préalable n'est pas raisonnable parce qu'elle exige de l'avocat qu'il soumette à la censure sa publicité sans savoir en vertu de quels critères elle sera examinée.⁹³

En 1985, quoiqu'elle écarte, en raison de l'avènement de la Charte, l'application de *Jabour*,⁹⁴ la Cour divisionnaire de l'Ontario n'en demeure pas moins fidèle à la finalité exclusivement démocratique de la liberté d'expression. Dans l'affaire *Re Klein and Law Society of Upper Canada*,⁹⁵ deux avocats, Klein et Dvorak, demandent par requête en jugement déclaratoire que les règlements relatifs à la publicité des tarifs du code de déontologie du Barreau de l'Ontario soient invalidés en tant qu'ils contreviennent à l'alinéa 2b) de la Charte.

Le juge Callaghan, aux opinions duquel souscrit le juge Eberle, commence par poser une distinction de fond entre le discours commercial

⁸⁷ *Ibid.*, à la p. 363.

⁸⁸ [1938] R.C.S. 100.

⁸⁹ *Procureur général du Canada c. Law Society of B.C.*, *supra*, note 17, à la p. 363.

⁹⁰ *Ibid.*, à la p. 364.

⁹¹ (1983), 1 D.L.R. (4th) 285, 23 Man. R. (2d) 293 (C.A. Man.). Permission d'appeler refusée (1983), 52 N.R. 309n (C.S.C.).

⁹² *Ibid.*, aux pp. 294 (D.L.R.), 299 (Man. R.).

⁹³ *Ibid.*, aux pp. 297 (D.L.R.), 304 (Man. R.).

⁹⁴ *Supra*, note 17.

⁹⁵ *Supra*, note 71.

et le discours politique, le premier n'ayant que la forme du second, sans en posséder la substance.⁹⁶ Selon lui, la Charte ne s'intéresse qu'aux droits politiques des individus sans indiquer pareil intérêt pour la sphère économique.⁹⁷ Le discours commercial, écrit-il, "*contributes nothing to democratic government because it says nothing about how people are governed or how they should govern themselves*".⁹⁸ Puis, rappelant les principaux jalons de la jurisprudence américaine en la matière, le juge Callaghan fait remarquer que le libre marché n'est que l'une des façons dont peut s'organiser la distribution des biens dans la société.⁹⁹

Des quatre arrêts qui précèdent, il ressort que les corporations professionnelles d'avocats, suivant les termes respectifs des lois délégatrices:

- (1) ont le pouvoir de réglementer la publicité de leurs membres;
- (2) que cette réglementation peut comprendre une prohibition complète;
- (3) qu'elle n'enfreint pas nécessairement, ce faisant, la liberté d'expression;
- (4) que le fondement de ce pouvoir repose sur la capacité de déterminer quels sont les comportements acceptables dans la pratique du droit.¹⁰⁰

En définitive, ces décisions reconnaissent le pouvoir virtuellement autoritaire du Barreau de déterminer quelles activités de ses membres correspondent à l'intérêt public et d'évaluer à lui seul s'il remplit adéquatement sa mission.¹⁰¹ Toutefois, la tendance des arrêts suivants permet de penser que ces heures de gloire tirent à leur fin.

2. La jurisprudence sur la publicité d'autres services professionnels et l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Rocket*

En 1987, dans l'affaire *Grier c. Alberta Optometric Association*,¹⁰² la Cour d'appel de l'Alberta tient pour invalide une prohibition complète de publicité sur les prix apparaissant au paragraphe 50(a) des arrêtés de l'Alberta Optometric Association. Un optométriste publie une brochure dans laquelle apparaissent les prix des lentilles cornéennes et de certains

⁹⁶ *Ibid.*, aux pp. 531-532.

⁹⁷ *Ibid.*, à la p. 532.

⁹⁸ *Ibid.*, à la p. 539.

⁹⁹ *Ibid.*, aux pp. 534-535. Cet arrêt comprend une dissidence très importante et extrêmement fouillée du juge Henry. Celui-ci adopte, d'une manière générale, la philosophie de la Cour suprême des États-Unis en matière de liberté d'expression commerciale.

¹⁰⁰ Smith, *op. cit.*, note 6, p. 81.

¹⁰¹ J.D. Wilson et C.J. Wydrzynski, *Competition in the Market for Legal Services after Jabour* (1984), 22 U.W.O.L.R. 95, aux pp. 126-127.

¹⁰² (1987), 42 D.L.R. (4th) 327 (C.A. Alta.).

services d'optométrie y affèrent. La brochure est envoyée aux patients de Grier et parvient entre les mains d'autres personnes. Il est reconnu coupable d'infraction aux règles de l'Association.

La Cour, s'appuyant sur le test de l'objet de l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart*,¹⁰³ estime que l'expression commerciale fait partie du domaine protégé par l'alinéa 2b) de la Charte. Elle adopte expressément la thèse de l'accomplissement de soi développée par Emerson¹⁰⁴ et considère que la propagation de l'information sur les biens et les services est une valeur présente et une expression protégée dans notre société.¹⁰⁵ La prohibition de toute mention de prix est un moyen inutilement excessif de réglementer la publicité potentiellement trompeuse.¹⁰⁶

La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Rocket c. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*,¹⁰⁷ tient un discours étonnamment similaire et renverse la décision dans l'affaire *Klein*. Deux chirurgiens-dentistes participent à une campagne publicitaire imprimée de la chaîne hôtelière Holiday Inn, à laquelle ils associent leur réputation professionnelle. Des mesures disciplinaires sont entreprises par le Comité de discipline. Les deux chirurgiens présentent une requête en jugement déclaratoire afin que soit invalidé le paragraphe 37.39 du règlement stipulant que toute publicité non conforme aux dispositions subséquentes équivaut à une inconduite professionnelle.¹⁰⁸ Les restrictions à la publicité des membres du Collège prévues sous ces dispositions sont particulièrement sévères.¹⁰⁹

La Cour, majoritaire à deux contre un, reconnaît l'importance sociale de l'information véhiculée par le discours commercial.¹¹⁰ Il lui apparaît même, d'un point de vue de justice sociale et d'équité, qu'il soit plus important "*that the right of the listener to receive the information be protected than the right of the advertiser to express it*".¹¹¹ Elle voit difficilement quelles valeurs ou quels objectifs pourraient justifier une élimination virtuellement totale de la publicité des dentistes.¹¹² Si une prohibition complète permet

¹⁰³ [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344.

¹⁰⁴ *Grier c. Alberta Optometrist Association*, *supra*, note 102, aux pp. 333-334. La Cour cite, à la p. 332, le passage d'Emerson qui est cité, *supra*, à la p. 517, note 40.

¹⁰⁵ *Ibid.*, à la p. 336.

¹⁰⁶ *Ibid.*, à la p. 338.

¹⁰⁷ (1988), 49 D.L.R. (4th) 641 (C.A. Ont.), confirmé par *Rocket c. Collège Royal des chirurgiens-dentistes d'Ontario*, *supra*, note 2.

¹⁰⁸ R.R.O. 1980, Reg. 447.

¹⁰⁹ *Supra*, note 107, à la p. 662 (J. Cory).

¹¹⁰ *Ibid.*, aux pp. 664, 671.

¹¹¹ *Ibid.*, à la p. 664.

¹¹² *Ibid.*, à la p. 674.

sans aucun doute d'éliminer la publicité trompeuse, ce n'est pas un moyen qui porte le moins possible atteinte à l'activité protégée.¹¹³

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'affaire *Griffin c. College of Dental Surgeons of British Columbia*,¹¹⁴ liée par les arrêts *Ford c. Procureur général du Québec*¹¹⁵ et *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*,¹¹⁶ reconnaît que la publicité des dentistes fait partie du domaine protégé par la liberté d'expression mais refuse d'invalider la réglementation, qu'elle considère raisonnable et proportionnée, sur la base de l'article premier. Le Dr. Griffin opère une dizaine de centres de soins dentaires à Vancouver. Il publie des annonces dans les quotidiens et utilise un logo qui n'est pas conforme aux prescriptions de l'article 78A des règlements du Collège des chirurgiens-dentistes. Accusé de conduite indigne d'un professionnel, il présente une requête en arrêt des procédures et demande l'invalidation du règlement qu'il considère déraisonnable parce que trop vague.

Les trois juges majoritaires approuvent la dissidence du juge Dubin dans *Rocket*.¹¹⁷ Ils considèrent que la réglementation de la publicité ne vise pas seulement la protection de l'intérêt public mais aussi la préservation de la profession.¹¹⁸ Selon eux, la réglementation, qui autorise la publicité télévisée ou radiodiffusée et prévoit même des exemptions, est beaucoup plus libérale qu'elle ne l'est dans *Rocket*; elle porte même le moins possible atteinte à l'activité protégée.¹¹⁹

De ces décisions émergent trois moments autour desquels se groupent les interrogations et les controverses. Le premier moment renvoie au premier critère du test de *R. c. Oakes*:¹²⁰ peut-on considérer, ainsi que le soutient l'arrêt *Griffin*, la protection des intérêts d'une corporation professionnelle comme étant un objet légitime au sens de la Charte?

Le second moment concerne la problématique de la précision requise d'un règlement pour qu'il soit jugé conforme à l'article premier.¹²¹ En dépit

¹¹³ *Ibid.*, à la p. 679. Soulignons qu'il s'agit bien d'une décision de principe de la Cour d'appel de l'Ontario: voir *Institute of Edible Oil Foods v. Ontario* (1989), 64 D.L.R. (4th) 380, à la p. 381 (Ont. C.A.):

There is no doubt that "commercial" speech or communication of a commercial message is included within the freedom of expression in s. 2(b) of the Charter and that it is a freedom applicable to the one who receives as well as the one who transmits the message. . . .

¹¹⁴ (1989), 64 D.L.R. (4th) 652 (C.A.C.B.). Demande d'autorisation d'appeler à la Cour suprême du Canada enregistrée le 29 décembre 1989.

¹¹⁵ *Supra*, note 76.

¹¹⁶ *Supra*, note 78.

¹¹⁷ *Supra*, note 114, à la p. 659.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*, à la p. 660.

¹²⁰ [1986] 1 R.C.S. 103.

¹²¹ Voir, à cet effet, *Fonds international de défense des animaux c. Procureur général du Canada*, [1989] 1 C.F. 335 (C.A.).

des nombreuses tentatives de la jurisprudence pour apprécier l'existence d'un lien rationnel, cette évaluation demeure largement subjective. Il faut croire que le domaine de la discrétion des corporations sous cet aspect n'a pas été jusque là délimité de façon certaine.

Enfin, la difficile question de l'étendue maximale de la réglementation en regard du critère d'atteinte minimale rejoint le troisième moment. Le préjudice causé par la publicité n'étant que potentiel, alors que l'entrave à la liberté d'expression, elle, est bien réelle, il ne devrait pas être possible d'interdire, notamment, la publicité de services nommément désignés et l'annonce des tarifs de ceux-ci.

La Cour suprême a, nous semble-t-il, répondu à ces trois questions dans l'affaire *Rocket c. Collège Royal des chirurgiens-dentistes d'Ontario*.¹²² Tout d'abord, l'intérêt des corporations professionnelles dans la réglementation de la publicité se limite au maintien d'une norme élevée de professionnalisme et à l'éradication de la publicité frauduleuse. Ensuite, la Cour suprême a clairement établi qu'un règlement doit distinguer entre les informations susceptibles d'une vérification objective et les prétentions qui ne peuvent être vérifiées: seules ces dernières sont susceptibles d'être visées par la réglementation professionnelle. Enfin, les interdictions doivent être nettement définies, de manière à ce que la publicité devienne la règle plutôt que l'exception à la réglementation.

Le juge McLachlin amorce son analyse en affirmant que la réglementation de la portée de la publicité professionnelle est *nécessaire* et qu'il s'agit d'une *valeur reconnue* par la société canadienne.¹²³ Plus loin, elle ira jusqu'à dire qu'"[il] est difficile d'exagérer l'importance dans notre société de la juste réglementation de nos professions".¹²⁴ Cette affirmation n'est appuyée d'aucun argument: il s'agit en quelque sorte d'un *a priori* indémontrable. S'il est vrai que la réglementation professionnelle est un fait historique, cela n'en fait pas pour autant une valeur reconnue. Dans une société *moderne*, au sens philosophique, le recours à la tradition pour justifier l'existence d'une pratique législative est un anachronisme. Nous croyons au contraire — et la deuxième partie de cette étude appuiera cette affirmation — que la réglementation de la publicité professionnelle n'a de valeur que pour les professionnels eux-mêmes, et qu'elle dessert carrément l'intérêt public.

Le juge McLachlin s'appuie ensuite sur les critères dégagés par les arrêts *Ford c. Procureur général du Québec*¹²⁵ et *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*¹²⁶ pour conclure que la réglementation sur la publicité

¹²² *Supra*, note 2.

¹²³ *Ibid.*, à la p. 241.

¹²⁴ *Ibid.*, à la p. 249.

¹²⁵ *Supra*, note 76.

¹²⁶ *Supra*, note 78.

professionnelle vise une activité de communication qui n'adopte pas une forme interdite. Le paragraphe 37(39) du Règlement viole donc la liberté d'expression "en interdisant des formes d'expressions légitimes et en limitant délibérément le contenu de cette expression".¹²⁷ Le jugement aborde alors l'examen de la réglementation en vertu de l'article premier.

Après avoir rappelé les critères du test de proportionnalité, le juge McLachlin situe l'intérêt publicitaire des professionnels à la hauteur de simples bénéfices économiques, alors que l'information véhiculée par la publicité permettrait aux consommateurs de procéder à des choix plus éclairés. Toutefois, elle rappelle qu'en vertu de l'arrêt *Irwin Toy*, le législateur détient une latitude importante lorsqu'il s'agit de protéger un groupe vulnérable. Or, le juge McLachlin soutient que "[l]es consommateurs de services dentaires seraient très vulnérables face à de la publicité non réglementée".¹²⁸ Pour appuyer cette affirmation, elle opère une distinction entre les services professionnels et des services plus normalisés. Dans le premier cas, contrairement au second, le consommateur serait incapable de vérifier les prétentions concernant la qualité des services offerts.

À notre avis, cet argument est superficiel. D'une part, la distinction opérée entre les produits normalisés et ceux qui ne le sont pas est artificielle. La complexité technologique de certains produits de grande consommation — qui sont généralement fortement normalisés — ne permet probablement pas au consommateur de vérifier, par exemple, les prétentions d'un vendeur d'appareils électroniques. Même les spécialistes diffèrent souvent d'avis quant à l'efficacité de telle prétendue innovation technologique. D'autre part, même en admettant la distinction opérée sur la base de la normalisation des produits et des services, on peut penser que notre perception de ce qui constitue un produit normalisé dépend précisément de ce qu'il s'est agi autrefois d'un produit fortement annoncé! En effet, la publicité contraint les différents fournisseurs à rencontrer les offres des concurrents, ce qui a pour effet de confiner les prétentions des annonceurs dans un domaine limité. Au surplus, on sait que la protection d'un groupe vulnérable est souvent de nature à perpétuer la vulnérabilité de ce groupe et sa dépendance à l'égard de la réglementation, laquelle crée ainsi les conditions nécessaires à son existence.¹²⁹

Entreprenant l'application du critère de l'article premier de la Charte, le juge McLachlin affirme que "[l]e maintien du professionnalisme et la protection du public sont au coeur de ces règlements [sur la publicité

¹²⁷ *Rocket c. Collège Royal des chirurgiens-dentistes d'Ontario*, *supra*, note 2, à la p. 245.

¹²⁸ *Ibid.*, à la p. 248.

¹²⁹ Voir notamment M. Kraus (dir.), *Action positive: théorie et conséquences* (1989); T. Sowell, *Preferential Policies: An International Perspective* (1990).

professionnelle]. . .".¹³⁰ Et elle cite le juge Dubin de la Cour d'appel, dissident, pour qui les normes sur la publicité permettent de prévenir:¹³¹

... des pratiques qui auraient tendance à démoraliser la profession en forçant ses membres à s'engager dans une rivalité inconvenante qui augmenterait les chances des moins scrupuleux. Ce qui généralement est appelé "l'éthique" de la profession n'est rien d'autre qu'un consensus d'opinions d'experts sur la nécessité de telles normes.

Et le juge de conclure que les pouvoirs réglementaires des sociétés professionnelles en matière de publicité sont essentiels.

Encore une fois, la facilité avec laquelle le juge McLachlin saute aux conclusions est déconcertante. Dans un contexte fortement réglementé, on peut considérer, notamment, que les tarifs excessifs des professionnels en l'absence de concurrence ou la domination des avocats déjà établis sur une clientèle captive sont parfaitement inconvenants. Quant à ce qui constitue une norme élevée de professionnalisme, "par opposition au mercantilisme",¹³² le jugement reste obscur. On pourrait poser que la recherche intempestive d'un profit peut le mieux distinguer ces deux attitudes. Toutefois, on verra que les conséquences de la publicité sont plutôt de nature à diminuer les bénéfices de la profession. Par conséquent, le rapport de la publicité au professionnalisme serait inversé!

Bien qu'elle affirme la nécessité de la réglementation professionnelle, le juge McLachlin conclut néanmoins que le Règlement sous étude n'est pas justifié en vertu de l'article premier, dans la mesure où "[d]es renseignements utiles sont exclus sans justification".¹³³ Bref, la réglementation professionnelle devrait n'interdire que:¹³⁴

... la publicité qui ne peut être vérifiée et qui n'est pas professionnelle tout en autorisant la publicité qui sert un but légitime en transmettant au public des renseignements pertinents.

C'est très clairement là le guide dont s'est inspiré le Barreau du Québec dans la rédaction de son nouveau règlement sur la publicité de ses membres.

Si ce vent de libéralisme en matière de publicité professionnelle est bienvenu, les restrictions sur lesquelles insiste toujours la Cour suprême sont injustifiées. La notion de professionnalisme en matière de publicité est floue, voire carrément inapplicable, cependant que le droit commun devrait pouvoir se charger des cas de publicité mensongère ou trompeuse. On ne voit pas pourquoi les membres des corps professionnels seraient soumis à un régime différent de celui en vertu duquel sont traités tous les autres fournisseurs de produits et de services qui ne sont pas regroupés

¹³⁰ *Rocket c. Collège Royal des chirurgiens-dentistes d'Ontario*, *supra*, note 2, à la p. 249.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*, à la p. 251.

¹³⁴ *Ibid.*, à la p. 253.

en corporations: à ce titre, il serait sans doute légitime d'invoquer la *rule of law*. Que la Cour suprême désire opérer une transition souple entre un régime prohibitionniste et un régime libéral en matière de publicité professionnelle, voilà sûrement une préoccupation légitime. Mais si seule importe cette stratégie des petits pas, l'insistance sur l'objectivité de l'information offerte et le professionnalisme n'est que rhétorique. L'examen des conséquences de la publicité sur le marché des services juridiques permettra de confirmer la justesse de la libéralisation entreprise par la Cour suprême, mais également de critiquer les limites qui restent posées.

II. La Perspective Conséquentialiste

Le Barreau du Québec est chapeauté par deux lois: le *Code des professions*¹³⁵ et la *Loi sur le Barreau*.¹³⁶ Le *Code des professions* est une loi d'application générale à laquelle est soumise toute corporation professionnelle.¹³⁷ Cette loi crée l'Office des professions, qui a pour principale fonction "de veiller à ce que chaque corporation assure la protection du public".¹³⁸ À cette fin, les corporations possèdent d'importants pouvoirs délégués.¹³⁹ Par ailleurs, la *Loi sur le Barreau* édicte que le Conseil Général de l'Ordre des avocats a le devoir d'"assurer le maintien de l'honneur et de la dignité du Barreau et de la discipline de ses membres et, à cette fin, [d']adopter un code de déontologie".¹⁴⁰ Et en cas d'infraction, c'est le Comité de discipline qui décide privativement à tout autre tribunal, en première instance, si l'acte reproché est attentatoire à la dignité de ses membres.¹⁴¹

À la lumière de ces textes, on constate que la Barreau a l'obligation légale de protéger non seulement l'intérêt public mais également les intérêts de ses membres. Si l'indépendance des corporations professionnelles est sans contredit l'apanage d'une société démocratique, on peut néanmoins se demander si cela suffit à prévenir toute espèce de conflits d'intérêts. C'est pourquoi il convient, en dépit d'inévitables recoupements, d'aborder sous une double perspective la question de l'opportunité d'une libéralisation: d'une part, le point de vue des clients (A), effectifs ou potentiels et, d'autre part, celui des avocats (B).

¹³⁵ L.R.Q., c. C-26.

¹³⁶ L.R.Q., c. B-1.

¹³⁷ *Ibid.*, art. 4: "Le Barreau et ses membres sont régis par le Code des professions, sous réserve des dispositions contraires ou incompatibles de la présente loi".

¹³⁸ *Code des professions*, *supra*, note 135, art. 12. De plus, l'art. 23 ajoute que "[c]haque corporation a pour principale fonction d'assurer la protection du public. À cette fin, elle doit notamment contrôler l'exercice de la profession par ses membres".

¹³⁹ Y. Ouellette, La profession d'avocat: perspective d'avenir (1974), 34 R. du B. 2:105, à la p. 106.

¹⁴⁰ *Loi sur le Barreau*, *supra*, note 136, art. 15.3(a).

¹⁴¹ *Ibid.*, art. 107(a).

A. Le point de vue des clients

L'ultime argument des tenants d'une libéralisation se fonde sur le besoin d'information des clients sur la nature et le coût des services juridiques disponibles et sur les avocats susceptibles de les offrir.¹⁴² Mais, leur rétorque-t-on, la publicité, et surtout la publicité de masse et la sollicitation, n'est pas un moyen efficace de circulation de l'information puisqu'elle est essentiellement trompeuse. C'est un instrument de manipulation qui crée une demande artificielle. En conséquence, dit-on, la libéralisation ne peut qu'entraîner un accroissement substantiel du nombre de litiges, cette inflation judiciaire entraînant à son tour une baisse de la qualité des services. Pour faire le point sur ce débat, il s'agit donc, d'une part, de cerner la nature et le rôle de la publicité (1) et, d'autre part, d'en évaluer l'impact sur l'administration de la justice et la qualité des services (2).

1. La fonction publicitaire

Il existe trois préjugés courants sur la nature et le rôle de la publicité: celle-ci serait essentiellement trompeuse et destinée à persuader le consommateur contrairement à ses intérêts; la publicité tendrait à accroître la déception du consommateur; enfin, la publicité aurait un impact identique sur tous les services juridiques. Ces préjugés sont très souvent à la base des arguments des adversaires de la libéralisation de la publicité sur les services juridiques. Nous les examinerons successivement.

(a) La publicité: un outil d'information

Les économistes eux-mêmes ne s'entendent pas quant à la fonction de la publicité. Leurs conclusions s'opposent en de nombreux points et découlent, semble-t-il, d'une représentation *a priori* de l'opportunité sociale de la publicité.¹⁴³ Ces représentations se sont cristallisées autour de deux grandes écoles: Harvard et Chicago.

L'école de Harvard considère la publicité comme un ensemble d'artifices psychologiques dont le but avoué est de persuader le consommateur d'acheter un produit, un service ou une marque qu'il ne se serait autrement pas procuré. La publicité permettrait de moduler les préférences et les goûts des consommateurs, de modifier leur perception du produit annoncé et de distinguer celui-ci des autres produits afin qu'il échappe à la concurrence.¹⁴⁴ Les consommateurs deviendraient en quelque sorte loyaux à certaines marques, ce qui aurait pour effet d'entraver l'arrivée de nouveaux concurrents. Les firmes ainsi isolées de la concurrence pourraient demander des prix plus élevés sans accroître la qualité ou innover. Le surplus de profits

¹⁴² Smith, *op. cit.*, note 6, p. 75.

¹⁴³ K.B. Leffler, Persuasion of Information? The Economics of Prescription Drug Advertising (1981), 24 *Journal of Law & Economics* 45, à la p. 45.

¹⁴⁴ Ce phénomène est désigné, en anglais, du nom de "*product differentiation*".

généralisés par la publicité inciterait les firmes à accroître sans cesse leurs dépenses publicitaires.

L'école de Chicago considère plutôt la publicité comme un apport supplémentaire d'information relativement aux caractéristiques d'un produit, sans qu'elle modifie l'échelle de valeurs des consommateurs. Ceux-ci deviennent plus sensibles aux variations de prix et choisissent le rapport qualité/prix qui leur convient le mieux. La facilité de la comparaison entraîne une concurrence accrue: les firmes inefficaces doivent quitter le marché tandis que de nouveaux compétiteurs apparaissent. Ceux-ci peuvent plus facilement faire connaître leurs produits, ce qui réduit les barrières d'entrée et encourage l'innovation. L'information permet aux consommateurs d'exercer une pression à la baisse sur les prix et à la hausse sur la qualité. Dans un tel contexte, la publicité n'a d'intérêt que pour les produits de grande consommation pour lesquels des économies d'échelle sont réalisables.¹⁴⁵

Quatre raisons permettent de croire que la seconde conception doit l'emporter sur la première. Premièrement, Comanor et Wilson, deux parmi les plus influents membres de l'école de Harvard, ont admis que les effets présumément anti-compétitifs de la publicité semblent concentrés dans un cercle restreint d'industries et sont loin de pénétrer l'économie toute entière.¹⁴⁶ Deuxièmement, les études empiriques supportent presque unilatéralement les conclusions de l'école de Chicago.¹⁴⁷ Troisièmement, on peut s'attendre à ce qu'une firme qui peut produire un bien à un coût moindre ou un bien d'une qualité supérieure au même coût, cherche à accroître le plus possible le volume de ses ventes. Elle s'engagera donc dans la promotion de son produit en offrant un meilleur rapport qualité/prix que ses compétiteurs et en augmentant ses dépenses publicitaires. Par conséquent, les produits annoncés le plus souvent tendront généralement à être les meilleurs achats, et il serait rationnel pour les consommateurs de ne se fier qu'à cet indice pour guider leurs achats.¹⁴⁸ Enfin, une firme dont le compétiteur tente d'isoler son produit de la compétition peut réagir non pas seulement en augmentant à son tour ses dépenses publicitaires mais

¹⁴⁵ Cette double description s'inspire d'un tableau de P.W. Farris et M.S. Albion, *The Impact of Advertising on the Price of Consumer Products* (1980), 44 *Journal of Marketing* 3:17, à la p. 18; Table 1, *Two Schools of Thought on Advertising's Role in the Economy*.

¹⁴⁶ T. Calvani, J. Langenfeld et G. Shuford, *Attorney Advertising and Competition at the Bar* (1988), 41 *Vanderbilt L. Rev.* 761, à la p. 775, note 88; W.S. Comanor & T.A. Wilson, *The Effect of Advertising on Competition: A Survey* (1979), 17 *J. Econ. Literature* 453, à la p. 470.

¹⁴⁷ J. Schroeter, S.L. Smith et S.R. Cox, *Advertising and Competition in Routine Legal Service Markets: An Empirical Investigation* (1987), 36 *J. Indus. Econ.* 49, à la p. 59.

¹⁴⁸ G.R. Butters, *A Survey of Advertising and Market Structure* (1976), 66 *American Economic Review* 392, à la p. 396.

surtout en coupant ses prix ou en ajustant la qualité. Même la tentative de "différencier" un produit est de nature à favoriser la compétition et la recherche d'une solution plus efficace.

(b) *La déception du consommateur est inévitable*

Une justification fréquemment invoquée au soutien de la réglementation actuelle se fonde sur la nécessité de protéger de nombreux individus qui seraient incapables de faire face à un environnement commercial aux sollicitations multiples. Outre le paternalisme de mauvais aloi qui transpire de cette affirmation, on peut se demander si vraiment les consommateurs sont dupes de la publicité.¹⁴⁹ Dans la société libérale qu'est encore la nôtre, l'individu est toujours le mieux placé pour faire un choix qui aille dans le sens de ses intérêts, du moment qu'il a accès au minimum d'information. C'est le rôle de la publicité de faire circuler cette information indispensable à un choix éclairé.

La publicité diminue les coûts de recherche d'information, permet d'opérer un choix plus efficace et conduit à une meilleure allocation des ressources. Cette diminution des coûts n'est pas seulement importante en termes absolus. Comme le souligne Benham,¹⁵⁰ les individus possédant un niveau élevé de scolarité et des revenus supérieurs sont plus habiles à repérer un professionnel qui convienne et, en conséquence, payent souvent un prix moins élevé. De la même façon, dans un marché où la publicité est interdite, les usagers réguliers sont plus susceptibles de recevoir des services de la qualité et au prix qui leur convient, alors que les consommateurs occasionnels de tels services ne peuvent s'en remettre aux expériences passées ou à leur connaissance du milieu.¹⁵¹ Ce même raisonnement permet de comprendre pourquoi l'interdiction de la publicité de masse (télévision, radio) conduit à refuser à ceux qui en ont le plus besoin l'information qui leur manque pour opérer un choix éclairé. Une partie très importante de la population trouve dans la radio et la télévision une source première d'information. Or, écrivent Hudec et Trebilcock, "[t]o exclude lawyer advertising from these media would severely hamper access to information on legal services for these already disadvantaged groups".¹⁵² De plus, on

¹⁴⁹ A.H. Ringleb, A.J. Bush et W.C. Moncrief, *Lawyer Direct Mail Advertisements: Regulatory Environment, Economics, and Consumer Perceptions* (1985-86), 17 Pac. L.J. 1199, à la p. 1245: "The available evidence indicates that consumers as a group are much more sophisticated in their receptivity to advertisements, and as such, are better able to separate those that are informative from those that are abusive."

¹⁵⁰ L. et A. Benham, *Regulating Through The Professions: A Perspective On Information Control* (1975), 18 J. of Law & Econ. 421, aux pp. 430-432.

¹⁵¹ G.C. Hazard, R.G. Pearce et J.W. Stempel, *Why Lawyers Should Be Allowed to Advertise: A Market Analysis of Legal Services* (1983), 58 New York Univ. L.R. 1084, à la p. 1108.

¹⁵² *Loc. cit.*, note 8, à la p. 98.

doit considérer qu'une libéralisation conduirait à l'utilisation de nouveaux moyens publicitaires qui permettraient de rejoindre une clientèle indifférente aux modes traditionnels.

L'extension de ce raisonnement amène à conclure que la prohibition de la sollicitation, même en personne, est tout aussi contraire à l'intérêt public. L'arrivée d'une remorqueuse sur les lieux d'un accident ou d'un évaluateur lors d'un sinistre serait opportune, mais tout effort similaire destiné à protéger les droits des sinistrés serait, curieusement, injustifié. L'interdiction de la sollicitation est habituellement fondée sur la crainte d'abus et d'inconduites professionnels: la raison pour laquelle les avocats seraient plus enclins que d'autres pourvoyeurs de services à se compromettre dans ce genre de malhonnêtetés n'a jamais été articulée.¹⁵³ Pourtant, dans la mesure où les revenus d'un avocat dépendent directement de son habileté à maintenir une excellente réputation, l'on devrait s'attendre à ce qu'il n'utilise toute forme de publicité qu'avec retenue et modération.¹⁵⁴ Une étude menée en Floride a d'ailleurs montré que rien ne permet de lier les plaintes pour inconduite professionnelle aux dépenses publicitaires des avocats.¹⁵⁵

Mieux encore, en 1973, une étude conduite en Écosse a révélé qu'une proportion extrêmement importante de la population apprécierait qu'en diverses situations susceptibles de voir surgir une difficulté juridique, un avocat prenne l'initiative de les rencontrer. Il semble donc qu'il y ait une demande pour une profession juridique très active et affirmative. Pourtant, constate Monroe Freedman:¹⁵⁶

It seems, therefore, that nobody is in favor of solicitation except the public. One is left wondering in whose eyes, and by what standard of ethics or esthetics, the profession would be "degraded" by responding to that public need.

Rien ne permet de croire que toute publicité faite par les avocats soit trompeuse. C'est avoir bien peu de foi dans l'intégrité des avocats que de penser que la levée des restrictions entraînera *ipso facto* une recrudescence des plaintes. D'une part, écrit Calvani, "[e]vidence from the health professions . . . suggests that fears of deceptive advertising may be overblown".¹⁵⁷ D'autre part, s'il est possible à court terme pour un professionnel d'attirer une clientèle suffisamment nombreuse pour pallier aux défections des consommateurs déçus, "... this strategy may be self-defeating over time, since the cost of attracting new customers can be expected to rise".¹⁵⁸

¹⁵³ M.H. Freedman, Advertising and Soliciting: The Case for Ambulance Chasing, dans R. Nader et M. Green, *Verdicts on Lawyers* (1976), aux pp. 95-96.

¹⁵⁴ Calvani, Langenfeld et Shuford, *loc. cit.*, note 146, à la p. 778.

¹⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 782.

¹⁵⁶ *Loc. cit.*, note 153, à la p. 97.

¹⁵⁷ Calvani, Langenfeld et Shuford, *loc. cit.*, note 146, à la p. 781.

¹⁵⁸ R.B. Reich, Preventing Deception in Commercial Speech (1979), 54 New York Univ. L.R. 775, à la p. 795.

Quelle que soit l'intention de celui qui engage des dépenses publicitaires, il est inévitable que certains consommateurs tirent des conclusions erronées du discours commercial.¹⁵⁹ La circulation de l'information est à ce prix. On ne peut bénéficier de tous les avantages de la publicité si l'on n'accepte pas le risque que certains soient déçus.¹⁶⁰ Si vraiment, toutefois, les lois sur la protection du consommateur ne suffisent pas à endiguer les flots d'abus et que la publicité trompeuse sur les services juridiques est tenue pour être un problème sérieux, alors on peut envisager la réglementation sévère que le Québec a connue jusqu'à récemment comme une réponse adéquate. Mais en l'absence flagrante d'une preuve de ce genre, de telles prohibitions en matière de publicité des avocats ne peuvent servir qu'à aggraver le manque d'information dont pâtissent les consommateurs et il est heureux qu'elles aient été levées.¹⁶¹

(c) *Seuls les services juridiques de routine seront annoncés*

La publicité est en général très importante pour les entreprises qui offrent des biens ou des services peu coûteux et dont la fréquence d'utilisation est très élevée.¹⁶² La publicité requiert des investissements assez considérables qui exigent de la firme qui s'y engage une capacité de répondre à la demande de façon efficace en offrant des services normalisés à bas prix. La conséquence en est que seuls les services juridiques fréquemment demandés seront annoncés.¹⁶³ On qualifie généralement ces services juridiques de services de routine. Ce sont notamment les divorces non contestés, les faillites simples, les testaments, les procédures d'adoption non contentieuses, certaines recherches de marques de commerce.

Ces services de routine peuvent être standardisés et ne présentent le plus souvent que des situations simples dont les risques sont peu élevés. La livraison de tels services doit aller sans affecter celle de services plus sophistiqués dont les résultats dépendent d'une contestation judiciaire à risque élevé.¹⁶⁴ La distinction basée sur le risque entraîne en conséquence une distinction sur la base de l'individualisation du service. Cette distinction ne doit pas être confondue avec la complexité de l'affaire, qui peut être plus ou moins risquée en dépit de sa complexité.

Cette segmentation du marché des services juridiques induite par la publicité permettrait au consommateur de choisir un avocat, d'une part,

¹⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 793.

¹⁶⁰ *Ibid.*, à la p. 796, note 116: Reich se sert d'un excellent graphique "which shows why speech with some degree of deception may enhance welfare more than no speech with no deception".

¹⁶¹ Posner, *op. cit.*, note 13, p. 347.

¹⁶² Margolis, *loc. cit.*, note 13.

¹⁶³ Hudec et Trebilcock, *loc. cit.*, note 8, à la p. 68.

¹⁶⁴ Hazard, Pearce et Stempel, *loc. cit.*, note 151, à la p. 1113.

selon ses ressources financières et, d'autre part, selon le produit du risque et de l'importance de son problème. Le consommateur dont les intérêts sont substantiels et la réalisation incertaine préférera payer un prix plus élevé pour un service individualisé.¹⁶⁵ Toutefois, le choix de l'avocat devra se faire en pareil cas sur la base de l'information véhiculée autrement que par la publicité: l'expérience antérieure du client et la réputation de l'avocat.

D'aucuns croient néanmoins que la détermination d'un prix fixe pour un service juridique donné est aléatoire et trompeuse en ce que chaque problème juridique est distinct et réclame une solution particulière. On rappellera que cette difficulté présumée n'a jamais empêché le Barreau de fixer ses propres échelles de tarifs pour un nombre assez important de services.¹⁶⁶

2. *L'impact de la publicité sur la demande de services juridiques*

Dans l'hypothèse d'une libéralisation, l'apport supplémentaire d'information sur la nature des services juridiques disponibles et leur coût en accroîtra sûrement la demande. À cet égard, la publicité entraînera-t-elle une hausse ou une baisse des prix? Quel sera le retentissement de cette fluctuation des prix sur la qualité des services juridiques dispensés? Les tribunaux connaîtront-ils, après la Charte, une seconde poussée d'inflation judiciaire? Il convient d'examiner ces trois questions dans cet ordre.

(a) *La publicité entraîne une baisse des prix*

On sait, d'une manière générale, qu'une hausse de la demande provoque une hausse correspondante des prix. De plus, les dépenses publicitaires seront probablement répercutées sur la facture du consommateur. Cependant, le marché actuel des services juridiques n'est pas un marché libre. Le prix auquel s'échangent les services est un prix-plancher qui ne doit rien à l'équilibre de l'offre et de la demande. Actuellement, le prix élevé des services juridiques est la conséquence immédiate du contrôle étendu des corporations professionnelles sur les activités de leurs membres.¹⁶⁷ Et les études menées depuis près de trente ans révèlent plutôt que les effets de la compétition compenseraient largement la demande accrue et les dépenses supplémentaires engendrées par la publicité.¹⁶⁸

L'hypothèse voulant que la publicité sur les prix en réduise la moyenne et l'écart a été posée par Stigler en 1961.¹⁶⁹ Ce sont les coûts de recherche

¹⁶⁵ *Ibid.*, à la p. 1104.

¹⁶⁶ *Règlement sur le tarif de certains honoraires extrajudiciaires des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 14.

¹⁶⁷ L. et A. Benham, *loc. cit.*, note 150, à la p. 422; Posner, *op. cit.*, note 13, p. 346.

¹⁶⁸ Margolis, *loc. cit.*, note 13, à la p. 124.

¹⁶⁹ G.J. Stigler, *The Economics of Information* (1961), rapporté dans R.D. Feldman et J.W. Begun, *Does Advertising of Prices Reduce the Mean and Variance of Prices?* (1980), 18 *Econ. Inquiry* 487.

d'information du consommateur qui permettent d'expliquer les résultats empiriques. Lorsque la publicité est permise, la recherche d'information est moins coûteuse pour le consommateur et, en conséquence, celui-ci se mettra en quête des plus bas prix disponibles pour un service donné.

La première étude concluante, et la référence majeure en cette matière, est publiée en 1972 par Lee Benham relativement à l'impact de la publicité sur le prix des lunettes. Selon lui, l'emphase placée sur les coûts de la publicité et sur l'accroissement de la demande néglige l'impact de l'information véhiculée par la publicité et de ses effets sur l'organisation et l'efficacité du marché. Les résultats obtenus suggèrent que "*... the emphasis has been misplaced. Prices were found to be substantially lower in states which allowed advertising*".¹⁷⁰

Quoique Benham soit prompt à relativiser la portée de ses conclusions et à admettre la possibilité que le marché des lunettes soit un cas particulier, les résultats sont à ce point significatifs qu'il apparaît difficile de ne pas les étendre à d'autres marchés. C'est en tout cas l'opinion de Hudec et Trebilcock: "*There is no apparent reason why the results generated in these other professional service markets could not be duplicated in the market for legal services.*"¹⁷¹ La justesse de cette opinion est confirmée par de nombreuses études.

En 1976, Cady trouve que les restrictions à la publicité sur les médicaments prescrits se soldent par une augmentation des prix estimée à 4% des ventes totales.¹⁷² En 1978, Maurizi et Kelly concluent que l'affichage du prix à la pompe réduit le prix de vente de l'essence.¹⁷³ Puis, Maurizi et Kelly trouvent que les optométristes et les opticiens qui informent leurs clients des prix des lentilles cornéennes par téléphone et font de la publicité hors des pages jaunes vendent moins cher que leurs concurrents qui ne le font pas.¹⁷⁴ Feldman et Begun montrent, en 1978 — et confirment en 1980 — que le prix des examens oculaires est affecté à la hausse par les restrictions sur la publicité des tarifs des optométristes et des opticiens.¹⁷⁵

En 1982, paraît la première étude spécifiquement orientée sur la publicité des avocats. Cox, DeSerpa et Canby établissent un lien direct et inversement proportionnel entre l'information dont dispose le con-

¹⁷⁰ L. Benham, *The Effect of Advertising on the Price of Eyeglasses* (1972), 15 J. of Law & Econ. 337, à la p. 352.

¹⁷¹ *Loc. cit.*, note 8, à la p. 78.

¹⁷² J.F. Cady, *An Estimate of the Price Effects of Restriction on Drug Price Advertising* (1976), 14 Econ. Inquiry 493, à la p. 510.

¹⁷³ Feldman et Begun, *loc. cit.*, note 169.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*, à la p. 491: "We find that advertising bans ... raise the level of prices by 11 percent."

sommateur et la discrétion de l'avocat au moment de fixer les prix.¹⁷⁶ Ils écrivent ensuite:¹⁷⁷

A pattern of less price dispersion and lower average fees among those attorneys who do advertise (or plan to) also emerges from our Phoenix survey results. In virtually every instance, the mean or standard deviation for those who had advertised or would advertise was significantly lower than that for the other attorneys surveyed.

L'année suivante, Hazard, Pearce et Stempel confirment la validité de la distinction opérée entre les services juridiques de routine et les services plus complexes:¹⁷⁸

Generally, firms that advertise and charge a flat rate have the lowest prices. Firms that do not advertise and that charge by the hour presumably provide more individualized services. They also appear to charge the highest fees.

Enfin, toujours dans le domaine des services juridiques, une étude menée en 1984 aux États-Unis par la Commission fédérale sur le commerce a révélé que, dans les villes présentant des restrictions minimales à la publicité, les tarifs des avocats étaient de 5% à 13% inférieurs aux tarifs observés dans d'autres villes, plus restrictives à ce chapitre.¹⁷⁹ La compétition engendrée par la publicité serait à la source de cette différence substantielle.

En 1984, Kwoka confirme les études précédentes menées sur les services professionnels des optométristes¹⁸⁰ et en 1986, dans le même domaine, Haas-Wilson obtient des résultats quantitatifs qui calquent à toutes fins utiles les écarts observés par la Commission fédérale sur le commerce en matière de services juridiques:¹⁸¹

In 1977 the four commercial practice restrictions appear to have increased the price of an eye examination and pair of eyeglasses by at least 5-13 percent, holding quality constant, measured as the thoroughness of the eye examination and accuracy of the eyeglass prescription.

S'il est indéniable que l'ouverture à la publicité est de nature à favoriser la concurrence et la chute des prix, le rapport à établir entre ces effets et la qualité du service est plus difficile à cerner.

(b) *La publicité n'entraîne pas de baisse de la qualité des services*

Les études empiriques parviennent à des conclusions diverses relativement à l'impact de la publicité — ou de l'absence de publicité — sur la qualité des services. D'une part, envisagée sous l'angle des restrictions,

¹⁷⁶ S.R. Cox, A.C. DeSerpa et W.C. Canby, Jr., *Consumer Information and the Pricing of Legal Services* (1982), 30 J. of Industrial Econ. 305, à la p. 312.

¹⁷⁷ *Ibid.*, à la p. 315.

¹⁷⁸ *Loc. cit.*, note 151, à la p. 1107, note 85.

¹⁷⁹ G.R. Schmitt, *Whiter Marketing?* (1989), 47 *The Advocate* (Van.) 753.

¹⁸⁰ J.E. Kwoka, *Advertising and the Price and Quality of Optometric Services* (1984), 74 *American Economic Review* 1:211, à la p. 216.

¹⁸¹ D. Haas-Wilson, *The Effect of Commercial Practice Restrictions: The Case of Optometry* (1986), 29 J. of Law & Econ. 165.

la qualité n'apparaît pas être accrue du fait de celles-ci ou si elle l'est, c'est le résultat de procédures superflues dont le consommateur ne tire aucun bénéfice. D'autre part, dans la perspective d'une libéralisation, la qualité des services serait à la hausse ou, à tout le moins, inchangée.

Dans son étude sur le prix des médicaments prescrits, Cady observe que la qualité des services est relativement constante, qu'il s'agisse d'États qui réglementent la publicité ou d'États qui s'en abstiennent.¹⁸² Haas-Wilson est beaucoup plus affirmative lorsqu'elle constate, dans une étude sur les services optométriques, que si les restrictions à la publicité affectent les prix à la hausse, leur effet sur la qualité des services est statistiquement non significatif.¹⁸³

Feldman et Begun adoptent un autre point de vue: selon eux, le prix est fonction de la qualité. Celle-ci augmente avec les tarifs. Toutefois, il s'agit de voir si l'impact de la réglementation de la publicité sur les services optométriques empêche ou non de parvenir à un optimum. La réponse est affirmative:¹⁸⁴

The extra quality engendered by regulations is not valued by consumers as its marginal cost. We found that the welfare cost for excess examination length and procedures was about \$8 million annually. In addition, it appears that professional regulations, by raising the price of eye examinations, cause quantity demanded to fall below its competitive level.

Kwoka,¹⁸⁵ toujours sur l'optométrie, s'intéresse plutôt au rapport qualité/prix dans l'hypothèse d'une libéralisation. Son étude montre que si la qualité des services offerts par les professionnels qui utilisent la publicité diminue avec leurs prix, celle des professionnels, nombreux, qui s'abstiennent d'engager des dépenses publicitaires demeure constante, même si leurs prix baissent également. Il en résulte un rapport qualité/prix globalement supérieur.

Dans une étude commandée par l'*American Bar Association*, Muris et McChesney constatent que les cliniques légales qui offrent des services juridiques de routine à fréquence élevée proposent non seulement de meilleurs prix mais aussi une qualité de services supérieure à celle des firmes traditionnelles.¹⁸⁶ En 1980, la *Federal Trade Commission*, rapportent Calvani, Langenfeld and Shuford, parvient à des conclusions semblables relativement aux examens de la vue.¹⁸⁷ Par ailleurs, l'attribution de brevets

¹⁸² Rapporté dans Calvani, Langenfeld et Shuford, *loc. cit.*, note 146, à la p. 779.

¹⁸³ *Loc. cit.*, note 181, à la p. 183: "And to reiterate, the commercial practice restrictions ... of ophthalmic services".

¹⁸⁴ R.D. Feldman et J.W. Begun, *The Welfare Cost of Quality Changes Due to Professional Regulation* (1985), 34 *J. Indus. Econ.* 17, à la p. 30.

¹⁸⁵ *Loc. cit.*, note 180.

¹⁸⁶ T.J. Muris et F.S. McChesney, *The Effect of Advertising on the Quality of Legal Services* (1979), 65 *A.B.A.J.* 1503, aux pp. 1505-1506.

¹⁸⁷ *Loc. cit.*, note 146, à la p. 780.

ou de marques de commerce pour le développement de procédés, de formulaires ou d'autres méthodes permettant d'accroître l'efficacité des services juridiques de routine constituerait sans doute une incitation au contrôle de la qualité et à la diffusion des procédés dans la mesure où les consommateurs, écrit Reich, "... are willing to pay a premium for avoiding more costly means of discovering the goods and services they want".¹⁸⁸

En bref, rien ne permet de croire que la publicité ait des effets néfastes sur la qualité des services, non plus que les restrictions l'améliorent. Et même si la qualité des services devait diminuer, écrit l'Office des professions, "ne serait-il pas conforme au vœu d'un certain public (peut-être considérable) d'offrir à meilleur compte une qualité intermédiaire de services?"¹⁸⁹ Et d'une manière générale, rappellent Hudec et Trebilcock:¹⁹⁰

Suboptimal provision of service quality more commonly results from sloppiness, neglect of detail, and lack of effort and care. . . . A ban on advertising and the consequent higher prices does nothing to solve this type of quality problem. Even with higher fees the temptation remains to cut corners and to skimp on service quality.

(c) *L'administration de la justice ne serait pas rendue plus difficile par l'utilisation de la publicité*

La publicité, argument les adversaires de la libéralisation, provoquerait une hausse de la demande de services juridiques.¹⁹¹ Si bien que certains n'hésitent pas à parler d'inflation judiciaire qu'il faut prévenir ou contrôler.¹⁹² Pourtant, déjà, la venue des chartes a fait bien plus de mal que ne le ferait la publicité. Sans compter la multitude de textes législatifs et réglementaires qui ne contribuent pas peu à entretenir l'imprévisibilité du droit.

Au surplus, cet argument inflationniste tombe à plat si l'on rappelle la nature des services juridiques qui seront l'objet de publicité: ce seront essentiellement des procédures de routine, non contentieuses et pour lesquelles les risques sont suffisamment faibles pour qu'il soit possible de les annoncer à prix fixes. Un accroissement de la demande de ce type de services n'est pas de nature à entraver l'administration de la justice, mais bien plutôt à dégager le rôle des tribunaux: cela devient un mode alternatif de solutions des litiges.

La décision du consommateur de recourir ou non aux services d'un avocat, comme toute décision relative à l'achat d'un bien ou d'un service, se fonde sur le poids respectif des coûts à encourir et des bénéfices anticipés.

¹⁸⁸ *Loc. cit.*, note 158, aux pp. 795-796.

¹⁸⁹ Office des Professions du Québec, *La libéralisation de la publicité sur les services professionnels: le pour et le contre* (1982), p. 76.

¹⁹⁰ *Loc. cit.*, note 8, à la p. 85.

¹⁹¹ *Ibid.*, à la p. 78.

¹⁹² J. Dufresne, *Le procès du droit* (1987), p. 8.

Si le risque est trop élevé en regard du gain potentiel, il ne vaut pas la peine de demander l'assistance d'un avocat. Les services de celui-ci seront cependant requis pour procéder à l'évaluation du risque. À cet égard, le jugement de l'avocat reste le plus sûr guide.

C'est dans un tel contexte qu'il faut situer la publicité sur les services juridiques. Le consommateur ne considérera la publicité que dans la mesure où il est plus efficace de procéder ainsi que d'entreprendre une coûteuse recherche essais/erreurs ou de s'en remettre à l'opinion d'autrui.¹⁹³ Il y a donc un double mouvement du consommateur, toujours à la recherche d'une solution efficace, qui s'effectue, d'une part, quant à l'opportunité d'utiliser la publicité comme source d'information et, d'autre part, quant à la décision de recourir aux services d'un avocat. Plus le gain anticipé est élevé, plus il vaut la peine de rechercher une information précise, et inversement. Sans publicité, bien des gens ne parviendront jamais à la seconde étape parce que les coûts de la première sont prohibitifs. Enfin, rappelle Posner, si la procédure judiciaire était un moyen peu coûteux de régler les conflits, si les avocats étaient en si grand nombre que le prix de leurs services fut très abordable, ne voudrions-nous pas encourager le recours à la procédure judiciaire plutôt qu'à un mode alternatif de solution des conflits?¹⁹⁴

B. *Le point de vue des avocats*

La profession juridique ne jouit pas d'une excellente réputation auprès du public. Et nombreux sont les avocats qui craignent que cette image ne se détériore davantage en raison de la libéralisation des règles en matière de publicité, en dépit des éloges qui ont accueilli la publicité institutionnelle du Barreau du Québec. En entreprenant cet effort publicitaire, il semble que le Barreau tente, avec plus ou moins de succès, de concilier sa double mission: protéger à la fois l'intérêt public et les intérêts de ses membres. La publicité est-elle incompatible avec la profession juridique? Sinon, le Barreau protège-t-il adéquatement les intérêts du public? C'est la question du rôle du Barreau (1).

Par ailleurs, la controverse règne quant à l'impact de la publicité sur la concentration du marché. Qui a le plus intérêt à ce que soient libéralisées les règles en matière de publicité? Les grandes études ou les petits bureaux? D'une part, on affirme que seules les premières ont les moyens de mettre en oeuvre une campagne publicitaire efficace; d'autre part, on croit que les petites firmes pourront plus rapidement se faire connaître et, par conséquent, s'implanter plus facilement sur un nouveau marché. C'est la question de l'impact de la publicité sur l'offre de services juridiques (2).

¹⁹³ Reich, *loc. cit.*, note 158, à la p. 793.

¹⁹⁴ *Op. cit.*, note 13, p. 346.

1. *Le rôle du Barreau*

Le Barreau a l'obligation légale de protéger non seulement l'intérêt public mais également les intérêts de la profession.¹⁹⁵ Si l'indépendance des corporations professionnelles est sans contredit l'apanage d'une société démocratique, on peut néanmoins se demander si cela suffit à prévenir toute espèce de conflits d'intérêts. À cet égard, les interrogations se regroupent autour de trois points: premièrement, la libéralisation de la publicité, du point de vue des avocats en tant que groupe, est-elle un jeu à somme positive, négative ou nulle? Deuxièmement, la publicité sur les services juridiques constitue-t-elle une atteinte à la dignité de la profession? Enfin, quelle est l'efficacité de la publicité institutionnelle? Nous examinerons ces points dans l'ordre.

(a) *Libéraliser la publicité, un jeu à somme négative*

Dans la lignée de la plus pure tradition britannique, la prohibition de la publicité par les avocats peut s'expliquer par le désir d'entraver toute concurrence, en ce que celle-ci serait immédiatement contraire à la solidarité devant unir les membres du Barreau.¹⁹⁶ On peut aussi y voir une mesure destinée à protéger les avocats établis et les grandes études de la compétition des jeunes loups et des petites firmes agressives. Quoique cela soit probablement juste, ce sont Lee et Alexandra Benham qui ont répondu de la façon la plus précise à cette question:¹⁹⁷

One might ask why professions should desire to constrain information. A reply is that the removal of commercial stimuli from the environment (including advertising, brand name identification, and identification with well-known establishments) limits consumers' knowledge of current or potential alternatives and hence also limits their response to these alternatives. . . . From the point of view of the profession, restricting information may be one of the most effective politically acceptable methods available for constraining the behavior of suppliers and consumers in the desired direction.

Cette observation est confirmée par les résultats de deux chercheurs canadiens, Timothy Muzondo et Bohumir Pazderka, qui concluent que toutes choses étant égales par ailleurs, les professionnels auxquels est interdite la publicité ont des revenus jusqu'à 32,8% supérieurs à ceux qui oeuvrent au sein de corporations qui permettent la publicité.¹⁹⁸ Une corporation

¹⁹⁵ D'une part, l'Office des professions a pour principale fonction "de veiller à ce que chaque corporation assure la protection du public": *Code des professions*, *supra*, note 135, art. 12. De plus, l'art. 23 ajoute que: "Chaque corporation a pour principale fonction d'assurer la protection du public. À cette fin, elle doit notamment contrôler l'exercice de la profession par ses membres." D'autre part, le Conseil général de l'Ordre des avocats a le devoir d'"assurer le maintien de l'honneur et de la dignité du Barreau et de la discipline de ses membres et, à cette fin, [d']adopter un code de déontologie": *Loi sur le Barreau*, *supra*, note 136, art. 15.3(a).

¹⁹⁶ Freedman, dans Nader et Green, *op. cit.*, note 153.

¹⁹⁷ *Loc. cit.*, note 150, à la p. 423.

¹⁹⁸ T.R. Muzondo et B. Pazderka, *Occupational Licensing and Professional Incomes in Canada* (1980), 13 Can. J. Econ. 659, à la p. 666.

professionnelle qui interdit la publicité à ses membres agit donc à la manière d'un cartel, en opérant une concentration horizontale des activités. Du point de vue des avocats, la libéralisation de la publicité tend à instaurer un jeu à somme négative.¹⁹⁹

Les corporations médicales américaines font face à un problème semblable, comme le rapporte Reuben Kessel:²⁰⁰

The use of advertising in the face of strong opposition by organized medicine implies that advertising plays a crucial rôle in enabling these groups to capture part of the medical care market. Consequently, the ban ... constitutes a barrier to entry into this market and is a means for keeping doctors from competing with one another and thereby incidentally destroying the structure of prices.

Dans un tel contexte, l'argument portant que la publicité constitue une atteinte à la dignité de la profession paraît illusoire et destiné seulement à légitimer le contrôle des tarifs par les corporations professionnelles prohibitionnistes.

(b) *L'atteinte à la dignité de la profession: un leurre*

Aux États-Unis, l'*American Bar Association*, sur la base d'enquêtes assez fouillées, a estimé que la crainte d'une érosion de la confiance et de l'estime du public envers la profession juridique à la suite d'une ouverture à la publicité s'avère largement non fondée.²⁰¹ Le directeur de l'étude, Adrian Foley, écrit: "*None of the testing elicited substantial negative reaction among the public to lawyer advertising. At worst, one person in ten offered any negative reaction*".²⁰² De plus, d'autres études ont permis de constater que les consommateurs sont, d'une manière générale, beaucoup moins critiques et plus ouverts à la publicité sur les services juridiques que ne le sont les avocats eux-mêmes.²⁰³ D'ailleurs, "[m]any other similar occupations (e.g. financial analysis) advertise in a dignified and respectable fashion and there is no reason to believe that lawyers would do otherwise".²⁰⁴

(c) *L'inefficacité de la publicité institutionnelle*

Avec sa campagne publicitaire institutionnelle, le Barreau du Québec a été à même de constater l'efficacité du médium pour projeter une image plus engageante de la profession. Toutefois, il ne faut pas croire que ce genre de publicité est susceptible d'accroître la demande de services juridiques. Chester Mitchell rappelle cette vérité du monde de la publicité:

¹⁹⁹ Hudec et Trebilcock, *loc. cit.*, note 8, à la p. 99.

²⁰⁰ R. Kessel, *Price Discrimination in Medicine*, [1968] *Microeconomics* 317.

²⁰¹ A.M. Foley (dir.), *Effective Marketing of Legal Services Through Advertising: A Practical Guide for Lawyers* (1985), p. 1.

²⁰² A.M. Foley (dir.), *Legal Advertising: The Illinois Experiment* (1985), p. 33.

²⁰³ Ringleb, Bush et Moncrief, *loc. cit.*, note 149, à la p. 1244.

²⁰⁴ Hudec et Trebilcock, *loc. cit.*, note 8, à la p. 72.

*"Successful campaigns are personal, they focus on one objective and ask the potential customer to do something specific".*²⁰⁵ Pour la majorité des consommateurs, l'idée d'avoir un avocat personnel comme on a un médecin de famille est tout simplement nébuleuse. Un motif spécifique de recourir aux services d'un avocat doit être porté à l'attention du consommateur pour que la publicité soit efficace.²⁰⁶

[Institutional advertising] is simply not responsive in any way to the public's need for information to assist in the selection of an individual lawyer, once a decision has been made that legal help is needed.²⁰⁷

Lee and Alexandra Benham, soulevant une incompatibilité similaire entre la nécessité de l'information commerciale et l'implantation d'un code d'éthique professionnelle, vont jusqu'à s'interroger sur les bénéfices découlant du corporatisme professionnel en regard de ses coûts pour la population.²⁰⁸ En effet, non seulement le prix des services juridiques est-il plus élevé qu'il ne le serait si la publicité était permise, sans que leur qualité en soit accrue ou qu'apparaissent des innovations, mais encore faut-il compter parmi les coûts sociaux des prohibitions actuelles l'investissement requis pour influencer le processus politique de telle sorte qu'elles soient maintenues.²⁰⁹

2. *L'impact de la publicité sur l'offre de services juridiques*

L'offre de services juridiques est actuellement très stable. La compétition plus ressentie oppose, au niveau politique, les avocats aux notaires, et encore seulement sur des types particuliers de services (par exemple, le contrat d'hypothèque). L'ouverture de la publicité favoriserait la compétition des avocats entre eux et pourrait éventuellement déstabiliser l'offre de services juridiques. À cet égard, trois questions se posent: premièrement, les nouveaux avocats auront-ils plus ou moins de facilité à pénétrer un marché donné? C'est la question des barrières d'entrée. Deuxièmement, une seule firme est-elle susceptible de monopoliser l'accès à un type particulier de services? C'est la question de la différenciation des services. Troisièmement, verra-t-on apparaître de nouveaux types de services juridiques? C'est la question de l'innovation.

(a) *La publicité réduit les barrières d'entrée*

L'argument principal à l'effet que la publicité élève les barrières d'entrée peut être formulé de la manière suivante: plus on fait de publicité, plus

²⁰⁵ C.N. Mitchell, *The Impact, Regulation and Efficacy of Lawyer Advertising* (1982), 20 Osgoode Hall L.J. 119, à la p. 133.

²⁰⁶ J.E. Haefner, *A Longitudinal Study of the Effectiveness of Legal Advertising* (1980), p. 45.

²⁰⁷ Hudec et Trebilcock, *loc. cit.*, note 8, à la p. 96.

²⁰⁸ *Loc. cit.*, note 150, à la p. 446.

²⁰⁹ Un raisonnement similaire est tenu par Haas-Wilson, *loc. cit.*, note 181, à la p. 183.

on attire de clients et moins chaque vente coûte cher; en conséquence, les nouveaux arrivants, qui ne peuvent assumer les dépenses publicitaires des compétiteurs déjà installés, ne peuvent offrir leurs services à des prix concurrentiels et sont refoulés hors du marché. Dans la situation actuelle, la libéralisation se traduirait par une hégémonie des grands cabinets sur les services susceptibles d'être annoncés puisqu'eux seuls disposent des larges moyens financiers permettant d'assumer les frais d'une campagne publicitaire.²¹⁰

Trois approches sont possibles pour faire face à cet argument. La première se fonde sur une analyse des coûts. La seconde, sur la fonction informative de la publicité. La troisième, sur le rôle des barrières d'entrée dans un marché compétitif.

L'analyse des coûts estime que les dépenses publicitaires ne représentent qu'une fraction infime du budget de fonctionnement d'une firme établie, que ces dépenses plafonneront lorsque chaque unité supplémentaire de publicité ne permettra pas d'attirer un nombre équivalent de nouveaux clients et, qu'en conséquence, les gains anticipés par les nouvelles firmes qui envisagent d'utiliser la publicité pour s'implanter rapidement sur un marché inconnu surpassent largement les frais publicitaires.²¹¹

La fonction informative de la publicité permet de répliquer de trois manières. Premièrement, un apport supplémentaire d'information rend le consommateur apte à comparer les diverses options qui lui sont offertes et, donc, plus "volatile", moins susceptible d'être loyal envers une firme particulière.²¹² Deuxièmement, la publicité brise le monopole des avocats établis sur les réseaux de contacts, par lesquels s'entretiennent les réputations.²¹³ Troisièmement, la publicité permet à une firme inconnue qui peut offrir un nouveau service ou un service plus efficace le moyen de se faire connaître rapidement et d'établir immédiatement une pratique viable.

Le rôle des barrières d'entrée dans un marché compétitif est, d'une manière générale et sans se limiter à la publicité, une mesure socialement bénéfique lorsqu'elle est le résultat d'une incitation à l'innovation (par exemple, les brevets et les marques de commerce). L'effet de la barrière

²¹⁰ Hazard, Pearce et Stempel, *loc. cit.*, note 151, à la p. 1109: "... those firms that can mass produce these services will attract more clients. Consequently, some producers of standardizable services will grow larger, and market power in this part of the legal services market will become more centralized."

²¹¹ T. Muzondo et B. Pazderka, Professional Licensing and Competition Policy: Effects of Licensing on Earnings and Rate-of-Return Differentials, Government of Canada, Research Monograph No. 5, p. 79, cité dans Hudec et Trebilcock, *loc. cit.*, note 8, à la p. 77.

²¹² *Ibid.*

²¹³ Ringleb, Bush et Moncrief, *loc. cit.*, note 149, à la p. 1244: "Furthermore, the absence of such information enhances the market power of established lawyers in a profession in which contacts in the community are a lawyer's principal source for generating business in the absence of advertising."

d'entrée peut se prolonger tant et aussi longtemps que "...[the] *entrant's prospective demand curve is made less favourable by the mere fact of the established firm's present advertising*".²¹⁴ Elles permettent aux firmes établies d'anticiper la récolte des fruits d'un travail innovateur, sans craindre d'être chapardées par un concurrent moins efficace et moins scrupuleux. Ainsi, la publicité peut être bénéfique et nécessaire même si elle retarde l'entrée de nouveaux arrivants.²¹⁵

Cet argument, à première vue irréprochable, pose deux problèmes. Le premier, c'est qu'en dépit de l'analyse théorique qui précède, le lien empirique à établir entre la publicité et les barrières d'entrée reste incertain. Le second, c'est le problème de l'appréciation de la compétitivité d'un marché donné: avant de pouvoir envisager pour les barrières d'entrée un rôle positif, encore faut-il qu'il s'agisse d'un marché compétitif. Or, les barrières d'entrée constituent précisément l'un des critères qui permet d'évaluer le caractère plus ou moins affirmé de la compétition dans un marché. Par exemple, le marché des services juridiques témoigne actuellement de barrières d'entrée plutôt élevées, puisqu'un jeune avocat, notamment, mettra un temps assez considérable avant d'établir une pratique viable;²¹⁶ cela même est un indice de l'absence de compétition du marché, ce qui est corroboré par d'autres facteurs. Cette circularité de l'analyse des barrières d'entrée exige que l'on fasse appel à d'autres moyens d'en mesurer l'importance.

Un sondage réalisé en 1984 par Ejan Mackaay pour le Barreau du Québec menait aux conclusions suivantes:²¹⁷

Si on libéralisait les règles en matière de publicité, presque tous ceux qui font actuellement de la publicité en feraient encore et plus de la moitié en feraient davantage. Chez les jeunes, l'intention de faire davantage de publicité est plus forte que chez leurs aînés. Ils sont aussi les moins nombreux à ne prévoir aucune publicité.

Un sondage mené quelques années auparavant pour l'*American Bar Association Journal* parvenait à une conclusion similaire: "... *funds spent on advertising decrease as the number of lawyers in a firm increase and as lawyer income increases*".²¹⁸ Les avocats eux-mêmes semblent indiquer que la publicité permettrait, du moins le pensent-ils, aux membres les moins expérimentés de la profession d'établir plus rapidement une pratique viable. Il faut faire droit à cet argument puisque rien, dans l'intérêt public, ne plaide en sens contraire.

²¹⁴ J. Cubbin, *Advertising and the Theory of Entry Barriers* (1981), 48 *Economica* 189, à la p. 296.

²¹⁵ Leffler, *loc. cit.*, note 143, à la p. 73.

²¹⁶ Hudec et Trebilcock, *loc. cit.*, note 8, à la p. 91.

²¹⁷ E. Mackaay, *Les avocats du Québec devant la spécialisation et la publicité: les résultats du sondage 1984* (1984), p. 96.

²¹⁸ Mitchell, *loc. cit.*, note 205, à la p. 122.

(b) *La publicité ne crée pas d'allégeance systématique dans le marché des services juridiques*

L'argument ultime des adversaires de la publicité, dans quelque domaine que ce soit, repose sur la théorie de la différenciation des produits (ou des services). Cette théorie s'appuie sur quatre postulats de base:

- (1) L'ensemble des services peuvent être définis suivant un nombre limité d'attributs, selon les bénéfices qu'ils procurent aux consommateurs;
- (2) tout service possède un profil particulier d'attributs;
- (3) chaque consommateur privilégie différemment ces attributs;
- (4) donc, les consommateurs ne perçoivent pas les différents services d'un marché donné comme de parfaits substituts et la différenciation des services est dite exister.

Cette théorie s'articule autour de trois concepts de base. Le premier, la segmentation du marché, postule que certains groupes de consommateurs qui privilégient les mêmes attributs auront tendance à percevoir un sous-ensemble de marques comme de meilleurs substituts que les autres marques. Le second, l'allégeance systématique ("*brand loyalty*"), est à l'effet que les marques offrant, aux yeux d'un groupe de consommateurs, la meilleure combinaison d'attributs seront achetées plus fréquemment par ce groupe. Le troisième, l'inélasticité de la demande, pose que les consommateurs seront prêts à payer plus cher pour une marque dont la combinaison d'attributs correspond à leur marque "idéale". L'exemple des analgésiques est constamment cité à l'appui de cette théorie: en effet, c'est un fait avéré que Bayer continue de vendre plus de comprimés d'acide acétylsalicylique (aspirine) que toute autre marque, à deux fois le prix, même si une marque inconnue est tout aussi efficace.²¹⁹

La segmentation du marché des services juridiques est tout à fait envisageable et elle bénéficiera au consommateur: les services à faible risque seront standardisés et coûteront moins cher (services de routine), les autres, non. L'allégeance systématique, outre qu'elle doive beaucoup à la conception "manipulatrice" de la publicité, fait face à un obstacle de taille pour ce qui concerne les services juridiques: en effet, si tout le monde est susceptible de demander l'assistance d'un avocat, cela ne se produira pas plus d'une fois dans la vie de la majorité des citoyens. Ainsi, il apparaît fort improbable que la publicité sur les services juridiques soit à même de créer systématiquement une clientèle captive au profit d'un quelconque annonceur.²²⁰ Enfin, l'inélasticité de la demande est une illusion, dans la mesure où chaque client, s'il peut s'informer aux sources qu'il désire, choisira le rapport qualité/prix qui lui convient en regard du risque et du gain anticipé.

²¹⁹ Farris et Albion, *loc. cit.*, note 145, aux pp. 18-20.

²²⁰ Hudec et Trebilcock, *loc. cit.*, note 8, à la p. 88.

On peut adopter une toute autre perspective et tout de même contrecarrer l'argument de la différenciation:²²¹

For example, consumers who are new to a market may consider new products to be perfect substitutes for established products, while established customers prefer the older product since they have acquired information via consumption.

Il semble bien qu'à chaque fois qu'un argument qui relève de la conception manipulatrice de la publicité est avancé, il soit possible de l'interpréter de telle sorte qu'on fasse ressortir le caractère essentiel de l'information qu'elle véhicule et des coûts qu'elle permet d'éviter.

(c) *La publicité favorise l'innovation*

Si l'ouverture à la publicité mène à une concurrence accrue, et il y a tout lieu de penser que c'est le cas, cela est de nature à favoriser l'émergence de nouveaux services légaux, plus efficaces et plus économiques. En effet, la possibilité pour une firme de prendre avantage d'une innovation rapidement — et de créer ainsi un nouveau marché²²² — est une puissante incitation au développement de nouveaux procédés: "... *advertising, by enabling dynamics of normal market forces to operate on the delivery of legal services, may alter methods of supplying, as well as delivering, legal services*".²²³ Cette potentialité n'est même plus discutée dans le domaine pharmaceutique, où pourtant les conséquences d'une erreur de fabrication sont beaucoup plus lourdes que dans le domaine juridique. Leffler écrit que les résultats empiriques:²²⁴

... show that product promotion has a significant positive effect on the entry success of therapeutically important new drugs. Given the large potential social benefits from the more rapid adoption of superior drug therapies, restrictions on pharmaceutical promotion appear to risk large losses in consumer welfare for the promise of unproven and perhaps nonexistent gains.

Conclusion

La prohibition de la publicité des avocats ne sert pas l'intérêt public, elle le dessert. Les restrictions à la publicité sont coûteuses pour les firmes efficaces, qui ne disposent pas du moyen le plus puissant pour faire connaître leurs services. Elles sont coûteuses pour les consommateurs, qui ne reçoivent pas la part d'information à laquelle ils pourraient s'attendre en l'absence de contrôle. Elles sont coûteuses, enfin, pour l'État, qui doit faire respecter les règlements. La récente libéralisation de la publicité sur les services juridiques au Québec—qui fait suite à l'arrêt de la Cour suprême dans *Rocket c. Collège Royal des chirurgiens-dentistes d'Ontario*²²⁵—constitue donc un grand pas en avant.

²²¹ Leffler, *loc. cit.*, note 143, à la p. 72.

²²² Farris et Albion, *loc. cit.*, note 145, à la p. 27.

²²³ Hazard, Pearce et Stempel, *loc. cit.*, note 151, à la p. 1093.

²²⁴ *Loc. cit.*, note 143, à la p. 74.

²²⁵ *Supra*, note 2.

Toutefois, si la démarche est bienvenue, elle suscite l'étonnement. Considérant les conséquences de la nouvelle réglementation—baisse des tarifs, compétition accrue—qu'ont donc les avocats à gagner d'une telle libéralisation, sinon de devoir travailler plus fort pour conserver les mêmes revenus? On peut esquisser trois réponses, la première qui relève des tendances de fond des sociétés occidentales, la seconde qui tient compte de la segmentation actuelle de la profession juridique québécoise, la troisième, enfin, qui anticipe sur les développements éventuels du marché des services juridiques au Québec.

D'abord, la faillite des économies planifiées est garante de l'influence prolongée du libéralisme économique. Si le *thatchérisme* et les *reagonomics* sont derrière nous, la pensée libérale n'en demeure pas moins omniprésente, particulièrement chez les décideurs. À l'exemple des États-Unis et d'autres provinces canadiennes, on peut dire que le Québec vient d'emboîter le pas.

Ensuite, le nombre d'avocats s'accroît plus rapidement que la demande de services juridiques, et cet accroissement est d'autant plus manifeste lorsque l'économie traverse une période difficile. Les jeunes avocats sont les seuls à pouvoir bénéficier, à court terme, de la publicité, puisqu'elle leur permet de se constituer plus rapidement une clientèle. Ces nouveaux avocats sont évidemment jeunes, et surpassent en nombre leurs collègues plus âgés: selon le plus récent sondage général du Barreau, 78% des avocats québécois comptent moins de dix-huit ans de pratique, et la moitié de ceux-ci n'en comptent pas plus de sept.²²⁶ On peut présumer que cette prépondérance des jeunes avocats au sein du Barreau a incité la corporation professionnelle à promouvoir les changements intervenus le 7 novembre 1991.

Enfin, l'entrée en vigueur prochaine de la réforme du Code civil — qui provoquera vraisemblablement une judiciarisation accrue des rapports privés — et, d'autre part, la possibilité que soit retirée aux notaires l'exclusivité de certains champs de pratique (et notamment en matière immobilière), il faut prévoir un accroissement substantiel de la demande de services juridiques. Si les avocats veulent profiter de la manne, ils doivent pouvoir le faire de la manière la plus efficace et la plus rapide possible. La publicité leur offre cette possibilité. On peut penser que les revenus supplémentaires engendrés par une demande accrue compenseront amplement la chute des prix. Au surplus, si l'on considère l'opposition de la Chambre des notaires à ce projet et la tiède réaction de l'Office des professions, le Barreau du Québec est peut-être en train de réaliser un excellent coup de relations publiques en s'érigeant grand défenseur de l'intérêt public et de la libre circulation de l'information. Si cela facilite l'accès à la justice, ou à un début de justice, et permet à un nombre plus important de gens d'accéder à des services juridiques de qualité, il n'y aura rien à redire.

²²⁶ Les Avocats du Québec, Sondage général 1991, Rapport préparé par M^e Ejan Mackaay, juin-octobre 1991, cité dans (1992), 4 Maîtres 3-4:35.