

La protection des sources journalistiques en droit civil québécois : une œuvre inachevée

Nicholas Daudelin et Guylaine Bachand*

RÉSUMÉ	1167
1. L'IMPORTANCE DE LA SOURCE JOURNALISTIQUE ET LE RISQUE DE POURSUITES CIVILES.....	1172
2. LES MOTIFS JUSTIFIANT L'INSTAURATION D'UN RÉGIME D'IMMUNITÉ RELATIVE APPLICABLE AUX SOURCES JOURNALISTIQUES.....	1174
3. LES RÉGIMES D'IMMUNITÉ RELATIVE EN DROIT QUÉBÉCOIS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.....	1176
3.1 Les régimes d'immunité relative visant l'exercice des pouvoirs détenus par l'administration publique/ parapublique en cette qualité	1177
3.2 Les régimes visant à favoriser la divulgation de l'information dans l'intérêt public.....	1178
3.3 Le régime d'immunité relative prévu à la <i>Loi sur les lanceurs d'alerte</i>	1181

© Nicholas Daudelin et Guylaine Bachand, 2021.

* Nicholas Daudelin est avocat chez LCM avocats inc., et Guylaine Bachand est avocate et commissaire de la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

4. L'IMPACT DE LA MISE SUR PIED D'UN RÉGIME D'IMMUNITÉ RELATIVE POUR LES SOURCES JOURNALISTIQUES EU ÉGARD AUX DROITS DES PERSONNES QUI ESTIMENT AVOIR ÉTÉ DIFFAMÉES	1184
5. L'INCAPACITÉ DU DROIT CIVIL À PROTÉGER LES SOURCES JOURNALISTIQUES AVEC L'INFRASTRUCTURE JURIDIQUE EXISTANTE	1186
CONCLUSION	1191

RÉSUMÉ

Cet article propose une réflexion sur le régime québécois de protection des sources journalistiques instauré à la suite des travaux de la Commission Chamberland et de l'adoption du nouveau régime de protection en droit de la preuve fédéral. Les auteurs s'interrogent sur l'étendue à accorder à la protection de l'identité d'une source confidentielle afin de réellement favoriser l'épanouissement de la liberté de presse, une liberté fondamentale. Dans cette optique, l'opportunité de créer un régime d'immunité relative applicable aux sources journalistiques en droit de la responsabilité civile québécois est abordée. Les auteurs analysent les raisons pouvant justifier l'instauration de pareil régime et les conditions d'application qui pourraient être mises en place afin d'assurer la cohérence de son intégration dans le système juridique civiliste québécois.

Automne 2016, coup de tonnerre dans le monde des médias. Les journalistes Marie-Maude Denis et Patrick Lagacé, entre autres, apprennent qu'ils font l'objet d'une surveillance étroite de la part des corps policiers dans le cadre de l'exercice de leurs activités journalistiques. L'accès, sans consentement, à l'identité de leurs sources confidentielles est au cœur de leurs préoccupations. C'est tout le Québec qui est alors secoué par cette nouvelle. D'aucuns y voient une intrusion illégale et abusive du bras exécutif de l'État dans un pilier de la démocratie tandis que d'autres soutiennent qu'il s'agit là de l'exercice légitime du pouvoir d'enquête des policiers sur le chemin de la découverte de la vérité.

Le 11 novembre 2016, le gouvernement du Québec réagit promptement et met sur pied une commission d'enquête¹ chargée de faire la lumière sur les pratiques policières et les mesures propres à assurer le respect du privilège relatif à l'identité des sources journalistiques confidentielles. Les audiences s'étaleront sur plusieurs mois en 2017. Au terme de ses travaux, la commission Chamberland formule une recommandation phare : l'adoption d'une loi particulière qui assure la protection du matériel et des sources journalistiques en matière civile et pénale² :

Cette loi-parapluie permettrait de regrouper au sein d'une même loi tous les éléments d'un régime propre à assurer au Québec une véritable protection de l'information recueillie par un journaliste dans le cadre de ses activités de collecte, d'analyse et de diffusion de l'information.³ (Notre soulignement)

1. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Décret 1000-2016*, (2016) 148 G.O.Q. II, p. 6227. La commission d'enquête est nommée Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques (« commission Chamberland »).
2. Jacques CHAMBERLAND, Guylaine BACHAND et Alexandre MATTE, *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques – Rapport*, Québec, Publications du Québec, 14 décembre 2017.
3. *Id.*, p. 175.

Ce que propose la commission Chamberland est majeur : l'adoption d'un texte de loi proposant un régime de protection complet eu égard au matériel journalistique. Or, plutôt que d'épouser cette approche, le législateur québécois optera pour des modifications ciblées à certaines lois existantes. Le 15 juin 2018, le législateur québécois adopte la *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*⁴. Cette loi modifie le *Code de procédure civile*⁵ et le *Code de procédure pénale*⁶ de manière à permettre au journaliste de s'opposer à la divulgation d'un renseignement ou document au motif que ce dernier identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique confidentielle. Il incombe à la personne qui demande la divulgation de pareil renseignement ou document de démontrer que les conditions prévues dans la loi s'appliquent. La divulgation ne sera autorisée que si le renseignement ou le document ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable et si l'intérêt public de le divulguer l'emporte sur l'intérêt public de préserver la confidentialité de la source journalistique confidentielle, compte tenu notamment de l'importance de l'information à l'égard d'une question essentielle dans le cadre d'un litige, de la liberté de presse et des conséquences de la divulgation sur la source et le journaliste.

Parallèlement à la mise sur pied de la commission Chamberland, le sénateur Claude Carignan dépose un projet de loi visant à promouvoir et à protéger la confidentialité des sources journalistiques en droit de la preuve fédéral⁷. Dans le cadre de la présentation du projet de loi, il souligne les motifs pour lesquels une intervention législative s'avère requise :

Bref, les journalistes sont les exécutants de la liberté de presse, qui est reconnue comme un droit fondamental dans notre société. Cependant, les journalistes, pour être en mesure d'être ce bras actif de la liberté de presse, doivent avoir la capacité de contracter des ententes de confidentialité avec des sources qui les guident dans leurs recherches, qui les informent de stratagèmes douteux et qui leur donnent des informations cruciales dans leur recherche de la vérité. Sans ces sources, des histoires parfois scandaleuses qui minent l'intégrité de nos institutions démocratiques ou qui violent les règles les plus élémentaires de probité ou de saines pratiques de gestion

4. L.Q., 2018, c. 26.

5. Modification intégrée au c. C-25.01, art. 31.

6. Modification intégrée au c. C-25.1, art. 8.2.

7. SÉNAT DU CANADA, *Projet de loi S-231 : Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada et le Code criminel (protection des sources journalistiques)*, L.C. 2017, ch. 22.

risquent de ne jamais être dévoilées. La gangrène qui affecte l'administration publique risque alors de s'étendre de plus en plus profondément pour atteindre le cœur de nos institutions.⁸
(Notre soulignement)

Le 4 octobre 2017, le Parlement canadien adopte la *Loi sur la protection des sources journalistiques*⁹ afin d'encadrer les circonstances dans le cadre desquelles le privilège relatif à l'identité des sources journalistiques confidentielles pourra être écarté. Cette loi reprend alors en partie les paramètres établis par la Cour suprême dans l'arrêt *National Post*¹⁰, tout en inversant le fardeau de preuve à cet égard en le faisant reposer désormais sur les épaules de la personne recherchant la divulgation de l'identité de la source journalistique confidentielle¹¹.

Tant du côté du législateur fédéral que de celui du législateur québécois, on considère que la protection de l'identité de la source journalistique confidentielle est suffisante afin d'assurer le travail efficace des journalistes et l'épanouissement de la liberté de presse. Pour les législateurs, la confidentialité semble ainsi constituer la clef de voûte qui convaincra une source de se confier à un journaliste afin de dénoncer. La recommandation par la commission Chamberland d'adopter d'une « loi-parapluie » demeurera lettre morte.

La reconnaissance législative de la confidentialité des sources journalistiques est une avancée remarquable dont on ne peut que se réjouir. Un pas de géant. Mais, avec égards, nous croyons qu'il faut faire un pas de plus afin de protéger les sources journalistiques. La réflexion que nous proposons dans le présent texte vise à remettre en question le principe selon lequel le fait de protéger l'identité d'une source journalistique confidentielle contribuera nécessairement à la liberté de presse. Si la confidentialité des sources constitue un aspect important dans le cadre du processus menant à la divulgation d'une

8. SÉNAT DU CANADA, Discours du sénateur Carignan lors de la lecture du projet de loi S-231, 5 décembre 2016.

9. L.C. 2017, ch. 22.

10. *R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477 ; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592.

11. La loi prévoit également qu'il faut qu'il y ait présence d'une relation entre un « journaliste » et une « source journalistique » comme condition préalable à l'existence de la protection. De plus, la partie recherchant la divulgation doit aussi démontrer comme condition préalable un état de nécessité raisonnable. Finalement, l'exercice de pondération prévu à la loi diffère de celui expliqué dans l'arrêt *National Post*. Pour une analyse comparative entre l'ancien régime de common law et le nouveau régime fédéral prévu à la loi, voir *Denis c. Côté*, 2019 CSC 44.

information à un journaliste, elle n'est pas le seul élément déterminant. Le risque de poursuites conditionne souvent tout ce processus décisionnel qui convaincra la source de parler ou non.

1. L'IMPORTANCE DE LA SOURCE JOURNALISTIQUE ET LE RISQUE DE POURSUITES CIVILES

Les audiences de la commission Chamberland ont mis en exergue l'importance qu'ont les sources pour le travail des journalistes, qu'elles soient confidentielles ou non. Interrogée à ce sujet, la journaliste Marie-Maude Denis souligne :

Sans sources journalistiques, des sources ouvertes, des personnes qui vont venir parler à visage découvert ou des sources confidentielles dont on va taire l'identité, sans ces personnes-là il n'y a pas de journalisme d'enquête. C'est pas plus compliqué que ça. Les histoires qu'on va sortir en reportage parfois viennent de documentation, par exemple. Mais la plupart du temps c'est une personne qui nous contacte, qui sonne l'alerte pour nous sensibiliser et attirer notre regard vers des faits. Et sans ces sources-là on ne pourrait tout simplement pas faire de journalisme d'enquête. Et certaines sources qui collaborent avec des journalistes le font en prenant des grands risques personnels. Des risques de leur carrière, parfois des risques de leur situation financière, des risques parfois au niveau de la santé et de la vie. Alors c'est très important de dire à quel point il y a des personnes qui alimentent nos reportages et qui vont se mettre en péril personnellement pour le faire.¹² (Notre soulignement)

M^{me} Denis souligne dans son témoignage les risques que courent les sources qui parlent avec les journalistes, qu'elles le fassent ouvertement ou confidentiellement. Ce sont ces risques qui freinent une source de parler à un journaliste. Parmi ceux-ci, le risque lié à l'institution de recours civils à leur égard occupe une place importante dans le processus décisionnel menant à la divulgation par la source d'une information au journaliste. Ce risque n'est pas hypothétique, il s'incarne de plus en plus dans la réalité du travail journalistique. Des sources, contribuant à un reportage non encore diffusé, peuvent être mises en demeure dans le

12. Commission Chamberland. Interrogatoire de M^{me} Marie-Maude Denis par M^e Charles Levasseur, 17 juin 2017, p. 14-15.

cadre de la préparation de celui-ci à la suite de la divulgation directe ou indirecte de leur identité au cours du processus inévitable de la confrontation de la personne visée par le reportage. Le risque d'être poursuivi décourage dès lors la source de poursuivre les discussions avec le journaliste, et ce, avant même que le reportage ne soit diffusé. Plus encore, pareille situation peut avoir pour effet d'antagoniser la relation entre le journaliste et sa source. Cette dernière, insécurisée par des menaces de poursuites ou autres représailles comme la perte d'un emploi ou la rupture de liens commerciaux avec la personne visée par le reportage, pourra demander au journaliste à qui elle s'est confiée de ne pas diffuser l'information transmise. Bien que les journalistes n'aient pas l'obligation d'interrompre leur démarche journalistique à la suite de la réception de pareille mise en demeure, il n'en demeure pas moins que cela les place bien souvent dans une situation intenable sur le plan éthique : aller de l'avant avec la diffusion d'un reportage qui risque d'exposer la source à des poursuites civiles ou interrompre le processus journalistique et, partant, abdiquer leur rôle d'informer le public. De surcroît, il arrive carrément que des personnes estimant avoir été diffamées dans le cadre d'un reportage intentent des procédures judiciaires non seulement à l'égard du journaliste ayant diffusé l'information, mais également à l'égard de la source¹³. La confidentialité de l'identité de la source ne règle pas cet enjeu de la crainte d'être poursuivie. En effet, même si un journaliste propose à une source la confidentialité de son identité, il doit du même souffle, en toute transparence, l'informer que cette protection n'est pas absolue et, partant, que le risque de recours civils à son égard demeure bien réel.

La commission Chamberland était d'ailleurs consciente que le débat entourant la protection de la confidentialité de l'identité des sources journalistiques ne réglait pas l'enjeu plus global de la protection des sources journalistiques :

Certains voudraient que la Commission recommande au gouvernement d'étendre la protection de la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* aux divulgateurs qui s'adressent aux médias et d'en élargir la portée aux secteurs municipal et privé. Ils font valoir que la protection des sonneurs d'alerte favorise la collecte d'information par les journalistes. Meilleure est cette protection, meilleures sont les chances que ceux et celles qui savent parlent.

13. *Salvatore c. Grégoire*, 2012 QCCS 6703 ; *Vallières c. Pelletier*, 2009 QCCS 1211.

La position qu'ils défendent n'est pas dénuée de sens, du moins à première vue. La Commission estime cependant que la question des lanceurs d'alerte est intimement liée au travail des journalistes au quotidien, un sujet qui déborde le cadre de son mandat.¹⁴ (Notre soulignement)

La référence faite à la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*¹⁵ (« *Loi sur les lanceurs d'alerte* ») et ses mesures de protection nous amène à nous demander si l'immunité relative en matière de responsabilité civile qui y est contenue¹⁶ ne représente pas cette clef de voûte qui permettrait de rassurer les sources, confidentielles ou non, dans le cadre d'une divulgation aux journalistes. Pareille solution aurait effectivement le mérite de s'attaquer de front à l'un des motifs fondamentaux inhibant le désir d'une source de se confier à un journaliste, soit le risque de poursuites. En effet, sous l'empire d'un tel régime de protection, la source ne pourrait être tenue responsable que si elle a commis une faute intentionnelle ou lourde ou si elle a agi autrement de mauvaise foi. À l'inverse, sa responsabilité serait exclue en présence d'une faute simple. Afin d'analyser cette question, une revue des régimes d'immunité relative existants en droit civil québécois s'impose. Plus spécifiquement, le régime mis en place dans la *Loi sur les lanceurs d'alerte* sera analysé afin de déterminer s'il est opportun d'importer ce cadre de protection dans la sphère journalistique.

2. LES MOTIFS JUSTIFIANT L'INSTAURATION D'UN RÉGIME D'IMMUNITÉ RELATIVE APPLICABLE AUX SOURCES JOURNALISTIQUES

Avant d'aborder la question de l'instauration d'un régime d'immunité relative pour les sources journalistiques, il convient de revenir à la principale raison justifiant pareille réflexion : la liberté de presse.

Bien que cette liberté fondamentale soit enchâssée dans la Constitution canadienne¹⁷ depuis près d'une quarantaine d'années, son contenu demeure à être précisé. Dans l'arrêt *Lessard*, l'hono-

14. J. CHAMBERLAND, G. BACHAND et A. MATTE, préc., note 2, p. 171.

15. L.R.Q., c. D-11.1.

16. Voir art. 32. 1 de la *Loi sur les lanceurs d'alerte*.

17. *Charte canadienne des droits et libertés*, al. 2b).

Le juge McLachlin traite d'un aspect fondamental de la liberté de presse¹⁸ :

La garantie prévue par la Charte vise à protéger les valeurs sur lesquelles se fonde la liberté de la presse, comme la liberté d'expression, et comprend la recherche de la vérité. La liberté de la presse, comme la liberté d'expression, est importante pour la poursuite de la vérité, la participation au sein de la collectivité et l'accomplissement personnel. Pour atteindre ces fins, l'efficacité et la liberté de la presse dépendent de sa capacité de recueillir, d'analyser et de diffuser des informations, libres de restrictions apportées par l'État à son contenu, à sa forme ou à sa perspective, sauf celles qui peuvent se justifier en vertu de l'article premier de la Charte. (Notre soulignement)

Cet extrait met en exergue l'importance de protéger la capacité des journalistes à « recueillir des informations ». La Cour souligne que la cueillette d'informations constitue une « fonction de base »¹⁹ protégée par la liberté de presse. Afin de déterminer si cette « fonction de base » a été entravée dans le cadre de l'affaire *Lessard*, la Cour se demande ensuite si le comportement visé, la saisie de bandes vidéo diffusées, a un « effet de dissuasion sur ses [celles du journaliste] sources de renseignements ». Une conduite qui a pour effet de dissuader les sources de renseignements de parler à un journaliste ne loge donc pas à l'enseigne d'une valorisation du plein exercice de la liberté de presse. Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick*²⁰, la Cour souligne l'importance toute particulière qu'il convient d'accorder au travail journalistique en ces termes :

Les médias ont un rôle primordial à jouer dans une société démocratique. Ce sont les médias qui, en réunissant et en diffusant les informations, permettent aux membres de notre société de se former une opinion éclairée sur les questions susceptibles d'avoir un effet important sur leur vie et leur bien-être. [...] L'importance de ce rôle et la manière dont il doit être rempli suscitent des préoccupations spéciales lorsqu'un mandat est demandé pour effectuer une perquisition dans les locaux d'un média. (Notre soulignement)

18. *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421 ; voir également *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572.

19. *Société Radio-Canada c. Lessard*, préc., note 19, p. 447.

20. *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459.

Cet arrêt souligne une dimension fondamentale de la liberté de presse, soit qu'elle vise certes à protéger les fonctions de base du journalisme, comme la collecte de l'information, mais également le droit du public de prendre connaissance du fruit de ce travail : c'est le droit du public à l'information. La Cour suprême souligne dans l'arrêt *Edmonton Journal*²¹ :

Dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, notre Cour a reconnu que la liberté d'expression comportait un autre aspect, soulignant, à la p. 767, que la liberté d'expression « protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute ». C'est donc dire que, comme ensemble d'auditeurs et de lecteurs, le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. La presse joue ici un rôle fondamental. (Notre soulignement)

Bien que la Cour suprême n'ait pas accepté de reconnaître que des méthodes spécifiques de collecte de l'information soient protégées en elles-mêmes par la liberté de presse et qu'elle ait souligné sa réticence à reconnaître des immunités de nature constitutionnelle découlant de cette liberté²², il n'en demeure pas moins que l'instauration d'un régime juridique d'immunité relative aurait pour effet de favoriser les échanges entre les sources et les journalistes et agirait comme outil de valorisation de la liberté de presse et des droits sociaux promus par le législateur québécois, dont celui contenu à l'article 44 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²³, qui prévoit que « toute personne a droit à l'information, dans la mesure prévue par la loi »²⁴.

3. LES RÉGIMES D'IMMUNITÉ RELATIVE EN DROIT QUÉBÉCOIS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Bien que le présent texte ne vise pas à recenser l'ensemble des régimes existants, une analyse de la jurisprudence permet d'esquisser une classification de ceux-ci selon les objectifs ayant justifié leur mise en place. C'est à l'aune de ces objectifs que sera analysée la pertinence

21. *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, voir également *R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 28.

22. *R. c. National Post*, préc., note 11, par. 38 et s.

23. L.R.Q., c. C-12.

24. Bien que la Cour suprême ait reconnu dans *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 34 que cette disposition ne confère par un « droit fondamental », il s'agit d'un indicateur de la volonté du législateur de promouvoir le droit du public à l'information.

d'en mettre un ou non sur pied à l'égard des sources journalistiques. Nous avons rassemblé les régimes d'immunité relative existants en quatre grandes catégories : 1) les régimes visant l'exercice des pouvoirs détenus par l'administration publique/parapublique en cette qualité ; 2) les régimes qui visent à favoriser la divulgation d'informations dans l'intérêt public ; 3) les régimes qui protègent les gestes posés dans l'urgence dans l'intérêt public ou d'une personne spécifique²⁵ ; et 4) les régimes qui protègent l'État à l'égard d'une décision de politique générale²⁶. Seules les deux premières catégories seront abordées dans le présent texte pour des raisons de pertinence.

3.1 Les régimes d'immunité relative visant l'exercice des pouvoirs détenus par l'administration publique/parapublique en cette qualité

Plusieurs régimes composent cette catégorie. On peut penser à ceux prévus pour les procureurs de la Couronne²⁷, les ordres professionnels²⁸ et les organismes administratifs²⁹. Ces régimes visent à protéger les personnes qui exercent des pouvoirs d'adjudication, d'enquête ou d'inspection. Les tribunaux soulignent que ces fonctions étant tout d'abord exercées dans l'intérêt public, la collectivité a un intérêt à ce que ces fonctions soient exercées sans entraves. Les tribunaux rappellent également qu'elles s'avèrent nécessaires en ce qu'elles comportent un risque inhérent de judiciarisation en raison de leur nature. La Cour suprême mentionne à cet égard dans l'arrêt *Finney*³⁰ :

28. Comme je l'ai rappelé plus haut, les ordres professionnels régis par le *Code des professions* remplissent des fonctions

25. Art. 42 de la *Loi sur les services préhospitaliers d'urgence*, L.R.Q., c. S-6.2 ; art. 52.19 et 126 de la *Loi sur la sécurité civile*, L.R.Q., c. S-2.3 ; art. 1471 du *Code civil du Québec*.

26. *Ressources Strateco inc. c. Québec (Procureure générale)*, 2020 QCCA 18.

27. *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170 ; *Québec (Procureur général) c. Proulx*, [1999] R.J.Q. 398 (Q.C.A.) ; *Miazga c. Kvello (Succession de)*, [2009] 3 R.C.S. 339.

28. Art. 193 du *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26 ; *Bohémier c. Barreau du Québec*, 2014 QCCA 961.

29. Art. 35 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1 ; art. 42.1 de la *Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance*, L.R.Q., c. S-4.1.1 ; art. 7.10 de la *Loi sur les relations de travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., c. R-20 ; art. 16 de la *Loi sur l'assurance automobile du Québec*, L.R.Q., c. A-25 ; art. 32 de la *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, L.R.Q., c. E-6.1 ; art. 48 de la *Loi sur la retraite Québec*, L.R.Q., c. R-26.3 ; art. 135 et 273 de la *Loi sur la police*, L.R.Q., c. P-13.1.

30. *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17.

sociales considérables, diverses et souvent difficiles. Pour réaliser leur objectif fondamental de surveillance de l'exercice de la profession, ils exercent des pouvoirs réglementaires, gèrent des systèmes administratifs complexes et, parfois, par l'intermédiaire de certains comités, remplissent des fonctions de nature juridictionnelle.

29. On ne saurait nier en particulier les difficultés inhérentes, pour un organisme tel que le Barreau, à la mise en œuvre de ses pouvoirs en matière d'inspection professionnelle et de discipline. Bien qu'elles visent à réaliser des objectifs de formation et de prévention, les mesures d'inspection professionnelle peuvent exiger un examen approfondi des méthodes de pratique d'un avocat et mettre en jeu son droit d'exercer la profession. La discipline ne peut que provoquer des affrontements. (Notre soulignement)

Le caractère conflictuel des pouvoirs exercés par ces personnes ou organismes est au cœur du fondement justifiant l'existence de ces régimes d'immunité relative. L'immunité relative permet de rassurer ces personnes en atténuant la crainte qu'elles pourraient avoir quant aux représailles juridiques qu'elles pourraient subir en raison de leurs fonctions. Sans ces régimes d'immunité relative, l'efficacité des pouvoirs d'adjudication, d'enquête et d'inspection pourrait également être diminuée par l'institution de procédures judiciaires parallèles visant à les paralyser ou court-circuiter.

Il appert de ce qui précède qu'un régime d'immunité relative écartant la responsabilité d'une source journalistique en présence d'une faute simple partage les mêmes objectifs que ceux compris dans la présente catégorie. En effet, il vise à protéger une fonction qui comporte intrinsèquement un aspect conflictuel en ce qu'une source qui se confie à un journaliste le fait dans une optique de dénonciation à l'égard d'autrui. Plus encore, un régime d'immunité relative protégeant la source journalistique est animé, tout comme les régimes de la présente catégorie, par un désir d'éviter que la judiciarisation potentielle des gestes posés ait comme effet de décourager les personnes exerçant cette fonction de l'exercer.

3.2 Les régimes visant à favoriser la divulgation de l'information dans l'intérêt public

Plusieurs régimes d'immunité relative visent quant à eux à favoriser l'exercice plein et entier de la liberté d'expression d'une

personne étant donné l'intérêt qu'a le public à prendre connaissance du message véhiculé par cette même personne. L'intérêt du public ne réside pas nécessairement dans le contenu du message en tant que tel, mais dans le fait que la personne s'exprime. C'est « l'occasion de divulgation » que l'on souhaite protéger. Les exemples les plus évidents sont les immunités prévues pour les avocats et les témoins dans le cadre des procédures judiciaires. Dans ce contexte, la société souhaite favoriser l'exercice par ces personnes de leur liberté d'expression, sans crainte de responsabilité découlant d'une faute simple. La jurisprudence souligne ce principe pour les avocats³¹ :

[103] Les auteurs Baudouin, Deslauriers et Moore rappellent que « le législateur a conféré une immunité totale ou partielle à certaines personnes dans l'exercice de leurs fonctions, de manière à encourager la liberté d'expression de leurs opinions et, par-delà, à assurer le fonctionnement de certaines institutions », tels les parlementaires fédéraux, députés et sénateurs, les membres de l'Assemblée nationale, les juges fédéraux et provinciaux.

[104] La jurisprudence reconnaît également à certaines personnes le bénéfice d'une immunité relative, tels les élus municipaux, les policiers, les témoins experts dans une instance judiciaire et les avocats plaideurs.

[105] Dans ce dernier cas, la responsabilité personnelle de l'avocat vis-à-vis les tiers est de nature extracontractuelle. Les auteurs précisent :

2-131 – Diffamation – L'avocat peut parfois encourir une responsabilité personnelle vis-à-vis des tiers et également faire encourir celle-ci à son propre client ou à ses associés. Elle est alors de nature extracontractuelle. Une illustration courante est celle où, dans des documents ou pièces de procédure au nom de son client, l'avocat diffame la partie adverse. L'avocat jouit cependant d'une immunité relative puisque, dans l'intérêt même de la justice, il est important que le débat judiciaire puisse avoir lieu d'une façon directe

31. *Pop c. Boulanger*, 2019 QCCS 2520, voir également : *Chionis c. Gaudet*, 2006 QCCS 2928 ; *Lawyers Title Insurance Corporation c. Michalakopoulos*, REJB 2004-71628 (QC C.S.) ; *Terreault c. Bigras*, 2005 QCCA 1243 ; *Bureau c. Bouchard*, 2002 CanLII 53285 (QC C.A.) ; *Joseph c. Bourghol*, 2018 QCCS 5388 ; *Charland c. Fournier*, 2019 QCCS 768 ; *Poirier c. Poitras*, 2018 QCCS 3587.

et franche. Celui-ci doit toutefois être frappé au coin de la bonne foi. [...] (Notre soulignement)

Pour les témoins dans une instance judiciaire³² :

[46] Le contexte factuel dans lequel les propos incriminés ont été prononcés, en l'occurrence une audition à caractère judiciaire, exclut tout élément fautif de la part de l'appelant. Les auteurs Baudouin et Deslauriers écrivent ce qui suit par rapport à l'immunité relative dont bénéficient les témoins à une enquête judiciaire :

1-301 – Témoins – Une saine administration de la justice impose qu'un témoin dans une instance judiciaire, puisse parler sans crainte de se voir subséquemment recherché en dommages pour les paroles prononcées par lui. La tradition jurisprudentielle veut qu'il jouisse d'une immunité relative. En d'autres termes, le témoin est protégé à l'égard des déclarations qu'il fait de bonne foi et qui sont pertinentes à l'interrogatoire. Il encourt, par contre, une responsabilité ordinaire pour le parjure, les propos véritablement diffamatoires au sens strict du mot ou ceux qui sont sans pertinence avec les questions qui lui sont posées. (Notre soulignement)

Il appert de ces deux régimes d'immunité relative que la « saine administration de la justice » est l'intérêt collectif qu'il faut favoriser, quitte à priver la partie s'estimant lésée de se prévaloir des règles générales de la responsabilité civile (faute simple).

Au-delà des immunités reliées aux participants du système judiciaire, d'autres textes de loi en prévoient afin de valoriser la divulgation d'informations. Ces textes de loi véhiculent comme message auprès du justiciable qu'il vaut mieux divulguer, même si cette divulgation est susceptible de constituer une violation d'autres obligations, lorsque certains intérêts collectifs sont en jeu. Il en va ainsi de l'immunité prévue à l'article 1472 du *Code civil du Québec* qui, place la sécurité et la santé du public au cœur de l'intérêt collectif justifiant un régime d'immunité relative :

32. *G. R. c. F. P.*, 2010 QCCS 1455, voir également : *F.L. c. Marquette*, 2012 QCCS 4931 ; *Groszman c. Tisolis*, 2007 QCCS 2424, par. 16 ; *Lavoie CGA & Associés inc. c. Acier-Inxoy Lab inc.*, 2012 QCCS 6257 ; *Audet c. Landry*, 2009 QCCS 3312 ; *Bouffard c. Gervais*, [2004] R.J.Q. 1782, EYB 2004-65888 (QC C.S.).

1472. Toute personne peut se dégager de sa responsabilité pour le préjudice causé à autrui par suite de la divulgation d'un secret commercial si elle prouve que l'intérêt général l'emportait sur le maintien du secret et, notamment, que la divulgation de celui-ci était justifiée par des motifs liés à la santé ou à la sécurité du public. (Notre soulignement)

Il en va également de même pour l'immunité relative prévue à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, qui protège certaines personnes lorsqu'elles dénoncent de « bonne foi » des situations dans le cadre desquelles la sécurité ou le développement d'un enfant est en jeu³³.

À la lumière de ce qui précède, il convient de se demander si la relation entre la source et le journaliste constitue une occasion de divulgation qui porte, en elle-même, un intérêt public d'une telle importance qu'il faille lui accorder une protection particulière par l'entremise d'un régime d'immunité relative. L'analyse du régime prévu dans la *Loi sur les lanceurs d'alerte* est pertinente à cet égard pour la raison que la source journaliste remplit un rôle semblable à celui d'un lanceur d'alerte, soit de dénoncer des actes socialement répréhensibles.

3.3 Le régime d'immunité relative prévu à la *Loi sur les lanceurs d'alerte*

Le régime d'immunité relative prévu à la *Loi sur les lanceurs d'alerte* s'inscrit dans cette dernière catégorie des régimes d'immunité qui visent à favoriser la divulgation d'informations, et ce, au motif qu'un intérêt public supérieur le justifie. L'article 32.1 de la *Loi sur les lanceurs d'alerte* prévoit ce qui suit :

32.1. Toute personne qui, de bonne foi, effectue une divulgation ou collabore à une vérification ou à une enquête menée en raison d'une divulgation n'encourt aucune responsabilité civile de ce fait. (Notre soulignement)

Adopté à la suite du dépôt du rapport de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction³⁴, ce régime d'immunité est mis sur pied afin de convaincre les lanceurs d'alerte de dénoncer des actes répréhensibles

33. Art. 39 et 43 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 29.

34. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Décret 1119-2011*, (2011) 143 G.O. II, 9 novembre 2011 (« commission Charbonneau »).

constatés à l'égard d'organismes publics. Conscient que la crainte de représailles constitue le principal frein à la divulgation, le législateur québécois a donc décidé de mettre sur pied un régime complet anti-représailles. Ce régime prévoit non seulement l'interdiction d'user de représailles à l'égard du lanceur d'alerte dans le cadre de sa relation d'emploi, mais lui offre également une protection sur le plan de la responsabilité civile. La commission Charbonneau souligne l'intérêt collectif poursuivi par l'instauration d'un régime complet de protection des lanceurs d'alerte³⁵ :

Afin de favoriser une plus grande participation des citoyens à l'assainissement des pratiques contractuelles relatives aux infrastructures publiques, au financement des partis politiques liés à ces pratiques, et à l'infiltration de l'industrie de la construction par le crime organisé, la Commission est d'avis qu'un régime général de protection des lanceurs d'alerte s'impose. Un tel régime permettrait non seulement d'assurer la protection de tous les lanceurs d'alerte, mais aussi de leur offrir l'accompagnement et le soutien requis, notamment au plan financier. C'est qu'en dépit des recours à leur portée, les lanceurs d'alerte peuvent avoir à engager des dépenses importantes pour faire valoir leurs droits, notamment lorsqu'ils font face à de grandes organisations aux ressources financières importantes, qui ont la capacité de mener une lutte judiciaire de longue durée. (Notre soulignement)

L'instauration d'un régime d'immunité relative à l'égard des sources journalistiques poursuivrait les mêmes objectifs en ce qu'il favoriserait « une plus grande participation des citoyens » à la vie démocratique par la dénonciation à des journalistes d'actes répréhensibles d'intérêt public. Lorsqu'une personne se confie à un journaliste, elle remplit les mêmes fonctions sociales qu'un lanceur d'alerte en vertu de la loi. Plus encore, elle instigue le processus de cueillette d'informations du journaliste, une fonction de base de la liberté de presse. Ce faisant, il nous apparaît que l'intérêt collectif poursuivi par la relation entre un journaliste et une source franchit ce seuil d'importance sur le plan social permettant de lui accorder une importance prépondérante.

35. France CHARBONNEAU et Renaud LACHANCE, *Rapport final de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, tome 3, novembre 2015, p. 110-111.

La *Loi sur les lanceurs d'alerte* prévoit spécifiquement à qui une personne doit divulguer un acte répréhensible afin de pouvoir bénéficier de l'immunité relative.³⁶ Les journalistes sont exclus de cette liste, à l'exception d'un cas de figure :

7. Si une personne a des motifs raisonnables de croire qu'un acte répréhensible commis ou sur le point de l'être présente un risque grave pour la santé ou la sécurité d'une personne ou pour l'environnement et qu'elle ne peut, compte tenu de l'urgence de la situation, s'adresser à l'une des personnes visées à l'article 6, elle peut divulguer au public les renseignements qu'elle estime raisonnablement nécessaires pour parer à ce risque et bénéficier de la protection contre les représailles prévue au chapitre VII.

Toutefois, cette personne doit, au préalable, communiquer ces renseignements à un corps de police ou au Commissaire à la lutte contre la corruption. De plus, la communication de ces renseignements ne doit pas avoir comme effet prévisible de nuire aux mesures d'intervention pour parer au risque grave pour la santé ou la sécurité d'une personne ou pour l'environnement. (Notre soulignement)

Il est permis de s'interroger sur la raison pour laquelle les journalistes ont été exclus de cette liste en dehors de ce cas de figure. En effet, le fait pour un lanceur d'alerte de se tourner vers un journaliste, qui mènera ensuite son enquête eu égard aux allégations soulevées afin de déterminer s'il est raisonnable d'en informer le public, paraît loger à l'enseigne de l'objectif entretenu par un processus de dénonciation d'actes répréhensibles, soit la protection de l'intérêt commun par la dénonciation. Le journaliste n'est pas différent des personnes autorisées à recevoir une divulgation en vertu de la *Loi sur les lanceurs d'alerte* : il reçoit l'information et fait enquête avec diligence. Ce faisant, si la dynamique communicationnelle prévue à la *Loi sur les lanceurs d'alerte* mérite une protection accrue, il nous apparaît raisonnable de soutenir qu'il devrait en être de même à l'égard de celle entretenue entre un journaliste et une source. Finalement, la pertinence d'analyser la *Loi sur les lanceurs d'alerte* ne s'arrête pas là. Celle-ci confirme également qu'à elle seule, la confidentialité est insuffisante pour favoriser l'épanouissement de la fonction de lanceur d'alerte. En effet, le régime anti-représailles s'ajoute à la confidentialité du lanceur d'alerte afin de former un régime cohérent favorisant

36. Voir art. 6 de la *Loi sur les lanceurs d'alerte*.

réellement la divulgation d'actes répréhensibles³⁷. C'était d'ailleurs la conclusion à laquelle en était venue la commission Charbonneau dans son rapport³⁸. Il est soumis qu'il en va de même pour la source journalistique, l'absence de représailles étant également cruciale à l'épanouissement de la relation entre la source et le journaliste.

4. L'IMPACT DE LA MISE SUR PIED D'UN RÉGIME D'IMMUNITÉ RELATIVE POUR LES SOURCES JOURNALISTIQUES EU ÉGARD AUX DROITS DES PERSONNES QUI ESTIMENT AVOIR ÉTÉ DIFFAMÉES

La mise sur pied de pareil régime d'immunité relative à l'égard de la source journalistique s'oppose au principe cardinal du droit privé selon lequel tous sont égaux devant la loi³⁹. Une personne qui commet une faute génératrice de responsabilité doit pouvoir être poursuivie par la partie qui s'estime lésée. Le régime de l'immunité relative heurte d'une certaine manière ce principe en ce qu'il exige que la faute ayant engendré un préjudice revête une certaine gravité, un certain seuil afin que la victime puisse obtenir réparation. Il demeure important de souligner qu'il ne le compromet cependant pas complètement comme le fait le régime de l'immunité absolue, dans le cadre duquel aucune possibilité de réparation n'existe pour la victime, et ce, peu importe la gravité de la faute commise⁴⁰.

En outre, un régime d'immunité relative applicable à la source journalistique est moins attentatoire au droit de poursuivre de la personne s'estimant diffamée que cela ne peut paraître. En effet, il est important de souligner que la personne s'estimant lésée pourra toujours se prévaloir des règles habituelles de la responsabilité civile à l'égard du journaliste ou du média qui l'embauche en ce qu'une faute simple causale demeurera suffisante à leur égard, l'immunité relative ne pouvant bénéficier qu'à la source. À la lumière de ce contexte, l'atteinte au droit de s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation apparaît minimale. À l'opposé, les bénéfices découlant de pareille immunité sont nombreux : favorisation de la divulgation d'informations d'intérêt public aux journalistes en raison de l'élimination d'une préoccupation importante inhibant le désir de divulgation des sources, facilitation du travail de collecte de l'information pour le journaliste, mise au rancart des tactiques d'intimidation des sources

37. Voir art. 12 de la *Loi sur les lanceurs d'alerte*.

38. F. CHARBONNEAU et R. LACHANCE, préc., note 35, p. 109-110.

39. *Nelles c. Ontario*, préc., note 27.

40. *Id.*

par les personnes visées dans le cadre de la préparation des reportages et, ultimement, renforcement de la liberté de presse par une plus grande diffusion d'informations d'intérêt public.

Finalement, il convient d'aborder une crainte souvent exprimée en lien avec une telle protection, soit la transmission davantage d'informations fausses aux journalistes. D'emblée, soulignons que si la source sait que les informations sont fausses, elle ne sera pas protégée, l'immunité proposée n'étant que relative. Cela devrait ainsi refroidir les ardeurs des personnes animées par un dessein malveillant. L'instauration du présent régime d'immunité relative est donc neutre à cet égard. Demeure le cas de figure dans le cadre duquel une source non consciente du caractère faux de l'information n'aurait pas transmis celle-ci auparavant, par crainte d'être poursuivie si jamais l'information s'avérait ne pas être exacte. Une fois de plus, il convient de rappeler que si la source a fait preuve de négligence grossière en ce qu'il était évident qu'elle aurait pu savoir que l'information était fausse, elle ne sera pas protégée, l'immunité n'étant que relative. Le principal effet de la mise en place d'un régime d'immunité relative réside donc dans le fait que davantage de sources, qui n'ont pas fait des vérifications étendues à l'égard des allégations qu'elles entendent communiquer aux journalistes, se sentent à l'aise de se confier. Or, avec égards pour l'opinion contraire, ce sont précisément ces comportements qu'il convient d'encourager dans le cadre d'une société démocratique basée sur la liberté de presse. La source n'est pas là pour faire une enquête préalable à la divulgation de l'information au journaliste. Cela n'est pas son rôle, mais plutôt celui du journaliste, qui est formé à cet égard. Dans ce contexte, le fait qu'une source ne fasse pas diligence afin de vérifier l'information qu'elle communiquera au journaliste ne revêt pas le degré de péril que certains aimeraient y voir. Bien qu'inapplicable en droit civil québécois, la défense de common law de « qualified privilege » développée en droit de la diffamation résume ce principe en protégeant une diffusion d'une information fausse lorsqu'une « personne qui communique des renseignements a un intérêt ou une obligation légale, sociale ou morale, de les transmettre à une autre personne qui a un intérêt réciproque à les recevoir ». Cette défense se base sur ce raisonnement sous-jacent qui devrait également animer la mise en place d'un régime d'immunité relative de la source journalistique en droit civil :

L'intérêt et le bien-être communs de la société exigent parfois que la communication puisse se faire sans entrave. En formulant le principe de l'immunité circonstancielle, le droit reconnaît que des propos faux et diffamatoires peuvent parfois

contribuer à l'atteinte de fins sociales souhaitables.⁴¹ (Notre soulignement)

5. L'INCAPACITÉ DU DROIT CIVIL À PROTÉGER LES SOURCES JOURNALISTIQUES AVEC L'INFRASTRUCTURE JURIDIQUE EXISTANTE

D'aucuns pourraient soutenir que la mise en place d'un régime d'immunité relative est superfétatoire en ce que la notion de faute en droit civil québécois, qui s'apprécie contextuellement, est suffisamment flexible afin de tenir compte du contexte dans lequel une source se confie aux journalistes. Essentiellement, cela revient à soutenir que le droit civil sera plus permissif à l'égard de la dénonciation d'une source au motif que cette dernière ne diffuse pas à large spectre son message ou qu'elle joue un rôle crucial dans le cadre d'une société démocratique. Cet argument est valable et s'inspire par analogie d'une réflexion que la Cour suprême a déjà menée dans l'arrêt *Prud'homme*⁴² quant à la place réservée en droit civil au régime d'immunité relative de common law applicable aux élus municipaux en matière de liberté d'expression :

59. Pour éviter pareil résultat, tout en utilisant des techniques juridiques conciliables avec les méthodes du droit civil, la solution de l'importation pure et simple de l'immunité relative ne paraît ni souhaitable ni nécessaire. Il faut en effet d'abord rechercher si le droit de la responsabilité civile québécois comporte des règles capables d'assurer une protection équivalente à l'élu municipal et sauvegarder les valeurs et intérêts sociétaux qu'entend préserver la règle de l'immunité relative applicable à l'élu municipal en common law. Cette méthode de transposition repose ici sur le constat de la flexibilité du concept de faute dans le droit civil québécois. Fondée sur un examen objectif d'un comportement raisonnable, la qualification juridique du comportement conserve toutefois un caractère contextuel. Celui-ci permet de prendre en compte la situation de l'auteur de l'acte en litige pour y intégrer les valeurs et les intérêts qui permettront de déterminer, au terme de l'analyse, si une faute civile a été commise. Ce caractère contextuel de la faute et l'existence d'une présomption de bonne foi permettent de

41. *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 30.

42. *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663 ; voir également *Croix Brisée du Québec c. Réseau de télévision T.V.A. inc.*, 2004 CanLII 8167 (QC C.S.) ; *Dubois c. Robert*, 2008 QCCS 1426.

conclure que l'application des règles du droit de la responsabilité civile assurera la protection des intérêts et des valeurs que le droit de l'administration publique veut protéger, en définissant le statut de l'élu municipal. En d'autres termes, la défense d'immunité relative a son équivalent en droit civil et celui-ci doit recevoir son application conformément, d'ailleurs, à la volonté législative qu'exprime l'art. 1376 C.c.Q. Comme le faisait remarquer Gaudreault-Desbiens, *loc. cit.*, p. 502 :

En droit civil québécois, l'application des règles ordinaires de la responsabilité civile permet de protéger l'élu municipal sans avoir recours à une notion extrinsèque. En ce sens, l'immunité relative qu'accorde le droit civil à l'élu municipal ne constitue qu'une simple défense de justification qui invoque a priori l'absence de faute de l'élu, compte tenu de ses fonctions, des devoirs qu'elles supposent et des circonstances particulières de l'espèce. En effet, les règles de la responsabilité civile veulent que le comportement de l'élu soit apprécié objectivement, en référant au comportement qu'auraient adopté, dans les mêmes circonstances, des acteurs comparables. Ce que l'on appelle « immunité relative » n'est donc, en droit civil, que la défense de celui qui a pu poser un acte objectivement dommageable, mais qui n'est pas pour autant en faute, parce que cet acte a été posé dans l'exercice normal de fonctions publiques, que ces fonctions lui imposaient un devoir de poser cet acte (ou que celui-ci peut être rattaché à un devoir inhérent auxdites fonctions), qu'il était donc dans l'intérêt public de le poser et qu'en le posant, son auteur a agi avec tous les soins qu'un acteur comparable aurait raisonnablement pris dans les mêmes circonstances.

60. En droit civil québécois, les critères de la défense d'immunité relative sont autant de circonstances à considérer dans l'appréciation de la faute. Par conséquent, les seules règles applicables à l'action en diffamation intentée contre un élu municipal québécois demeurent alors les règles prévues au Code civil. Ces règles doivent cependant être appliquées de façon contextuelle en tenant compte des exigences liées à la fonction d'élu municipal et des contraintes spécifiques de l'administration municipale. Elles peuvent aussi intégrer le contenu de l'autre défense proposée par l'intimé, celle de commentaire loyal et honnête, qu'il convient maintenant d'examiner. (Notre soulignement)

Avec égards pour l'opinion contraire, nous considérons que cette analyse menée par la Cour suprême à l'égard de l'exercice de la liberté d'expression d'un élu ne peut être appliquée à la source journalistique. En effet, il est pertinent de rappeler que cette analyse repose sur le fait que la Cour suprême conclut que dans le cas d'un élu municipal :

[L]immunité relative est si intimement liée à la nature publique des fonctions exercées par le conseiller municipal et aux exigences propres à celles-ci qu'elle doit être reconnue comme principe de common law publique, applicable en droit québécois.⁴³ (Notre soulignement)

C'est donc en raison du fait que l'exercice de la liberté d'expression d'un élu municipal relève du droit public que la Cour suprême reconnaît que la notion de faute doit tenir compte de l'importante latitude offerte par la common law à cet égard. Cela n'implique pas que la Cour suprême ait voulu nécessairement subsumer la défense d'immunité relative (« qualified privilege ») de la common law privée à l'analyse de la faute en droit civil de manière générale. En effet, la Cour spécifie que « si cette défense était propre à la common law privée, elle ne pourrait faire échec à l'application des règles habituelles du droit civil ». Il est donc loin d'être acquis que la notion de faute en droit civil doive tenir compte d'un principe d'immunité relative d'une source journalistique qui n'exerce pas des fonctions comparables à celles d'un élu municipal. À cet égard, la Cour d'appel, à la suite de l'arrêt *Prud'homme*, a tenu à rappeler que « la bonne foi de l'auteur négligent ne le met pas à l'abri de la responsabilité pour les dommages dont il est la cause »⁴⁴. Ce passage met en exergue qu'en droit privé québécois, la flexibilité de l'analyse contextuelle de la faute ne permettra pas de conférer une immunité à une personne négligente (faute simple) même si cette personne était de bonne foi. En ce sens, un régime d'immunité relative autonome va plus loin et protège une telle personne.

De surcroît, même s'il était possible de conclure que la flexibilité offerte par l'analyse de la faute en droit civil permettait de protéger adéquatement les sources journalistiques, il demeurerait pertinent de mettre en place un régime autonome d'immunité relative. En effet, étant donné que l'intention animant la mise sur pied d'un pareil

43. *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 42, par. 53.

44. *Lafferty, Harwood & Partners c. Parizeau*, 2003 CanLII 32941 (QC C.A.), par. 34 ; voir également *Croix Brisée du Québec c. Réseau de télévision T.V.A.*, préc., note 42, par. 84 et s.

régime est de promouvoir socialement les occasions de divulgation d'informations que sont les relations entretenues entre les sources et les journalistes, la création du régime d'immunité relative joue dès lors un rôle qui dépasse celui de la protection juridique des sources. Celui-ci constitue alors un outil de promotion et de valorisation de cette relation source-journaliste. Le régime d'immunité relative remplit ainsi une fonction sociale qui dépasse la fonction purement juridique. L'existence d'un régime spécifique aux sources est beaucoup plus persuasive afin de convaincre celles-ci qu'elles jouissent d'une certaine protection si elles parlent à un journaliste. En ce sens, un régime spécifique à cet égard frappe davantage l'imaginaire qu'une référence à une disposition générale du *Code civil du Québec*.

Finalement, le fait que le régime de la faute puisse être suffisant afin de faire intervenir les paramètres de protection souhaités par la mise en place d'un régime d'immunité relative ne constitue pas une fin de non-recevoir à la mise en place de pareil régime. Les tribunaux ont d'ailleurs souligné que le régime d'immunité relative prévu à l'article 10 de la *Loi sur la presse*⁴⁵ à l'égard de la diffusion de certains contenus était à tout événement inclus dans le régime d'analyse de la faute en droit civil prévu à l'article 1457 du *Code civil du Québec*⁴⁶. Il s'agit donc d'un exemple concret de l'existence d'un régime d'immunité relative alors que son contenu est pourtant subsumé dans l'analyse contextuelle de la faute civile.

Par ailleurs, certains pourraient prétendre que les dispositions du *Code de procédure civile*⁴⁷ permettant le rejet de procédures abusives constituent un outil permettant de rassurer les sources en ce qu'elles permettent de rejeter pareilles procédures à un stade préliminaire. D'emblée, soulignons que les journalistes doivent faire preuve de transparence auprès des sources et leur mentionner que le rejet d'une procédure pour abus au stade préliminaire constitue une mesure d'exception. Le caractère abusif d'une procédure se définit de la manière suivante :

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

L'abus peut résulter, sans égard à l'intention, d'une demande en justice ou d'un autre acte de procédure manifestement mal

45. L.R.Q., c. P-19.

46. *Desmarais c. La Presse*, 2019 QCCS 1969 ; *Guimont c. Bussière*, 2019 QCCA 280.

47. L.R.Q., c. C-25.01 (« C.p.c. »).

fondé, frivole ou dilatoire, ou d'un comportement vexatoire ou querulent. Il peut aussi résulter de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui ou encore du détournement des fins de la justice, entre autres si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics. (Notre soulignement)

À l'exception des rares cas où il est possible de démontrer que la procédure a été entreprise de manière à nuire à la source journalistique ou qu'elle constitue un détournement des fins de la justice, ce qui demeure un exercice particulièrement difficile à mener quant à la preuve à administrer⁴⁸, le principal motif pour alléguer l'abus d'une procédure demeure son caractère « manifestement mal fondé ». Or, les tribunaux se sont montrés circonspects avant de conclure au caractère « manifestement mal fondé » d'une procédure. Comme le souligne la Cour d'appel, « la peine capitale est réservée aux procédures qui constituent des abus flagrants et patents »⁴⁹. Dans ce contexte, la source devra démontrer « l'absence de toute chance raisonnable de succès »⁵⁰ de la poursuite en diffamation entreprise contre elle. Or, le recours en diffamation revêt intrinsèquement un caractère contextuel⁵¹, ce qui rend de ce fait bien souvent nécessaire la tenue d'une instruction complète. En effet, on peut penser tout d'abord à cet égard à la preuve de l'existence du préjudice en matière de diffamation qui impose le recours à une norme objective. Pour conclure à l'existence d'un préjudice, il importe de démontrer « si un citoyen ordinaire estimerait que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation »⁵² de la personne visée. Pareille analyse se prête difficilement au contexte d'une audition préliminaire basée sur une preuve parcellaire. L'appréciation de la faute en matière de diffamation est également « intimement liée aux faits et aux circons-

48. *Guimont c. Lamarche*, 2018 QCCA 828 ; *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037 ; *Trams Property Management Inc. c. Postmedia Network Inc.*, 2018 QCCS 97, requête pour permission d'appeler rejetée par 2018 QCCA 549. Pour réussir, la source devra prouver que ceux qui la poursuivent ont pour véritable but de limiter sa liberté d'expression plutôt que de vouloir obtenir une compensation en dommages pour atteinte à la réputation. Comme le mentionne la Cour d'appel dans *Acadia Subaru*, la personne qui allègue le détournement de fins de la justice devra prouver que la procédure est animée par un « objectif illégal » et a un « effet illégal ».

49. *Brazil c. Boileau*, 2020 QCCA 84, par. 11, voir également *Biron c. 150 Marchand Holding inc.*, 2020 QCCA 1537.

50. *9105-3975 Québec inc. c. Andritz Hydro Canada inc.*, 2018 QCCA 1968, par. 13.

51. *Guimont c. Lamarche*, préc., note 48, par. 15 et s.

52. *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 42, par. 34 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214.

tances de chaque affaire »⁵³, ce qui rend ainsi difficile de conclure à l'absence de toute chance raisonnable de succès du recours à un stade préliminaire du dossier. Le recours en diffamation présente une telle dimension circonstancielle en raison du fait qu'il exige du juge chargé de l'instruction de pondérer deux droits dont l'exercice s'oppose : « Le concept de diffamation exige de concilier le droit à la protection de la réputation avec celui de la liberté d'expression, puisque ce qui appartient au premier est généralement retiré du second. »⁵⁴ Ces éléments propres au recours en diffamation complexifient donc la tâche de la source recherchant à un stade préliminaire un rejet de la procédure instituée à son égard au motif que celle-ci est manifestement mal fondée.

Par ailleurs, au-delà de la difficulté pour la source journalistique de se prévaloir des dispositions en matière d'abus procédural, ce recours ne permet pas d'écarter la préoccupation à la base de la réticence à parler des sources. En effet, si une source doit déposer une demande en rejet au motif d'abus, c'est en quelque sorte « trop peu trop tard ». Sa préoccupation d'être poursuivie se sera alors matérialisée, et des coûts auront été engendrés. Plus encore, le fait pour un journaliste d'informer la source qu'elle pourra se prévaloir de ces dispositions advenant l'institution de procédures à son égard risque de ne lui être d'aucun secours dans une démarche de persuasion visant à amener celle-ci à se confier. En effet, c'est le fait d'être poursuivi en soi qui freine en amont la communication entre les sources et les journalistes et non, le risque d'être ultimement reconnu responsable du préjudice causé au terme d'une instruction au mérite.

CONCLUSION

La reconnaissance législative de l'importance de protéger l'identité des sources journalistiques confidentielles par les législateurs québécois et canadien constitue une avancée majeure dans le cadre de la protection de la liberté de presse. Elle constitue cependant un remède insuffisant lorsqu'on s'attarde aux enjeux contemporains auxquels sont confrontés les journalistes dans le cadre de leurs activités de collecte de l'information. Plusieurs sources sont réticentes à leur parler, non seulement par crainte de divulguer leur identité, mais également en raison des risques de poursuites civiles auxquelles elles s'exposent. Les journalistes n'ont que peu à leur proposer pour dissiper cette crainte. Celle-ci est légitime et raisonnable considérant

53. *Guimont c. Lamarche*, préc., note 48, par. 18.

54. *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, préc., note 52, par. 16.

que les sources sont effectivement mises en demeure et poursuivies dans notre société. Une telle réalité prive les journalistes d'informations d'intérêt public et, en ce sens, constitue une entrave à leur fonction de base protégée par la liberté de presse qui est de collecter de l'information. Les conséquences pour la liberté de presse ne s'arrêtent pas à celles subies par les journalistes. C'est ultimement le droit du public à l'information qui en pâtit en raison du mutisme que préfèrent adopter ces sources.

Dans ce contexte, la protection de la liberté de presse par le législateur québécois doit se poursuivre en mettant en place un régime « parapluie » anti-représailles pour les sources journalistiques, dont la pierre angulaire serait la mise en place d'un régime d'immunité relative à l'égard de leur responsabilité civile. Un tel régime ne serait pas ectopique. Il serait cohérent en ce qu'il partagerait les mêmes objectifs que ceux entretenus par d'autres régimes d'immunités relatives qui visent certaines fonctions ou certains rôles exercés dans l'intérêt public. Le législateur, à l'instar de ce qui a été fait pour les lanceurs d'alerte en matière d'actes répréhensibles constatés au sein d'organismes publics, se trouverait ainsi à protéger un intérêt collectif important, soit la dénonciation d'actes socialement répréhensibles. Même si pareil régime aurait comme conséquence de priver le droit de la personne s'estimant diffamée de poursuivre la source si une faute simple avait été commise de sa part, l'atteinte au droit général de cette personne d'obtenir réparation apparaît minimale. En effet, la personne s'estimant lésée pourra toujours rechercher la responsabilité de la source journalistique si une faute lourde ou intentionnelle a été commise par celle-ci ou si elle a autrement agi de mauvaise foi. Plus encore, le recours civil à l'égard du journaliste ou de l'entreprise de presse ayant diffusé l'information demeurera intact en ce qu'une faute simple de leur part sera toujours suffisante afin d'engager leur responsabilité, l'immunité relative ne bénéficiant qu'à la source journalistique. Dans ce contexte, l'instauration d'un régime d'immunité relative constitue cette dernière touche qui permettra d'offrir un régime complet de protection pour les sources journalistiques. L'œuvre sera achevée.