

Vol. 24, n° 2

Les cinq saisons de l'année 2011 en matière de vie privée

Florence Lucas*

1. HIVER 2011 – Le recours collectif en matière
de diffamation 475
2. PRINTEMPS 2011 – La vie privée et la réputation
de la personne caricaturée 480
3. ÉTÉ 2011 – L'ordonnance d'injonction en
matière de diffamation 486
4. AUTOMNE 2011 – *Crookes c. Newton* :
l'hyperlien et la diffusion sur Internet 492
5. SAISON INÉDITE – La constitutionnalité des lois
fédérales en matière de protection des renseignements
personnels et de vie privée 498

© 2012, Florence Lucas.

* Avocate au cabinet Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Le présent article retrace essentiellement le choix bien personnel de son auteure, au gré des saisons, de différents développements juridiques survenus au cours de l'année 2011 en matière de vie privée, touchant notamment les droits à la réputation, à la dignité, à l'image et à la vie privée.

1. HIVER 2011 – Le recours collectif en matière de diffamation

En début d'année 2011, la Cour suprême du Canada s'est intéressée à la recevabilité d'un recours collectif en matière d'atteinte à la réputation et à la dignité et s'est ensuite prononcée à cet égard.

Le 17 février 2011, elle rendait une décision attendue (à six juges contre un – la juge Rosalie Silberman Abella étant dissidente) dans l'affaire *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*¹, issue des tribunaux québécois.

La Cour suprême résume ainsi le recours de Farès Bou Malhab :

Dans le cadre d'un recours collectif, M a demandé réparation pour le préjudice que les membres du groupe qu'il représente allèguent avoir subi par suite de propos racistes tenus par A – un animateur radio connu pour ses remarques provocatrices – à l'endroit de chauffeurs de taxi montréalais de langue maternelle arabe et créole. En commentant l'industrie du taxi à Montréal, A a proféré des accusations de malpropreté, d'arrogance, d'incompétence, de corruption et de méconnaissance des langues officielles.

Dans un premier temps, il serait bon de rappeler qu'un recours collectif ne peut être exercé que si une autorisation est obtenue en vertu des articles 102 et 103 du *Code de procédure civile*. Si cette autorisation est accordée, les parties procèdent sur le fond et la partie demanderesse doit établir la responsabilité du défendeur.

1. 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214.

Or, la juge Diane Marcelin de la Cour supérieure du Québec avait rejeté la demande d'autorisation d'exercer le recours, jugeant que, compte tenu de la taille considérable du groupe, il serait impossible de prouver un lien de causalité entre ses propos et un préjudice subi par chaque membre du groupe personnellement².

La Cour d'appel a infirmé cette décision et autorisé l'exercice du recours collectif, estimant que la taille d'un groupe pouvait rendre la preuve d'un préjudice individualisé difficile, mais jugeant néanmoins qu'il appartenait au tribunal de déterminer au fond [...] « dans quelle mesure le caractère individuel de l'atteinte à la réputation était réduit ou même anéanti par la taille de la collectivité visée en prenant en compte la nature des propos tenus et les circonstances dans lesquelles la diffamation est survenue »³.

Le recours autorisé, le juge Jean Guibault a ultimement accueilli le recours collectif de Farès Bou Malhab. Bien qu'il estime que la preuve ne révèle pas que chacun des membres du groupe a subi un préjudice personnel, se sentant lié par la décision de la Cour d'appel sur la demande d'autorisation, il supplée à cette lacune en utilisant le mécanisme de recouvrement collectif (art. 1028 et 1034 du *Code de procédure civile*). Il condamne solidairement les intimés à payer la somme de 220 000 \$ à l'Association professionnelle des chauffeurs de taxis, un organisme sans but lucratif⁴.

Cette décision sera infirmée par la Cour d'appel. Deux juges sur trois ont estimé que le citoyen ordinaire n'aurait pas accordé foi aux propos et aurait considéré que les imputations injurieuses s'étaient diluées dans la foule en raison de la taille du groupe visé⁵.

La question soumise à la Cour suprême dans le contexte de ce pourvoi vise le préjudice, soit l'atteinte à la réputation des membres du groupe.

L'atteinte à la réputation est appréciée objectivement si l'on tient compte du point de vue du « citoyen ordinaire ». La juge Marie Deschamps, pour la majorité, précise notamment ce qui suit, après avoir longuement discuté de la norme objective :

[28] [...] Il faut cependant se garder de laisser glisser l'analyse du préjudice vers un troisième niveau et de se deman-

2. SOQUIJ AZ-01021767.

3. [2003] R.J.Q. 1011, par. [51] (C.A.).

4. 2006 QCCS 2124, [2006] R.J.Q. 1145 (C.S.).

5. 2008 QCCA 1938, [2008] R.J.Q. 2356 (C.A.).

der, comme semble l'avoir fait la majorité de la Cour d'appel (par. 73), si le citoyen ordinaire, se portant lui-même juge des faits, aurait estimé que la réputation de la victime a été déconsidérée aux yeux d'un public susceptible d'ajouter foi aux propos de M. Arthur. C'est plutôt ce citoyen ordinaire qui est observé par le juge et qui incarne les « autres ».

[...]

[30] Mes commentaires sur la faute révèlent déjà que le recours à une norme objective n'est pas nouveau. En réalité, le citoyen ordinaire est le pendant, pour le préjudice, de la personne raisonnable auquel le droit a recours pour l'évaluation de la faute. S'ils ont en commun leur caractère objectif, les deux concepts ne se confondent toutefois pas. Le comportement de la personne raisonnable exprime une norme de conduite dont la violation constitue une faute. Le citoyen ordinaire constitue plutôt une incarnation de la société qui reçoit les propos litigieux. C'est donc à travers les yeux de ce citoyen ordinaire, récepteur des propos ou des gestes litigieux, que le préjudice est évalué.

[...]

[32] Le recours à une norme comme celle du citoyen ordinaire en tant que critère de détermination d'une atteinte à la réputation présente un avantage pratique indéniable. Une telle norme constitue un repère rationnel et objectif. Elle permet de faciliter la preuve du préjudice, étant donné que cette preuve peut s'avérer difficile. [...] L'intérêt pratique de la norme objective est encore plus grand dans les cas de propos tenus à l'endroit d'un groupe, lorsque le préjudice peut être similaire pour toutes les personnes qui ont été visées de la même manière par les mêmes propos, et qui ont été atteintes dans ce que leur réputation a en commun. [...]

Or, cette affaire présentait une difficulté particulière liée au fait que la diffamation s'incarne à l'endroit d'un groupe de personnes. À cet égard, un recours en matière de diffamation exige que le ou les demandeurs aient, dans les faits, subi un préjudice personnel. La majorité de la Cour suprême du Canada juge que le contexte du recours collectif n'écarte pas cette exigence :

[44] Premièrement, seul un préjudice personnel confère à l'auteur d'une demande en justice l'intérêt requis pour la présen-

ter. Une demande en justice ne peut être formée que par une personne qui est apte à ester en justice (art. 56, al. 1 C.p.c.) et qui dispose d'un intérêt suffisant (art. 55 et 59 C.p.c.). Sauf dans les cas où le législateur est intervenu, un groupe sans personnalité juridique n'a pas la capacité requise pour ester en justice. Un groupe ne peut donc intentier un recours sur la base d'un préjudice qu'il prétend avoir subi à titre de groupe sans personnalité juridique. Par ailleurs, une personne ne possède pas, simplement à titre de membre d'un groupe, l'intérêt suffisant pour exercer un recours en dommages-intérêts pour un préjudice subi par le groupe à titre de groupe. Pour être suffisant, l'intérêt doit notamment être direct et personnel. Même si les attributs du groupe et ceux de la partie demanderesse ne sont pas mutuellement exclusifs, il demeure cependant que cette dernière doit être en mesure de faire valoir un droit qui lui est propre (*Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491, p. 494).

En d'autres termes, la diffamation doit outrepasser la généralité du groupe et atteindre personnellement chacun de ses membres :

[55] Ce n'est qu'une fois prouvée l'existence d'un préjudice personnel chez chacun des membres du groupe que le juge s'attarde à évaluer l'étendue du préjudice et à choisir le mode de recouvrement, individuel ou collectif, approprié. À défaut de preuve d'un préjudice personnel, le recours collectif doit être rejeté. Ainsi, et contrairement à la prétention de l'appelant, la possibilité d'ordonner un recouvrement individuel des dommages-intérêts ne déleste pas le demandeur du fardeau de prouver, en premier lieu, l'existence d'un préjudice personnel chez tous les membres du groupe. En d'autres mots, le mode de recouvrement ne permet pas de suppléer à l'absence de préjudice personnel.

Pour déterminer si un membre du groupe, certains de ses membres ou encore l'ensemble de celui-ci ont subi un préjudice personnel, la majorité de la Cour suprême met en place une liste de facteurs non exhaustive pour ce faire, soit :

- i) la taille du groupe ;
- ii) la nature du groupe ;

- iii) le lien du demandeur avec le groupe ;
- iv) l'objet réel de la diffamation ;
- v) la gravité ou l'extravagance des allégations ;
- vi) la vraisemblance des propos et la propension à emporter la dérision ;
- vii) les facteurs intrinsèques.

Ces facteurs seront certainement au cœur des décisions futures dans toute action en diffamation visant un groupe de personnes.

En l'espèce, à la lumière de ces différents facteurs, la majorité de la Cour a considéré qu'un citoyen ordinaire n'aurait pas cru que les imputations injurieuses et racistes (fautives) d'André Arthur portaient atteinte à la réputation de chacun des chauffeurs de taxi membres du recours. Étant un polémiste bien connu, André Arthur et sa généralisation outrancière donnaient à ses propos peu de vraisemblance du point de vue du citoyen ordinaire. Ce dernier aurait compris qu'André Arthur généralisait son expérience personnelle et que l'attribution de ces caractéristiques « ne pouvait relever que de l'extrapolation et de l'intolérance à l'endroit des immigrants en général ».

La juge Rosalie Silberman Abella, dissidente sur ce point, a plutôt considéré que le groupe était assez bien défini et les déclarations assez précises pour risquer manifestement, d'un point de vue objectif, non seulement de nuire à la réputation, mais aussi d'entraîner des conséquences économiques préjudiciables relatives à la clientèle.

Une deuxième décision d'intérêt a été rendue sur cette question. Le 30 mai 2011, un arrêt unanime de la Cour d'appel du Québec dans le dossier *Gordon c. Mailloux*⁶, a confirmé le jugement du 16 septembre 2009⁷ du juge Mark De Wever, lequel avait refusé l'autorisation d'intenter un recours collectif à la suite de la télédiffusion des propos racistes tenus par l'intimé Mailloux lors de l'émission *Tout le monde en parle* du 25 septembre 2005.

6. 2011 QCCA 992, J.E. 2011-1028 (C.A.).

7. J.E. 2009-1853 (C.S.).

La Cour d'appel a confirmé les conclusions du juge de première instance selon lesquelles le recours était prescrit en vertu de l'article 2929 du *Code civil du Québec* (un an à compter du jour où la connaissance en fut acquise par la personne diffamée), mais elle signale qu'un autre motif justifie ce rejet.

Faisant référence à l'arrêt précité *Bou Malhab*, l'appelant Gordon cherchait à instituer un recours fondé sur le préjudice subi par le groupe, à titre de groupe. La Cour d'appel, forte de la décision qui avait été rendue plus tôt par la Cour suprême du Canada, a conclu ce qui suit :

[19] En effet, bien que les allégations de la requête réamendée pour autorisation d'exercer un recours collectif (qui sont tenues pour avérées à ce stade) ainsi que les arguments présentés au soutien de l'appel fassent ostensiblement état d'un préjudice en termes que l'on veut personnels et particularisés, il en ressort clairement que l'appelant revendique ici comme sien le préjudice du groupe comme groupe, avançant ainsi que le recours collectif serait le seul moyen pour une communauté de se défendre. Cela, cependant, n'est pas possible, dans les circonstances.

Somme toute, l'exigence d'un préjudice personnel et les facteurs établis par la Cour suprême du Canada auront certainement un impact sur le nombre de recours collectifs déposés ou autorisés en matière de diffamation. Elle aura le mérite d'avoir clarifié définitivement les conditions pour ce faire.

2. PRINTEMPS 2011 – La vie privée et la réputation de la personne caricaturée

Nombre de décisions en matière de diffamation citent cet extrait de la doctrine de Jean-Louis Baudouin⁸ :

Toute atteinte à la réputation, qu'elle soit verbale (parole, chanson, mimique) ou écrite (lettre, pièce de procédure, *caricature*, portrait, etc.), publique (articles de journaux, de revues, livres, commentaires de radio, de télévision) ou privée (lettre, tract, rapport, mémoire), qu'elle soit seulement injurieuse ou aussi diffamatoire, qu'elle procède d'une affirmation ou d'une

8. Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, par. 475, p. 299-300.

imputation ou d'un sous-entendu, peut constituer une faute qui, si elle entraîne un dommage, doit être sanctionnée par une compensation pécuniaire. On retrouve le terme diffamation employé, la plupart du temps, dans un sens large couvrant donc l'insulte, l'injure et pas seulement l'atteinte stricte à la réputation. [Les italiques sont nôtres.]

Or, très peu d'affaires ont spécifiquement traité de vie privée et de réputation dans le contexte d'une caricature, d'où l'intérêt de la décision du juge Louis Lacoursière de la Cour supérieure dans l'affaire *Blanc c. Éditions Bang Bang inc.*⁹ en date du 12 mai 2011.

Les faits de cette affaire se résument ainsi.

La demanderesse, Michelle Blanc, est publiquement connue. Elle a atteint une notoriété certaine dans le marketing Web et a fait le choix d'assumer au grand jour son état de transgenre.

Au printemps 2010, un débat public naît entre Nathalie Petrowski, journaliste de *La Presse*, et la demanderesse Michelle Blanc sur le rôle des journalistes qui s'expriment dans les pages Facebook, les blogues et Twitter.

Le défendeur Simon Jodoin décide de commenter ce débat dans sa chronique « L'abominable homme des cons » publié sur BangBang-blog ; il intitule son article « *Michelle Blanc vs. Nathalie Petrowski : rite sacrificiel 2.0* » et l'illustre par un photomontage mettant en vedette les deux personnalités.

C'est ce photomontage qui fera l'objet du mécontentement et de la poursuite de Madame Blanc :

[17] Surplombe la première page de la Chronique un montage photo tiré d'une toile du maître Le Caravage, *Le Sacrifice d'Isaac* [5], où le visage d'Abraham est remplacé par celui de M^{me} Blanc et celui de son fils Isaac, sur le point d'être sacrifié, par celui de M^{me} Petrowski. Ce faisant, le visage de M^{me} Blanc est affublé de la barbe. [...]

Le tribunal remarque que la demanderesse a été vraisemblablement envahie d'un profond sentiment de tristesse face à cette caricature. Elle accepte que l'on s'attaque à ses idées et le texte du

9. 2011 QCCS 2624, note omise.

défendeur Jodoin ne l'indispose pas, mais elle ne s'explique pas que le débat atteigne son intégrité et qu'on la dépeigne comme « une femme à barbe, une freak, un animal de cirque. » Elle allègue l'usurpation et la violation à son droit à l'image et l'atteinte à sa réputation et la dignité.

Quant au droit à l'image, le juge Lacoursière constate que la photographie utilisée dans le photomontage se retrouve partout sur Internet et a été utilisée à plusieurs fins. Cette photographie est d'ailleurs enregistrée sur le site Gravatar.com (globally recognized avatar – en français avatar universel), soit un service en ligne qui permet d'attribuer un avatar (image) à une adresse de courriel. Le juge en conclut que :

[65] Il y a, dans ces circonstances, à tout le moins, un consentement tacite de M^{me} Blanc qui est, rappelons-le, un personnage public, à l'utilisation de sa photo.

À cet égard, rappelons que l'argument de l'usurpation du droit à l'image avait été soulevé également dans l'affaire *Perron c. Éditions des Intouchables Inc.*¹⁰ devant la Cour supérieure du Québec, à l'encontre de la caricature (dessin) du demandeur Jean Perron, postillonnant derrière un micro avec un dictionnaire de déconjugaison devant lui et un autre de « joual » dans sa poche, le tout reproduit sur la page frontispice du livre *Les Perronismes*.

La juge Danièle Mayrand avait alors considéré que :

[41] La protection conférée par la Charte et le C.c.Q. par le droit à l'image ne comprend pas la protection contre la caricature.

[42] L'image en soi est distincte de la caricature. D'ailleurs, par définition, la caricature constitue une représentation qui, par la déformation ou l'exagération de détails, tend à parodier et ridiculiser le modèle. L'image constitue plutôt la reproduction visuelle de figures qui évoquent ou font reconnaître la réalité (cinéma, photographie, télévision) [v].

[43] Si le droit à l'image comprend la caricature, cela signifie que tous les médias hebdomadaires doivent obtenir, à l'avance, le consentement de toute personne faisant l'objet d'une caricature. Cette proposition est incompatible avec la doctrine et la

10. 2003 CanLII 33321, notes omises.

jurisprudence relatives au droit à l'image et également incompatible avec le fait que lorsqu'il est discuté de « caricature » par la doctrine et les tribunaux, cela s'inscrit dans un contexte de diffamation et non du droit à l'image : [vi]

[44] Décider autrement équivaut à empêcher la parution de quelque caricature que ce soit pour ceux qui les publient, à moins d'obtenir le consentement préalable de la « victime ».

[45] Le requérant n'est associé à aucun produit publicitaire et commercial par la parution du livre « Les Perronismes », lequel se veut essentiellement un livre humoristique. Comme personnage public, le requérant peut faire l'objet de plaisanterie, de satire, de raillerie et peut être caricaturé sans son accord [vii]. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'associer l'image de Perron à un produit publicitaire ou à des fins de commercialisation mais de « caricaturer ».

Il semble donc qu'au-delà du caractère public de la photographie choisie de la demanderesse Michelle Blanc, la caricature qui nécessairement vise à illustrer et à parodier, soit pour se moquer ou critiquer un événement social ou politique, ne constitue pas une atteinte au droit à l'image et à la vie privée (à moins que son sujet ne soit pas d'intérêt public, bien entendu).

Cela nous rappelle les commentaires de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Productions Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau*¹¹ en matière de droit d'auteur :

Ces définitions sont manifestement utiles mais, en réalité, les tribunaux se sont généralement référés au texte législatif et c'est sans doute pour cela qu'ils n'ont généralement pas reconnu la défense de parodie [34]. [...]

L'absence de décision formelle sur ce point au Canada, du moins suivant mes recherches et celles des parties, découle peut-être du fait qu'en réalité, cette vision des choses est celle communément acceptée et que la véritable parodie est reconnue. Cela signifie que si un créateur produit une authentique parodie créant ainsi une œuvre nouvelle qui pastiche ou ridiculise une autre œuvre ou qui prend appui sur une autre œuvre pour se moquer ou critiquer un événement social ou politique –

11. 1999 CanLII 13258, notes omises.

c'était la situation dans Joy Music Ltd., où on avait utilisé la chanson Rock-a-Billy pour caricaturer le prince Philip – il n'y aura pas lieu à violation des droits d'auteur. À mon sens, deux critères sont rencontrés : la finalité de l'emprunt à l'autre œuvre et l'originalité de l'œuvre nouvelle. On peut discuter de la situation du « Target parody » ou celle du « Weapon parody » mais la véritable question est et demeure la suivante : Quelle est l'œuvre produite ? La parodie et le burlesque sont des genres littéraires et dramatiques. Leur objet est de critiquer par le ridicule une œuvre, une situation ou des personnes. Dès lors que l'œuvre est qualifiée ainsi, elle a sa vie propre. Toutefois, la parodie ne doit pas être un paravent pour éviter le travail intellectuel et bénéficier de la renommée de l'œuvre parodiée.¹²

Somme toute, inspiré de ce qui précède, nous sommes d'avis que la finalité de la caricature, au sens propre du terme, explique qu'elle ne puisse être considérée comme une atteinte au droit à l'image de l'individu ainsi personnifié.

Quant à l'atteinte à la réputation et la dignité, le juge Lacourrière reprend les motifs du juge Jean Normand dans *Fontaine c. Distribution Continental Inc.*¹³ (et dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel) pour résumer les circonstances susceptibles de faire d'une caricature une cause de diffamation, et notamment :

[78] La caricature vise à présenter une image. Personne ne doit croire que cette image doit être prise telle quelle ; ce serait antinomique de la définition même de la caricature. Le caractère diffamatoire doit s'apprécier en tenant compte de la déformation, (exagération, raillerie ou satire) de la réalité qui est de l'essence même de la caricature. En soi, la caricature comporte un sens de ridicule.

[79] Néanmoins, il ne faut pas en inférer pour autant que, par sa nature, la caricature ne saurait être cause de diffamation. Aucune règle particulière n'exempte le caricaturiste de l'obligation de diligence. L'écrit caricatural est soumis aux mêmes règles que les autres écrits et sa portée doit s'apprécier selon le critère de l'individu raisonnable, un lecteur moyen, pourvu de

12. À surveiller : le projet de loi C-11 modifiant la Loi sur le droit d'auteur, à son article 21, propose de modifier l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* pour y ajouter notamment, parmi les exceptions d'utilisation équitable, celle « de parodie ou de satire ».

13. 2003 CanLII 39016.

bon sens, capable de faire la part des choses ; une personne éclairée, informée, neutre, sans parti-pris ni sympathie particulière.

Dans l'affaire précitée, rappelons qu'il s'agissait d'une caricature dépeignant trois clowns dans une arène de spectacle, tirant à qui mieux mieux à coup de pistolets, jouets et fléchettes. Elle illustre les interventions assidues aux assemblées du conseil municipal du demandeur Fontaine et ses acolytes, leurs questions sur l'administration municipale et le traitement qui en avait été fait publiquement depuis plusieurs mois dans les médias, ce qui avait propulsé le demandeur sur la scène publique. Le tribunal a considéré que la caricature ne constituait pas une atteinte à la réputation du requérant :

[89] [...] Elle décrit l'atmosphère qui règne aux séances du conseil, une atmosphère créée par les trois participants mentionnés. Cette caricature représente une image raisonnable d'une situation globale telle que le perçoit l'auteur de la caricature.

À l'instar, le juge Lacoursière, suivant une analyse contextuelle du débat public mis en preuve devant lui et du texte de la chronique du défendeur Jodoin, conclut :

[81] Le Tribunal conclut que M^{me} Blanc n'a pas prouvé de faute des défendeurs. La Chronique est, de l'avis du Tribunal, un exercice de la libre expression de M. Jodoin dans le contexte d'un débat auquel a participé et qu'a nourri M^{me} Blanc.

[82] M^{me} Blanc est un personnage public. Son choix d'assumer au grand jour son état de transgenre n'est certes pas une invitation à la ridiculiser gratuitement ou sans justification. Par ailleurs, il ne la met pas à l'abri de commentaires, remarques, ironie et humour, protégés par la liberté d'expression, dont sont l'objet tous les personnages qui choisissent d'œuvrer sur la scène publique, en particulier dans le domaine de l'opinion.

Nous considérons que ces conclusions rejoignent celles de la Cour d'appel dans *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*¹⁴, qui rappelle la distinction faite dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada

14. 2009 QCCA 2201.

*WIC Radio Ltd. c. Simpson*¹⁵, soit entre le reportage journalistique qui présente des faits et le commentaire d'évènements, auquel la caricature est associée. La Cour d'appel conclut que :

[31] Bien sûr, cet arrêt rendu sous le régime de la common law ne s'applique pas directement en droit civil québécois où la défense de commentaire loyal n'existe pas. [...] Il fournit aussi des repères quant à la quantification du préjudice, notamment en soulignant que celui associé à des commentaires pouvant être bien moindre que celui découlant d'une allégation factuelle non fondée.

Somme toute, la finalité et la nature même de la caricature semblent donner à son auteur une liberté d'expression certaine et étendue, dans la mesure où il présente une image raisonnable d'une situation globale d'intérêt public qui se déroule devant ses yeux et ceux du public.

3. ÉTÉ 2011 – L'ordonnance d'injonction en matière de diffamation

Jusqu'alors, nos tribunaux étaient guidés par l'arrêt de la Cour d'appel de l'été 1997 dans l'affaire *Champagne c. Collège d'enseignement général et professionnel de Jonquière*¹⁶, et ultimement, par l'arrêt de 1998 du plus haut tribunal du pays, dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*¹⁷, où la Cour suprême citait avec approbation les critères retenus par la Cour d'appel sous la plume du juge Rothman dans l'arrêt *Champagne*.

En 2010, dans l'arrêt *Prud'homme c. Rawdon (Municipalité de)* (ci-après « Rawdon »)¹⁸, la Cour d'appel a eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur le contexte des plus restrictifs d'une demande d'injonction en matière de diffamation. Or, compte tenu de la rareté et de la spécificité de telles requêtes et ordonnances, nous jugions à propos de faire le compte rendu de l'application de l'affaire *Rawdon* et de ses principes pour l'année 2011.

15. 2008 CSC 40 (CanLII), [2008] 2 R.C.S. 420.

16. [1997] R.J.Q. 2395 (C.A.), 1997 CanLII 10001 (C.A.).

17. [1998] 1 R.C.S. 626 (en appel de la Cour fédérale).

18. 2010 QCCA 584, notes omises dans les citations reproduites.

En effet, l'injonction en matière de diffamation fait exception : elle met en cause deux valeurs fondamentales, soit le droit à la sauvegarde de sa réputation et la liberté d'expression. Les critères pour l'obtenir sont nécessairement distincts, voire plus exigeants que le cadre d'une demande pour une injonction (provisoire, interlocutoire ou permanente) traditionnelle. Les tribunaux devraient toujours être très prudents avant d'émettre une telle injonction, et ne l'accorder que dans des circonstances exceptionnelles, que dans les situations les plus claires :

[57] D'entrée de jeu, il faut reconnaître que le test traditionnel [20] pour justifier le prononcé d'une ordonnance d'injonction interlocutoire n'est pas celui qui est approprié si l'injonction recherchée vise à interdire la diffusion des déclarations diffamatoires. Cela tient essentiellement à l'utilisation inappropriée des critères du poids des inconvénients et du préjudice irréparable qui, en matière de diffamation, peuvent difficilement favoriser l'auteur des propos dits diffamatoires. Ce qui a pour effet de restreindre sinon de scléroser la liberté d'expression. C'est la conclusion à laquelle en est venue la Cour suprême dans l'affaire *Canadian Liberty Net*.

La Cour d'appel a rappelé les quatre principes importants à retenir de la jurisprudence antérieure :

[60] Dans un premier temps, le juge Rothman rappelle que la Cour supérieure a entièrement compétence pour prononcer une ordonnance d'injonction interlocutoire afin d'interdire tous propos diffamatoires, et ce, dans l'attente de l'audition au fond de l'action.

[61] En deuxième lieu, souligne-t-il, cette compétence sera exercée avec prudence. Elle sera réservée aux situations les plus claires et rares où le caractère diffamant ou injurieux des propos est évident et ne peut être justifié d'aucune façon. Encore là, l'ordonnance d'injonction ne sera prononcée que si la preuve établit, de façon prépondérante, que l'auteur a l'intention de récidiver.

[62] Troisièmement, dans tous les cas l'ordonnance recherchée doit viser des propos précis, et ce, pour deux motifs. D'abord, l'ordonnance en termes généraux qui interdit de diffamer a pour effet de porter indûment atteinte à la liberté d'expression et a nécessairement un effet de bâillon (*chilling effect*) pour la personne visée [22].

[63] Finalement, cela ne signifie pas que l'auteur de la faute ne sera pas sanctionné pour ces propos diffamatoires ou injurieux. Il le sera, le cas échéant, par l'octroi de dommages-intérêts à la suite de l'audition au fond.

Le pourvoi intenté devant la Cour d'appel dans l'affaire *Rawdon* « [7] [...] a trait à la justesse des mesures injonctives retenues par le juge de première instance au stade interlocutoire, pour contrer « une campagne de diffamation » dans un forum de discussion sur Internet. »

Dans un premier temps, la Cour d'appel a confirmé qu'à ce stade interlocutoire, les insultes et les injures, soit :

les qualificatifs tels que « crosseur », « menteur », « bitch » et « whore of Babylon » [...] « jeu de magouille », ou encore de l'affirmation que « tout ce qui sort de l'Hôtel de Ville, sans exception ou presque, a constamment et depuis la première élection de ces crétins les apparences de magouilles aux odeurs indéniables de pot-de-vin et de favoritisme » [...]

prononcées pour la plupart sous le couvert de l'anonymat, apparaissaient gratuites, les appelants n'en ayant fait aucune preuve. Sur-tout, qu'elles ne pouvaient que chercher à ridiculiser, humilier et exposer au mépris les personnes visées.

La Cour précise toutefois que les propos n'étaient pas tous diffamatoires ou injurieux.

C'est ce qui a spécifiquement fait défaut dans la décision de première instance de ce dossier. En effet, à la lumière du troisième principe précité, les trois juges de la Cour considèrent unanimement que :

[69] Par ailleurs, je conviens qu'il aurait été approprié en l'espèce d'exiger le retrait de certains propos du forum de discussion. Il s'agit des propos que j'ai identifiés plus tôt, propos prononcés sous le couvert de l'anonymat par certains appelants qui ne contiennent que des insultes, des propos dégradants et pour lesquels les auteurs n'ont soumis aucune preuve susceptible d'étayer un tant soit peu une justification quelconque. Ces propos dépassaient les bornes d'un débat d'affaires publiques.

[70] L'utilisation de l'Internet aurait rendu nécessaire cette dernière ordonnance puisque la diffusion des propos diffamatoires ou injurieux en cause se poursuivait dans le cyberspace et les propos étaient accessibles à tous les internautes.

[71] Toutefois, la fermeture complète du site Internet n'était pas justifiée. En fonction de la preuve faite, la fermeture complète d'un forum de discussion qui contient 240 pages et qui traite de la vie municipale à Rawdon m'apparaît être une mesure extrême et trop drastique car, à la limite, le but recherché était le retrait d'un maximum de 22 paragraphes. Ce type de mesure s'avérera rarement approprié puisque non seulement une telle mesure met une fin brutale aux échanges déjà effectués, mais elle prive également les participants d'un mécanisme de communication futur auquel ils ont librement adhéré.

[...]

[77] J'ajoute un dernier commentaire. En l'espèce, la juge de la Cour supérieure aurait pu, à la limite, inférer de la preuve la propension de certains appelants à répéter des propos particulièrement injurieux à l'endroit de Major et Lacroix. Dans ce contexte, elle aurait pu, de façon exceptionnelle, identifier avec précision ces propos injustifiés et ordonner aux appelants en cause de ne plus les prononcer jusqu'à l'audition au fond de l'affaire. La juge de la Cour supérieure n'a pas fait cet exercice. Il ne nous appartient pas de le faire en appel. Les événements ont évolué avec le retrait de Major et Lacroix de la vie municipale de Rawdon et la désactivation du site Internet. Prononcer une ordonnance à ce stade n'aurait qu'une portée théorique.

Ainsi, en l'espèce, bien que ce remède pouvait paraître approprié à une situation qu'on peut juger exceptionnelle, l'ordonnance trop générale du juge de première instance a été infirmée par la Cour d'appel et la requête en injonction interlocutoire a été ainsi rejetée.

Parmi les quelques décisions répertoriées par les banques de données juridiques existantes¹⁹, soit plus ou moins une douzaine²⁰,

19. AZIMUT, CAIJ, SOQUIJ, CanLII, notamment.

20. *Forensic Technology Wai Inc. c. Pyramidal Technologies Ltd.*, 2010 QCCS 2144 ; *L.M. c. CBC Radio-Canada*, 2011 QCCS 6275 ; *Petkov c. Saputo inc.*, 2012 QCCA 369 ; *Saputo inc. c. Petkov*, 2011 QCCS 6885 ; *Ward c. Labelle*, 2011 QCCS 6753 ; *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037 ; *Université de Montréal c. Côté*, 2011 QCCS 833 ; *P.P. c. Pi.P.*, 2011 QCCS 2203 ; *Gagnon c. Groupe Radio*

la moitié²¹ seulement ont mis spécifiquement en application l'arrêt *Rawdon* (et *Champagne*) et ses principes.

Notamment, dans la décision *Saputo inc. c. Petkov*²², la juge Manon Savard a jugé que les principes de l'arrêt *Rawdon* devaient guider le tribunal à l'étape de l'ordonnance permanente, et a émis une ordonnance en deux temps :

[74] ÉMET une ordonnance d'injonction permanente ;

[75] ORDONNE à Victor Petkov de ne pas diffuser, imprimer, publier, faire circuler ou de faire usage de quelque manière que ce soit, verbalement ou par écrit, par courriel ou sous tout autre médium, des propos diffamatoires contenus dans le Courriel et le Communiqué joints à la requête introductive d'instance, pièces R-1 et R-2, ou des propos analogues, en tout ou en partie, de manière :

- à laisser entendre que Saputo Inc., Impact de Montréal F.C. ou Joey Saputo font partie de la mafia, auraient proféré des menaces à l'endroit de Victor Petkov, tenteraient de le faire assassiner, le harcèlent, le tiennent en filature ou le surveillent, auraient commis des infractions criminelles ou seraient coupables d'actes criminels, ou auraient commis des activités illicites ;
- à attribuer à Joey Saputo le qualificatif de « psychopathe » ou de « racaille », ou tout autre qualificatif ayant une signification de même nature ;

[76] EXCLUT toutefois de l'injonction ci-dessus les propos suivants :

- a) tel qu'il apparaît dans le communiqué de l'Office de la protection du consommateur du 29 janvier 2009, la compagnie Saputo Groupe Boulangerie inc. a plaidé cou-

Antenne 6 inc., 2011 QCCS 1398 ; *Demtec inc. c. Lacroix*, 2011 QCCS 5393 ; *Kindinformatique.com c. Tardif*, 2011 QCCS 736 ; *Groupe BMR inc. c. Gilbert*, 2011 QCCS 4954 ; *Massé c. Tremblay*, 2011 QCCS 3735 ; *Échafaudage Falardeau inc. c. Massé*, 2011 QCCA 1825.

21. *Forensic Technology Wai Inc. c. Pyramidal Technologies Ltd.*, 2010 QCCS 2144 ; *L.M. c. CBC Radio-Canada*, 2011 QCCS 6275 ; *Petkov c. Saputo inc.*, 2012 QCCA 369 ; *Saputo inc. c. Petkov*, 2011 QCCS 6885 ; *Ward c. Labelle*, 2011 QCCS 6753 ; *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037.

22. 2011 QCCS 6885.

pable d'avoir fait de la publicité destinée aux enfants de moins de 13 ans en distribuant dans les Centres de la petite enfance du matériel publicitaire visant à faire la promotion du muffin Igor ; elle contrevenait ainsi à l'article 28 de la *Loi sur la protection du consommateur* ;

- b) Saputo Groupe Boulangerie inc. a ainsi plaidé coupable à 22 chefs d'accusation et payé des amendes totalisant 44 000 \$;
- c) Saputo Groupe Boulangerie inc. est une division de Saputo inc. ;
- d) toute condamnation future, le cas échéant, pénale ou criminelle, des Demandeurs par un tribunal compétent.

Nous sommes d'avis que ce jugement respecte le troisième principe (d'ailleurs cité par la juge Savard) voulant que l'ordonnance recherchée vise des propos précis. Ainsi, le défendeur connaît exactement et à l'avance les propos clairement diffamatoires que le tribunal a jugé opportun de prohiber, sans le bâillonner complètement.

Malheureusement, nous comprenons à la lecture de plusieurs autres décisions de 2011 que les arrêts précités et les principes particuliers d'une injonction en matière de diffamation n'ont pas toujours été plaidés et par conséquent, considérés aux termes des décisions rendues sur ce type d'injonction. Il existe encore des ordonnances générales²³. L'une de ces décisions a d'ailleurs été portée en appel, soit le jugement de l'affaire *Massé c. Tremblay*²⁴, dont le dispositif prévoit notamment :

[91] ORDONNE aux défendeurs de ne plus discuter ou commenter les compétences professionnelles, à titre d'ingénieur, du demandeur Jean Massé ni se porter à des critiques ou commentaires relativement aux plans préparés ou exécutés par le demandeur face à toute personne, notamment la clientèle du demandeur ou toute autre personne susceptible d'en faire partie.

23. *Demtec inc. c. Lacroix*, 2011 QCCS 5393 ; *Kindinformatique.com c. Tardif*, 2011 QCCS 736 ; *Groupe BMR inc. c. Gilbert*, 2011 QCCS 4954 ; *Massé c. Tremblay*, 2011 QCCS 3735 ; *Échafaudage Falardeau inc. c. Massé*, 2011 QCCA 1825.

24. 2011 QCCS 3735.

Se prononçant sur la requête pour rejet d'appel des intimés, la Cour d'appel a porté une attention toute particulière à cette dernière conclusion injonctive :

[1] Même si l'on peut entretenir des doutes sérieux sur les chances de succès de l'appel en ce qui touche la question de la responsabilité de l'appelante et celle du quantum des dommages compensatoires, il n'en va pas de même en ce qui touche l'ordonnance figurant au paragraphe 91 du dispositif du jugement de première instance. Cette ordonnance soulève une difficulté réelle tant par son libellé que par son objet ou même son opportunité. C'est également le cas de la condamnation solidaire aux dommages punitifs.

[2] La modicité des sommes en jeu, en elle-même, n'est pas une raison de rejeter l'appel à ce stade.²⁵

À notre humble avis, compte tenu de l'importance des principes et droits fondamentaux en jeu, un autre arrêt pourra bien voir le jour, réitérant le caractère exceptionnel de l'injonction en matière de diffamation et le caractère restreint des ordonnances recherchées à cet égard, et ce, en espérant cette fois que ces principes ne passeront plus inaperçus auprès des instances inférieures.

4. AUTOMNE 2011 – *Crookes c. Newton* : l'hyperlien et la diffusion sur Internet

Les principes traditionnels en matière de diffamation ont été ébranlés à la fin de cette année 2011. Internet, « l'une des grandes innovations de l'ère de l'information »²⁶, a poussé la Cour suprême du Canada à faire revoir l'interprétation traditionnelle de la notion de diffusion en matière de diffamation.

En effet, le 19 octobre 2011, un arrêt important du plus haut tribunal canadien tranchait la question de savoir si le fait de créer des hyperliens constitue en soi de la diffusion, et par conséquent, une forme de diffamation : *Crookes c. Newton*²⁷.

25. *Échaffaudage Falardeau inc. c. Massé*, 2011 QCCA 1825.

26. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45, par. 40.

27. 2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S. 269.

Les faits de ce litige sont fort simples (et communs) :

N possède et exploite en Colombie Britannique un site Web commentant divers sujets, dont la question de la liberté d'expression dans le contexte de l'Internet. L'un des articles qui y figuraient comprenait des hyperliens simples et profonds menant à d'autres sites Web dans lesquels se trouvaient des renseignements au sujet de C. C a poursuivi N, alléguant que deux des hyperliens créés par ce dernier renvoyaient à des propos diffamatoires et que N avait ainsi diffusé de l'information diffamatoire à son égard.

Ayant été débouté par les tribunaux de la Colombie-Britannique, l'appelant Crookes s'est présenté devant la Cour suprême du Canada avec cette question inédite, d'intérêt public.

Bien que les neuf juges de la Cour suprême aient unanimement rejeté le recours de l'appelant, des motifs distincts ont été présentés par la juge Abella (avec l'accord des juges Binnie, LeBel, Charron, Rothstein et Cromwell), les motifs conjoints concordants des juges McLachlin et Fish et les motifs concordants quant au résultat de la juge Deschamps.

La juge Abella, pour la majorité, a d'abord rappelé l'interprétation très libérale qui a été faite jusqu'alors de la notion de diffusion en matière de diffamation :

[16] Pour établir, dans le cadre d'une action en diffamation, qu'il y a eu diffusion des propos visés, le demandeur doit prouver que le défendeur a, par le biais d'un acte quelconque, transmis des propos diffamatoires à au moins un tiers, qui les a reçus (*McNichol c. Grandy*, [1931] R.C.S. 696, 699). Traditionnellement, la forme que revêt cet acte et la façon dont il contribue à permettre au tiers d'y accéder sont dénuées de pertinence :

[traduction] La façon dont l'information diffamatoire peut être diffusée ne connaît aucune limite. Tout acte qui a pour effet de transférer cette information à un tiers constitue donc de la diffusion. (*Stanley c. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186, par. 5, citant Raymond E. BROWN, *The Law of Defamation in Canada*, (2^e éd.), vol. 1, n^o 7.3.)

La majorité a ensuite longuement expliqué l'importance de la circulation de l'information et de la liberté d'expression sur Internet :

[32] Au Canada, avant l'avènement de la Charte, les diverses façons d'aborder le droit de la diffamation menaient largement vers la protection de la réputation. Cette situation a commencé à changer [...] dans *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420 [...] Dans ces arrêts, notre Cour a reconnu l'importance d'établir un juste équilibre entre la protection de la réputation d'une personne et le rôle fondamental de la liberté d'expression dans l'évolution des institutions et des valeurs démocratiques (Grant, par. 1 ; Hill, par. 101).

[33] Interpréter la règle en matière de diffusion de façon à exclure les simples renvois est compatible non seulement avec une appréciation plus raffinée des valeurs protégées par la Charte, mais également avec les développements spectaculaires dans le domaine de la technologie des communications. (... la Cour cite doctrines et décisions)

[34] Notre Cour a décrit la capacité de diffusion de l'information par l'Internet comme « l'une des grandes innovations de l'ère de l'information » et indiqué que le « recours à l'Internet doit être facilité, et non découragé » (SOCAN, par. 40, le juge Binnie). Les hyperliens en particulier sont un élément indispensable de son fonctionnement. Comme Matthew Collins l'explique au par. 5.42 :

[traduction] Les hyperliens sont les synapses qui raccordent les différentes parties du World Wide Web. Sans eux, le Web serait une bibliothèque sans catalogue : remplie de renseignements, mais dénuée de tout moyen sûr de trouver ceux-ci. (Voir aussi Lindsay, p. 78-79 ; Mark SABLEMAN, « Link Law Revisited: Internet Linking Law at Five Years », (2001) 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1273, 1276.)

À l'issue de cette analyse, les juges majoritaires conviennent que l'hyperlien²⁸, en lui-même, ne devrait jamais être assimilé à la

28. Un hyperlien ou lien hypertexte ou simplement lien, est une référence dans un système hypertexte permettant de passer automatiquement d'un document consulté à un document lié. Les hyperliens sont notamment utilisés dans le World Wide Web pour permettre le passage d'une page Web à une autre d'un clic : <<http://fr.wikipedia.org/wiki/Hyperlien>>.

« diffusion » du contenu auquel il renvoie, et basent leur raisonnement essentiellement sur les deux éléments suivants :

- i) l'hyperlien en lui-même est neutre sur le plan du contenu (et ce, bien qu'il soit beaucoup plus facile d'accéder au contenu d'un texte par le truchement d'hyperliens) ; et
- ii) le seul fait d'incorporer un hyperlien dans un article ne confère pas à l'auteur de celui-ci un quelconque contrôle sur le contenu de l'article secondaire auquel il mène.

Ce dernier point nous rappelle les propos de cette même Cour dans l'arrêt *SOCAN* précité, où les juges majoritaires de la Cour suprême avaient considéré que :

L'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* dispose que le participant à une télécommunication qui ne fait que fournir « les moyens de télécommunication nécessaires » n'est pas réputé en être l'auteur. [...] L'intermédiaire Internet qui ne se livre pas à une activité touchant au contenu de la communication, mais qui se contente d'être « un agent » permettant à autrui de communiquer, bénéficie de l'application de l'alinéa 2.4(1)b). Ce qui caractérise entre autres un tel « agent », c'est l'ignorance du contenu attentatoire et l'impossibilité (tant sur le plan technique que financier) de surveiller la quantité énorme de fichiers circulant sur l'Internet. Toutefois, la protection prévue à l'alinéa 2.4(1)b) s'applique à une fonction protégée, et non à toute activité possible d'un fournisseur de services Internet.

Ils avaient toutefois nuancé leurs propos ainsi :

Le fait qu'un fournisseur de services Internet sache que quelqu'un pourrait violer le droit d'auteur grâce à une technologie sans incidence sur le contenu n'équivaut pas nécessairement à autoriser cette violation, car il faut démontrer que l'intéressé a approuvé, sanctionné, permis, favorisé ou encouragé le comportement illicite. L'omission de « retirer » un contenu illicite après avoir été avisé de sa présence peut, dans certains cas, être considérée comme une « autorisation ». Celle-ci peut parfois être inférée, mais tout dépend des faits.

Or, dans l'arrêt *Crookes c. Newton*, la connaissance du contenu diffamatoire et même le refus délibéré de retirer un hyperlien

menant à un site diffamatoire n'ont vraisemblablement pas d'incidence sur la responsabilité de l'auteur de l'hyperlien, et ce, puisque l'utilisation d'un hyperlien ne peut, en soi, équivaloir à de la diffusion, à de la diffamation.

Toutefois, la juge Abella, pour la majorité, a cependant précisé que, lorsque la personne qui crée l'hyperlien répète le contenu diffamatoire, celui-ci doit être considéré comme ayant été diffusé par elle et engage ainsi sa responsabilité.

Les juges McLachlin et Fish vont plus loin et proposent dans leurs motifs conjoints concordants que, dans les cas où l'auteur adopte les propos diffamatoires contenus dans un site Web ou y adhère, il y a diffusion en vertu des règles générales du droit en matière de diffamation. Les juges s'en remettent aux propos de cette même Cour dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto* :

L'auteur d'un libelle, celui qui le répète, et celui qui approuve l'écrit, se rendent tous trois coupables de libelle diffamatoire. La personne qui prononce pour la première fois la déclaration diffamatoire et celle qui exprime son accord sont toutes deux responsables du préjudice.²⁹

Soulignons que certains ont jugé que cet arrêt pourrait ne pas avoir application en Ontario, en raison du libellé de la législation ontarienne :

*While Crookes v. Newton is definitely binding law in British Columbia, it may not be applicable in Ontario. The reasoning of both Abella and Deschamps relied on the fact that there is no presumption of publication for material posted on the Internet under the British Columbia Libel and Slander Act. The Ontario Libel and Slander Act has a similar, but more expansive, set of presumptions.*³⁰

Contrairement à l'Ontario, il n'existe pas au Québec de législation ou de recours particulier pour sanctionner la diffamation, encore moins de présomption de publication. Le recours s'inscrit dans le régime général de la responsabilité civile prévu à l'article 1457 du

29. [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 176.

30. Jacob KAUFMAN, *Supreme Court Rules Hyperlinks are not Publications*, [2012-02-14] LEXOLOGY : <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8bd9ba60-2e16-46a4-9600-901970d6d1ac>>.

Code civil du Québec. Le demandeur a droit à une indemnisation si une faute, un préjudice et un lien de causalité coexistent.

À maintes reprises, nos tribunaux ont considéré qu'il est essentiel que les propos diffamatoires soient publiés pour donner ouverture à une réclamation en dommages. Il y aura publication lorsque les propos auront été communiqués par l'auteur à au moins une personne autre que celle visée par les propos³¹. Ainsi libellée, la notion de publication en droit québécois rejoint celle de la diffusion, circonscrite dans l'analyse de la majorité de la Cour suprême dans l'affaire *Crookes c. Newton*. Il est donc à prévoir que nos tribunaux confirmeront l'application des motifs et conclusions de cet arrêt aux éventuels recours en diffamation de notre juridiction, ce qui impliquera bien entendu la problématique des hyperliens sur Internet.

La question demeure à savoir si cet arrêt aura une incidence invoquée et pourra faire l'objet d'une analogie dans le cadre de l'interprétation future des notions de publication, reproduction et représentation propres à la *Loi sur le droit d'auteur*, mais également si cet arrêt pourra servir d'argument pour les détracteurs du *Tarif provisoire d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement post-secondaires 2011-2013 (7 avril 2011)*³².

L'arrêt *Crookes* n'est certainement pas la dernière décision du genre : les autres formes de « liens » utilisés sur Internet, et notamment les fameux et répandus « tweets » qui se distinguent des hyperliens³³, seront vraisemblablement à la source de litiges et de

31. *Azrieli c. Southam*, [1987] R.J.Q. 1756 (C.S.) ; *RBC Dominion c. André Lizotte*, [1999] R.R.A. 924 (C.S.) ; *Tran c. Myre*, [1993] R.R.A. 71 (C.S.) ; *Alfert c. Dugas*, [1991] R.J.Q. 2340 ; *Confédération des Caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Regroupement des victimes des Caisses populaires*, J.E. 2002-32 (C.S.) (Appel rejeté sur requête (C.A., 2002-03-21), 500-09-011725-017, SOQUIJ AZ-50117943, J.E. 2002-658, [2002] R.R.A. 312 (rés.). Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S.C. 2003-01-09), 29218).

32. « *Crookes v. Newton – Hyperlinking is Not Publication – Implications for Access Copyright's Proposed Post-Secondary Tariff* » publié sur Internet par Howard Knopf le 19 octobre, 2011 : <<http://excesscopyright.blogspot.com/2011/10/crookes-v-newton-hyperlinking-is-not.html>> ; Voir : <[http://www.accesscopyright.ca/francais/educateurs/tarif-provisoire-d'access-copyright-pour-les-etablissements-d'enseignement-postsecondaires-2011-2013-\(7-avril-2011\)>](http://www.accesscopyright.ca/francais/educateurs/tarif-provisoire-d'access-copyright-pour-les-etablissements-d'enseignement-postsecondaires-2011-2013-(7-avril-2011)>).

33. « Au cœur de Twitter se trouvent de petites rafales d'information appelées Tweets. Chaque Tweet est long de 140 caractères, mais ne laissez pas cette petite taille vous tromper—vous pouvez découvrir beaucoup dans un espace réduit. Vous pouvez voir des photos, des vidéos et des conversations directement dans les Tweets et accéder à toute l'histoire d'un simple coup d'œil, et tout cela au même endroit. » : <<http://twitter.com/about>>.

questions particulières de faits et de droit. Déjà, aux États-Unis notamment, la chanteuse, musicienne et actrice Courtney Love a été poursuivie en 2011 pour ses commentaires divulgués sur Twitter et MySpace à l'endroit de son designer de mode, laquelle poursuite a été réglée pour quelque 430 000 \$ US³⁴.

Somme toute, bien que le fait de créer des hyperliens ne constitue pas en soi de la diffusion, la prudence et la neutralité sont de mise.

5. SAISON INÉDITE – La constitutionnalité des lois fédérales en matière de protection des renseignements personnels et de vie privée

Il peut sembler inusité dans le contexte de la revue annuelle des développements récents en matière de vie privée de traiter de la décision de la Cour suprême du 22 décembre 2011 dans l'affaire d'un *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66. En réalité, cet arrêt devient pertinent à la lecture des motifs et conclusions de droit constitutionnel qui pourraient être pertinents dans un éventuel débat sur la légitimité des lois fédérales en matière de vie privée.

Le gouverneur en conseil, en vertu de l'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, a sollicité l'avis consultatif de la Cour sur la question de savoir si la *Loi sur les valeurs mobilières* proposée, qui est annexée au décret C.P. 2010-667, relève de la compétence législative du Parlement du Canada :

Le Canada, auquel se sont joints l'Ontario ainsi que plusieurs intervenants, prétend que la Loi, considérée dans son ensemble, relève du volet général de la compétence de légiférer en matière de trafic et de commerce que le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement. L'Alberta, le Québec, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick ainsi que d'autres intervenants soutiennent que le régime relève de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et crée une brèche dans le pouvoir législatif provincial quant à des sujets de

34. « Courtney Love Settles Twitter Defamation Case for \$430,000 » publié sur Internet par Marko Vesely le 7 mars 2011 : <<http://www.westerncanadabusinesslitigationblog.com/defamation/>>.

nature purement locale ou privée (par. 92(16)), à savoir, la réglementation des contrats, de la propriété et des professions.

Aux termes de cet arrêt, la Cour a analysé le « véritable caractère » de la *Loi sur les valeurs mobilières*, qui propose de se pencher sur l'objet et les effets de la loi, avant d'examiner la question de savoir si la loi relève du chef de compétence qui est invoqué pour en soutenir la validité. La Cour a conclu :

En l'espèce, le caractère véritable de la loi consiste à réglementer, à titre exclusif, tous les aspects du commerce des valeurs mobilières au Canada, y compris les occupations et les professions relatives à ce domaine dans chaque province. L'objet de la Loi consiste à mettre sur pied un régime canadien complet de réglementation des valeurs mobilières, en vue de protéger les investisseurs, de favoriser l'existence de marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs ainsi que d'assurer l'intégrité et la stabilité du système financier. Elle aurait pour effets de dédoubler et d'évincer les régimes provinciaux et territoriaux de réglementation des valeurs mobilières actuels.

Suivant la jurisprudence établie, la Loi, si elle est considérée dans son ensemble, ne saurait être classée parmi celles qui relèvent du pouvoir général en matière de trafic et de commerce. Son caractère véritable n'intéresse pas une matière d'importance et de portée véritablement nationales touchant le commerce dans son ensemble et distincte des enjeux provinciaux. [...] Cependant, la Loi se préoccupe principalement de la réglementation courante de tous les aspects des contrats portant sur les valeurs mobilières, y compris la protection du public et la compétence professionnelle dans les provinces. Ces matières demeurent essentiellement des enjeux provinciaux intéressant la propriété et les droits civils dans les provinces et ne ressortissent pas au commerce dans son ensemble. Certains éléments de la Loi concernant des matières d'importance et de portée véritablement nationales touchant le commerce dans son ensemble et distinctes des enjeux provinciaux, comme la prévention des risques systémiques et la collecte de données nationale, semblent liés au pouvoir général en matière de trafic et de commerce. En ce qui a trait à ces éléments de la Loi, les provinces, agissant seules ou de concert, sont dépourvues de la capacité constitutionnelle de maintenir un régime national viable. Toutefois, si on la considère dans sa totalité, la Loi ne porte pas principalement sur des enjeux véritablement fédéraux.

Elle intéresse surtout la réglementation courante de tous les aspects du commerce des valeurs mobilières et, à cet égard, elle ne serait pas compromise si une province n'adhérait pas au régime fédéral.

Ainsi, dans cette décision unanime, les neuf juges de la Cour suprême du Canada ont répondu par la négative à la question qui leur avait été posée, et ont considéré que la *Loi sur les valeurs mobilières*, dans sa version proposée, n'est pas valide, car elle ne relève pas du pouvoir général de réglementation en matière de trafic et de commerce conféré au Parlement par le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Rappelons que la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* est en vigueur au Québec depuis 1994, et a précédé la législation fédérale actuelle. En effet, ce n'est que depuis le 1^{er} janvier 2004 que la loi fédérale est applicable à l'ensemble du Canada, et que les entreprises du secteur privé doivent se conformer à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (la « LPRPDÉ » ou sous son acronyme anglais « PIPEDA »). Cette loi concerne la collecte, l'utilisation et la communication de pratiquement tous les renseignements personnels dans le cadre d'activités commerciales. L'adoption de cette loi fédérale a été présentée comme un exercice approprié du volet général de la compétence législative du Parlement en matière de réglementation du trafic et du commerce prévue au par. 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tout comme la *Loi sur les valeurs mobilières* précitée.

Or, d'aucuns considèrent que la décision rendue dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* précitée pourrait être un précédent pertinent pour remettre en question la validité des lois fédérales en matière de protection de renseignements personnels, tels la LPRPDÉ et le *Projet de Loi anti-pourriel* fédéral, adopté au mois de décembre 2010 et qui devrait être bientôt promulgué. En effet, le professeur Michael Geist, de la Faculté de droit, Section de common law, et titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit d'Internet rappelle que :

There have been questions about the constitutionality of PIPEDA, Canada's private sector privacy law, since its inception. Quebec launched a constitutional challenge in 2003, pointing to its longstanding provincial privacy statute and the constitutional limitations on a federal privacy statute. The

Quebec challenge has remained dormant for many years, but State Farm Insurance revived the issue in a privacy case in 2010.³⁵

En effet, dans cette dernière affaire citée, State Farm Insurance avait notamment invoqué que les dispositions de la LPRPDÉ qui rendent ce texte applicable aux organisations se livrant à une activité commerciale de droit provincial sont inconstitutionnelles et vont à l'encontre de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils et en matière d'administration de la justice :

[19] La compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils englobe la plupart des activités commerciales menées dans une province. Elle comprend la compétence et le pouvoir de réglementation sur les assureurs de la province et permet aux provinces de légiférer sur les accidents de la circulation et sur la responsabilité civile délictuelle en général. La compétence en matière de propriété et de droits civils permet aussi à une province de réglementer les droits à la protection des renseignements personnels.

[20] Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère explicitement aux législatures provinciales le pouvoir exclusif de légiférer sur l'administration de la justice, ce qui comprend la procédure dans les affaires civiles portées devant les cours supérieures provinciales. Les règles applicables au Nouveau-Brunswick reconnaissent les privilèges relatifs au litige et le droit de ne pas révéler l'existence de rapports de surveillance destinés à servir uniquement durant un contre-interrogatoire. L'application de la LPRPDÉ qui est proposée par le commissaire empiéterait sérieusement sur ces règles et donc sur le pouvoir provincial en matière d'administration de la justice. La présente affaire est un bon exemple du mal à corriger dont il s'agit ici : un organisme fédéral tente d'intervenir, directement ou par l'entremise du pouvoir de contrôle de la Cour fédérale, dans l'administration de preuves qui intéressent une action en responsabilité civile et qui relèvent manifestement de la compétence législative des provinces et de la compétence des tribunaux visés par l'article 96.³⁶

35. Michael GEIST, « Are Canada's Digital Laws Unconstitutional ? », *Ottawa Citizen* [10 janvier 2012].

36. *State Farm Mutual Automobile Insurance Company c. The Privacy Commissioner of Canada*, 2010 FC 736.

Le 9 juillet 2010, la Cour fédérale du Canada a rendu une décision aux termes de laquelle le juge Robert M. Mainville a restreint la portée de la définition d'« activité commerciale » prévue par la LPRPDÉ :

[106] Interprétant comme il convient la LPRPDÉ, j'arrive à la conclusion que, si l'activité ou tâche principale en cause, à savoir le fait pour le défendeur dans une action en responsabilité civile d'organiser sa défense en recueillant des preuves concernant le demandeur, n'est pas une activité commerciale au sens de la LPRPDÉ, alors l'activité ou tâche demeure soustraite à la LPRPDÉ même si des tiers sont engagés par le défendeur pour mener cette activité ou tâche en son nom. La qualification première de l'activité ou tâche en cause est donc le facteur dominant à prendre en compte pour juger du caractère commercial de cette activité ou tâche selon la LPRPDÉ, et non la relation qui peut exister entre celui qui entend mener l'activité ou tâche et les tiers. En l'espèce, la relation assureur-assuré ou avocat-client est simplement un élément secondaire de l'activité ou tâche principale non commerciale qui est en cause, à savoir la collecte de preuves par M^{me} Vetter en vue d'organiser sa défense dans l'action en responsabilité civile engagée contre elle par M. Gaudet.

[107] Je suis donc d'avis que la LPRPDÉ ne s'applique pas aux rapports d'enquête ni aux documents et bandes vidéo connexes qui concernent M. Gaudet et qui ont été établis par la State Farm ou ses avocats, ou en leur nom, pour assurer la défense de M^{me} Vetter dans l'action en responsabilité civile engagée contre elle par M. Gaudet.

[108] Je suis conforté dans cette interprétation de la LPRPDÉ par l'alinéa 26(2)b), qui permet au gouverneur en conseil d'exclure une organisation, une activité ou une catégorie d'organisations ou d'activités, de l'application de la partie 1 de la LPRPDÉ « s'il est convaincu qu'une loi provinciale essentiellement similaire à la présente partie s'applique » à cette organisation ou activité. En vertu de cette disposition, le gouverneur en conseil a exclu de l'application de la LPRPDÉ presque toutes les organisations de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et du Québec qui ne sont pas des entreprises fédérales : Décret d'exclusion des organisations de la province de l'Alberta, DORS/2004-219, Décret d'exclusion des organisations de la province de la Colombie-Britannique, DORS/2004-220 ; et Décret d'ex-

clusion des organisations de la province de Québec, DORS/2003 374.³⁷

Compte tenu de cette interprétation, la question constitutionnelle demeure :

[119] Eu égard à mes conclusions ci-dessus, il ne sera pas nécessaire d'examiner les questions constitutionnelles soulevées par la State Farm. Il est en effet un principe bien établi selon lequel une cour de justice n'est pas tenue de répondre à une question constitutionnelle si cela n'est pas nécessaire pour qu'elle puisse statuer sur l'affaire dont elle est saisie : arrêt *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106, 121-122 ; arrêt *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, au paragraphe 7.³⁸

Cette décision n'a pas été portée en appel.

La LPRPDÉ a ainsi été écartée. Nous constatons que cette définition restreinte est la première brèche, importante, à son application nationale. Autrement, seul l'avenir nous dira si cette décision de la Cour fédérale, mais surtout l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* inspireront de futurs détracteurs des lois fédérales en matière de vie privée.

37. *Ibid.*

38. *Ibid.*