

VOLUME **29**

NUMÉRO **2**

LES CAHIERS DE

**PROPRIÉTÉ**

**INTELLECTUELLE**

Mai 2017

ÉDITIONS YVON BLAIS

## Quelques décisions d'intérêt en matière de cyberdiffamation en 2016

Laurence Bich-Carrière\*

INTRODUCTION .....	233
1. LA CYBERDIFFAMATION ET LE TEMPS : UN PRÉSENT INFINI.....	239
1.1 <i>Pagé-Lapierre c Presse (La)</i> , 2016 QCCS 5380 (11 octobre 2016), le j. Yves Poirier .....	240
1.1.1 Décision.....	240
1.1.2 Commentaire .....	241
1.2 <i>A.B. c Google inc</i> , 2016 QCCS 4913 (12 octobre 2016), le j. Lukasz Granosik .....	243
1.2.1 Contexte .....	243
1.2.2 Décision.....	245
1.2.3 Commentaire .....	245
2. LA CYBERDIFFAMATION ET L'ESPACE : ICI, AILLEURS ET PARTOUT À LA FOIS .....	252
2.1 <i>Goldhar v Haaretz.com</i> , 2016 ONCA 515 .....	252

---

© Laurence Bich-Carrière, 2017.

\* Avocate chez Lavery, de Billy SENCRL ; toutes les références sont à jour et les hyperliens fonctionnels au 30 janvier 2017.

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

2.1.1	Contexte . . . . .	252
2.1.2	Décision(s) . . . . .	253
2.1.3	Commentaire . . . . .	254
3.	LA CYBERDIFFAMATION ET LES AUTRES : SUR INTERNET AUSSI, MIEUX VAUT ÊTRE SEUL QUE MAL ACCOMPAGNÉ . . . . .	256
3.1	<i>Chiara c Vigile Québec</i> , 2016 QCCS 5167 (27 octobre 2016), le j. Marc Paradis . . . . .	257
3.1.1	Décision . . . . .	257
3.1.2	Commentaire . . . . .	260
3.2	<i>Pritchard v Van Nes</i> , 2016 BCSC 686 (20 avril 2016), le j. Anthony Saunders . . . . .	261
3.2.1	Contexte . . . . .	261
3.2.2	Décision . . . . .	263
3.2.3	Commentaire . . . . .	266
4.	PISTES DE RÉFLEXION . . . . .	268

## INTRODUCTION

En matière de diffamation, les unes de 2016 ont affiché les noms de Gaston Miron<sup>1</sup>, de Jeremy Gabriel et de Mike Ward<sup>2</sup>, de Djemila Benhabib<sup>3</sup>, de Bernard dit « Rambo » Gauthier<sup>4</sup>, de Peter

- 
1. Alain Horic, cofondateur des éditions de l'Hexagone, ami et collaborateur de longue date de Gaston Miron, estimait que Pierre Nepveu lui avait fait mauvaise presse dans sa biographie du poète, prétention complètement rejetée par le tribunal dans l'affaire *Horic c Nepveu*, 2016 QCCS 3921 (22 août 2016), la j. Chantal Châtelain (déclaration d'appel : 21 septembre 2016 ; requête en rejet d'appel : 6 octobre 2016 ; désistement d'appel : 11 novembre 2016, CA n° 500-09-026349-167).
  2. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c Ward*, 2016 QCTDP 18 (20 juillet 2016), le j. Scott Hughes ; permission d'appeler accordée : *Ward c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)*, 2016 QCCA 1660 (12 octobre 2016), la j. Manon Savard.
  3. Dans *École musulmane de Montréal c Benhabib*, 2016 QCCS 6067 (13 décembre 2016), la j. Carole Hallée (déclaration d'appel : 12 janvier 2017, CA n° 500-09-026559-179), le tribunal a estimé que l'« essayiste et militante féministe » Djemila Benhabib avait, en critiquant l'enseignement islamique dispensé à l'École musulmane de Montréal dans le cadre d'une entrevue accordée à l'animateur Benoît Dutrizac, exprimé « de bonne foi son opinion honnête et sa croyance sincère, qu'[une personne raisonnable aurait été] libre de partager ou non » mais qu'elle n'aurait pas estimé diffamatoire (au para 102).
  4. Dans *FTQ-Construction c Lepage*, 2016 QCCA 1375 (1<sup>er</sup> septembre 2016), la Cour d'appel a confirmé la responsabilité des dirigeants syndicaux Richard Goyette et Bernard Gauthier quant aux propos diffamatoires tenus à l'endroit de l'ingénieur Jean-Yves Lepage dans le contexte du reportage de l'émission Enquête révélant l'existence de pratiques d'intimidation et de menaces associées au placement syndical sur les chantiers de la Côte-Nord, mais rectifié le tir quant aux dommages. Elle a ainsi réduit substantiellement les dommages-intérêts afin qu'ils soient « proportionnel[s] à la gravité de l'impact réel (souvent temporaire, d'ailleurs), des conséquences véritables de la diffamation » (au para 104). Quant aux dommages exemplaires, si elle a maintenu la condamnation de Goyette et de Gauthier personnellement, elle a annulé celle de leur syndicat respectif, estimant que ceux-ci ne partageaient pas l'intention de leur mandataire.

Sergakis et de Peter McQueen<sup>5</sup>. Dans les faits divers, on a vu des rancœurs familiales<sup>6</sup>, les échos de la vie intime<sup>7</sup>, les dénonciations

- 
5. Dans *Sergakis c McQueen*, 2016 QCCS 5580 (15 novembre 2016), le j. Serge Gaudet, le tribunal a estimé que la poursuite instituée par le promoteur immobilier Peter Sergakis à l'encontre du conseiller municipal Peter McQueen après que celui-ci ait appelé ses commettants du quartier Notre-Dame-de-Grâce à s'opposer à la conversion du fameux Maz Bar en « bar sexy » constituait une poursuite-bâillon. Cela dit, le bar en question affiche aujourd'hui fièrement le nom de Jersey Saloon et une iconographie qui n'est pas sans rappeler celle de Coyote Ugly.
  6. Au fondement de l'affaire *Ashegh (Succession de)*, 2016 QCCS 6157 (13 décembre 2016), le j. Pierre Journet (déclaration d'appel : 13 janvier 2017, CA n° 500-09-026570-176) [requête en rejet d'appel rejetée 2017 QCCA 573 (3 avril 2017)], les rumeurs de l'infidélité de madame qui ont miné de tout temps la vie conjugale du couple Ashegh, alimentées jusqu'au lit de mort de monsieur par sa sœur. Celle-ci, en effet, enregistre une conversation du couple sur le sujet, qu'elle fait jouer lors du souper qui suit les funérailles de son frère. Dans le cadre d'un recours plus large portant sur la validité du testament, la veuve, personnellement et pour ses deux filles mineures, réclame de la sœur du défunt une condamnation pour atteinte à sa dignité, son honneur et sa réputation ainsi que des dommages exemplaires. Le tribunal lui donne gain de cause, pour lui « il est indubitable que la demanderesse a été diffamée par la défenderesse. La diffamation comprend l'atteinte à la réputation » (au para 104). Se disant « d'avis que la diffusion de l'enregistrement illégal de la conversation privée des époux, est non seulement reprochable, mais constitue un acte de méchanceté inadmissible qui doit être sanctionné » (au para 108), il prononce une condamnation de 45 000 \$, dont près de la moitié en dommages exemplaires.
  7. De l'affaire *Stoyanova c Disques Mile-End inc*, 2016 QCCS 5093 (11 novembre 2016), la j. Florence Lucas (déclaration d'appel : 23 novembre 2016, CA n° 500-09-026471-169 [requête en rejet d'appel rejetée 2017 QCCA 213 (6 février 2017)], les journaux ont surtout retenu l'utilisation d'un cri de jouissance de 0,2 seconde et de son utilisation dans une version remixée aux fins d'un enregistrement présenté à un groupe de cinq personnes d'un poème de la demanderesse. Le tribunal, lui, s'est plutôt interrogé sur le droit de la maison de disque Mile-End inc de reprendre ce poème et d'en faire la diffusion mondiale sans accorder à son auteure et interprète, la demanderesse, le moindre crédit, ainsi que sur l'atteinte aux droits de la demanderesse découlant de l'enregistrement par son ancien copain de 96 minutes de leur vie privée, dont le cri de jouissance.

plus ou moins loyales de rivaux s'entendant comme chien<sup>8</sup> et chat<sup>9</sup>, quelques juristes<sup>10</sup> et même une société d'État<sup>11</sup>.

8. Le différend à l'origine de la décision *Marcus c Blair Kelley*, 2016 QCCS 87 (14 janvier 2016), le j. André Prévost, naît avec la portée issue du croisement du caniche mâle Marcus, propriété de l'éleveuse montréalaise Ora Marcus, avec la femelle Prada, propriété de l'éleveuse géorgienne Darlene Kelley. Au litige contractuel portant sur la propriété des chiots – dans le cadre duquel Kelley n'hésite pas à falsifier des documents (au para 99) –, s'ajoute la campagne de diffamation (aux para 80, 92) menée par Kelley et deux autres éleveuses sur Facebook, le dépôt de plainte auprès de la police, la publication d'annonces suggérant que Marcus est une voleuse. Non seulement le tribunal accorde-t-il la propriété des chiens à la demanderesse Marcus, mais il condamne les défenderesses au versement d'une somme de près de 140 000 \$. « Cat fights amongst dog breeders » pouvait-on lire dans un article du *National Post* sur le sujet (Paul Delean, « Breeder brouhaha: Judge awards \$120,000 in damages to Quebec woman after dispute over poodles » (17 janvier 2016), *Postmedia* en-ligne : <<http://news.nationalpost.com/news/canada/breeder-brouhaha-judge-awards-120000-in-damages-to-quebec-woman-after-dispute-over-poodle>>.
9. C'est plutôt de l'Internet des chats dont il est question dans *Lisbona c Postmedia Network Inc*, 2016 QCCS 5117 (25 octobre 2016), le j. Joel A. Silcoff, où le tribunal refuse de faire droit à la demande d'injonction interlocutoire de l'une des fondatrices de l'Animal Rescue Network, un organisme voué à la protection des chats abandonnés, visant à faire retirer des commentaires prétendument « of an unjust and derogatory nature » (au para 8) formulés sur les médias sociaux par la fondatrice de Petitspawz, un autre organisme de protection des chats abandonnés et par la titulaire de divers comptes connue sous le nom « Cause 4 Paws Feline Rescue », lesquelles estiment que la demanderesse prodigue des soins inadéquats aux chats qu'elle recueille. Lisbona se défend vigoureusement des reproches qu'on lui adresse, mais le tribunal estime que la preuve de tiers neutres, tels la SPCA, Anima Québec ou le MAPAQ suggère plutôt que les reproches formulés contre l'ARN ne sont pas exempts de fondements (au para 25), de sorte qu'elle ne satisfait pas le test strict, qui permet au tribunal d'ordonner le retrait, de manière préliminaire ou préventive, au stade interlocutoire de propos prétendument diffamatoires.
10. Dans *Gauthier c Salehabadi*, 2016 QCCS 6258 (16 décembre 2016), la j. Manon Lavoie, le tribunal refuse de conclure qu'il était diffamatoire pour M<sup>e</sup> Amélia Salehabadi, chroniqueuse auprès du blogue Droit-inc, de qualifier, notamment, dans un commentaire de l'arrêt *Gauthier c Guimont*, 2010 QCCA 2011, M<sup>e</sup> Sarto Landry et M<sup>e</sup> Guylaine Gauthier de « Bonnie et Clyde ».
11. L'affaire *Loto-Québec c Poker Trail Management Inc.*, 2016 QCCS 474 (8 février 2016), le j. Donald Bisson (requête en rejet d'appel rejetée et requête pour permission d'appeler accueillie : 2016 QCCA 776 et 2016 QCCA 784 (2 mai 2016)) [audition prévue pour le 7 juin 2017], recouvre en fait deux poursuites en diffamation avec pour toile de fond la résiliation inapte d'un contrat de commandite : d'une part, Loto-Québec poursuit les dirigeants de Poker Trail pour la diffusion sur son site Internet et par courriel à ses 40 000 membres, d'une vidéo diffamatoire ainsi que pour leur participation directe et indirecte à divers sites Web et reportages journalistiques, toutes attentatoires à sa réputation; pour leur part, Poker Trail et ses dirigeants estiment que la poursuite de Loto-Québec et ses agissements lui avaient causé divers préjudices, dont 25 000 en atteinte à la réputation. Le recours de Loto-Québec est largement accueilli, celui de Poker Trail et de ses dirigeants sommairement rejeté.

Si aucune affaire n'est venue révolutionner le cadre d'analyse posé par l'arrêt *Prud'homme*, où la Cour suprême rattachait le régime de la diffamation au régime général de l'article 1457 du *Code civil du Québec* et au trinôme de la responsabilité civile que sont la faute, le préjudice et le lien de causalité, une revue attentive des décisions rendues en matière d'atteinte à la réputation en 2016<sup>12</sup> suggère néanmoins certaines tendances. Il en est ainsi de celle de répondre à toute poursuite en diffamation par une demande de déclaration de poursuite-bâillon<sup>13</sup>. On note aussi un accroissement du nombre d'affaires où la diffamation alléguée a lieu sur Internet. C'est d'ailleurs exclusivement dans celles-là qu'ont été choisies les cinq décisions commentées ici. Certes, le terme « Internet » lui-même est large. La présente chronique n'échappe évidemment pas à la diffamation sur Facebook, ni dans les cyberjournaux, qu'ils soient exclusivement électroniques ou qu'ils viennent en soutien à une édition papier, mais elle est alléguée aussi depuis des sites d'archives, des moteurs de recherche et des sites d'avis participatif. Sur la jurisprudence de l'année, on aurait cependant aussi pu évoquer le blogue WordPress et le microblogue Twitter<sup>14</sup>, les sites de petites annonces Kijiji ou d'hébergement vidéo YouTube<sup>15</sup>, des listes de distribution, des forums

12. Elles sont nombreuses : sur CanLII, du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2016 au Québec seulement, on obtient 292 résultats pour « atteinte /3 réputation » et 26 pour « harm OR prejudice /3 reputation » et 209 pour « diffamation » et 18 pour « defamation ».

13. Pour ne piger que dans les décisions des précédentes notes : *Benhabib, supra* note 2, au para 89 : « Selon Djemila Benhabib, ce choix de la poursuivre uniquement témoigne d'un acharnement injustifié, calculé et ciblé ayant pour but de la bâillonner en raison de sa pensée politique, perçue comme étant hostile et hautement critique face à l'islam et à la culture musulmane. » ; *Horic, supra* note 3, au para 170 : « Même si le recours d'Alain Horic est rejeté, le Tribunal estime qu'il ne s'agit pas d'un recours abusif. D'abord, Pierre Nepveu n'a pas établi sommairement que le recours d'Alain Horic pouvait constituer un abus[45]. De toute manière, le Tribunal conclut qu'Alain Horic n'a pas exercé son recours de manière excessive ou déraisonnable. » ; *Sergakis, supra* note 5 ; *Gauthier, supra* note 10, aux para 102-103:

Le Tribunal retient également que feu l'honorable Yves Alain s'est permis des commentaires lors de l'audience sur la requête en rejet d'action et en irrecevabilité des défendeurs pouvant laisser croire aux demandeurs qu'ils pourraient obtenir gain de cause [...] Il est alors difficile de tenir reproche aux demandeurs d'avoir continué le présent recours, et ce, compte tenu également de l'effet que cette comparaison a produit sur eux.

*Loto Québec, supra* note 11 : la poursuite de Loto-Québec envers Poker Trail *et al.* n'est pas une poursuite-bâillon (aux para 44 et 497), celle des seconds envers la première est abusive (au para 517).

14. *Lisbona, supra* note 9 ; *Sciqwest Inc v Hansen et al.*, 2016 ONSC 1488 (14 mars 2016), le j. Sidney N. Lederman.

15. Dans *SP Moto inc c Carignan*, 2016 QCCQ 72 (15 janvier 2016), la j. Chantal Sirois, le tribunal estime que le défendeur, se considérant floué par la demanderesse, n'aurait pas dû se faire justice à lui-même en publiant sur Kijiji une annonce comportant un lien vers YouTube où il avait affiché une vidéo diffamatoire,

privés<sup>16</sup> ou des sites de socio-financement participatif<sup>17</sup> et sans doute bien d'autres.

Quoi qu'il en soit, les deux premières des décisions commentées portent sur la confidentialité et la mémoire longue d'Internet : dans *A.B. c Google inc*<sup>18</sup>, on voudrait d'un moteur de recherche qu'il désindexe toute référence à des propos tenus sur un site d'avis participatif; dans *Pagé-Lapierre*<sup>19</sup>, le demandeur s'offusque d'un article publié à son sujet qu'il a vu ressurgir sur une archive numérique. Dans une autre, *Goldhar*<sup>20</sup>, dont l'appel à la Cour suprême est à surveiller, c'est l'ubiquité géographique de la publication prétendument diffamatoire qui suscite son lot de questions. Le commentaire des deux dernières, finalement, porte sur l'ingérence de tiers : dans *Pritchard*, la diffamation a lieu sur Facebook et par courriel<sup>21</sup> et dans *Chiara*<sup>22</sup>, elle provient d'un cyberjournal, mais dans un cas comme dans l'autre, le tribunal module la responsabilité du défendeur eu égard aux commentaires de tiers.

## 1. LA CYBERDIFFAMATION ET LE TEMPS : UN PRÉSENT INFINI<sup>23</sup>

Les deux premières affaires à l'étude sont à rapprocher sur le fond en ce que le demandeur cherche du défendeur le retrait d'un article publié plusieurs années auparavant à son sujet. Dans le premier cas toutefois, l'événement rapporté a réellement eu lieu, dans

---

d'autant que la preuve révèle que le bris prématuré de sa nouvelle pièce-moteur n'est imputable qu'à son impétuosité à l'essayer sans procéder aux essais requis.

16. *Loto-Québec*, *supra* note 11.
17. Dans *Zall v Zall*, 2016 BCSC 1730 (21 septembre 2016), la j. Jennifer Duncan, le tribunal condamne sévèrement (bien que par défaut) la défenderesse, une jeune femme avec un lourd passé de délinquance et de petite criminalité, pour le message qu'elle a publié sur le site de sociofinancement GoFundMe, où elle demande le soutien des internautes pour meubler une nouvelle maison, attendu qu'elle aurait quitté précipitamment le domicile du demandeur, son propre père, à cause de « choses » qu'il aurait faites à sa petite-fille, allégations complètement fausses mais dont la preuve révèle néanmoins qu'elles ont été très dommageables au demandeur, particulièrement considérant le caractère public et l'objectif de diffusion d'un tel site.
18. *A.B. c Google inc*, 2016 QCCS 4913 (12 octobre 2016), le j. Lukasz Granosik.
19. *Pagé-Lapierre c Presse (La)*, 2016 QCCS 5380 (11 octobre 2016), le j. Yves Poirier.
20. *Goldhar v Haaretz.com*, 2016 ONCA 515 (28 juin 2016) [*Goldhar* (CA)], autorisation de pourvoi accueillie : 26 septembre 2016, CSC n° 37202).
21. *Pritchard v Van Nes*, 2016 BCSC 686 (20 avril 2016), le j. Anthony Saunders.
22. *Chiara c Vigile Québec*, 2016 QCCS 5167 (27 octobre 2016), le j. Marc Paradis (déclaration d'appel : 9 décembre 2016; déclaration d'appel incident : 19 décembre 2016; requête en rejet d'appel : 28 décembre 2016; requête en rejet d'appel incident : 5 janvier 2017, CA no 500-09-026501-163).
23. Clin d'œil à Annie Ernaux, *Les années* (Paris, Gallimard, 2008), à la p. 223.



le second, il est établi que le propos est grossièrement faux. Dans le premier cas, aussi, on s'adresse à l'auteur initial et au site qui abrite aujourd'hui l'article ; dans l'autre, à un moteur de recherche dont les clés d'indexation permettent de retrouver la publication préjudiciable depuis un site tiers.

### 1.1 *Pagé-Lapierre c Presse (La)*, 2016 QCCS 5380 (11 octobre 2016), le j. Yves Poirier

#### 1.1 *Décision*

L'article litigieux a été publié dans l'édition du 11 juin 2005 du quotidien *La Presse* et relate comment sa libération conditionnelle a été refusée à Hendrick Pagé-Lapierre. En 2009, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (BAnQ) obtient de *La Presse* l'autorisation d'en reproduire les articles et de laisser le public y accéder par son portail Internet<sup>24</sup>. L'article du 11 juin 2005 est ainsi mis en ligne sur le site de la BAnQ, ce qui est porté à la connaissance du demandeur en novembre 2015<sup>25</sup>. Le recours est institué le 21 décembre 2015<sup>26</sup>. Le demandeur y reproche à *La Presse* d'avoir publié sans son consentement l'article initial, article qu'il estime « inexact » et, par tant, préjudiciable, notamment car il nuit à sa recherche d'emploi<sup>27</sup>. Il prétend en outre que le refus de la BAnQ de retirer l'article de son site est fautif<sup>28</sup>.

Pour sa défense, *La Presse* rappelle que la *Loi sur la presse*<sup>29</sup> prévoit que toute poursuite en dommages-intérêts contre un journal doit être instituée dans les trois mois de la connaissance de l'article dommageable et, au plus tard, dans l'année suivant sa publication. Le juge fait droit à l'argument. Constatant au surplus qu'aucun motif d'impossibilité d'agir n'a été invoqué au soutien d'une suspension de la prescription<sup>30</sup>, le tribunal rejette sommairement ce premier volet du recours.

Aucun argument de prescription n'est soulevé par la BAnQ, à qui le demandeur reproche d'avoir, sans son consentement, republié un article qu'il estime mensonger<sup>31</sup>. Le tribunal dispose de

24. *Pagé-Lapierre*, supra note 19, aux para 2 et 19.

25. *Ibid.*, au para 21.

26. *Ibid.*, au para 13.

27. *Ibid.*, aux para 1 et 23

28. *Ibid.*, au para 6.

29. *Loi sur la presse*, RLRQ c P-19, art 2.

30. *Pagé-Lapierre*, supra note 19, aux para 15-17.

31. *Ibid.*, au para 25.

la prétention en trois temps. Sur la question du consentement, il souligne que *La Presse*, dont un journaliste avait été invité par le demandeur à l'audience de la Commission nationale des libérations conditionnelles<sup>32</sup>, n'a jamais subordonné la publication de son article à une quelconque autorisation<sup>33</sup>. Ensuite, seul celui qui publie à proprement parler possède des obligations d'enquête et de vérification, qui s'attachent à la création de contenu<sup>34</sup>. Or, la BANQ ne publie pas; plutôt elle « conserve l'écrit et le met à la disposition du public »<sup>35</sup>.

Quant à la manière dont la BANQ « conserve » les écrits, il revient au demandeur de démontrer qu'elle constitue un écart marqué par rapport à la conduite d'une personne raisonnable. La faute, dans ce cadre, est fonction de l'« étendue du contrôle de l'exploitant du site sur le document »<sup>36</sup>. Or, le geste reproché à la BANQ correspond en fait très exactement à la mission que lui confère sa loi constitutive<sup>37</sup>, soit celle « de rassembler, de conserver de manière permanente et de diffuser le patrimoine documentaire québécois publié » et d'y « offrir un accès démocratique », notamment en rendant « disponibles pour la consultation ou le prêt » ou par « accès [...] à l'aide notamment des supports informatiques »<sup>38</sup>. Elle n'a aucun apport éditorial, s'étant contenté de reproduire un article publié il y a plus de dix ans et dont la prescription est accomplie quant à l'auteur initial<sup>39</sup>. Elle ne le fait pas « revivre ». Et même s'il y avait faute, aucun dommage réel n'a été prouvé – de son propre aveu, le demandeur « se questionne seulement “pour voir si de l'information pouvait nuire à ses efforts de recherche d'emploi” »<sup>40</sup>.

### **1.1.2 Commentaire**

Le juge de première instance semble accorder à la BANQ une espèce d'immunité vu la mission que lui confie sa loi habilitante, proche peut-être, de la défense d'autorisation législative qui confère une immunité à l'auteur d'un préjudice qui découle inévitablement d'une activité expressément ou implicitement autorisée par la loi<sup>41</sup>.

32. *Ibid*, au para 27.

33. *Ibid*, aux para 27-28.

34. *Ibid*, au para 32.

35. *Ibid*, au para 29.

36. *Ibid*, au para 35.

37. *Ibid*, au para 31.

38. *Loi sur la bibliothèque et archives nationales du Québec*, RLRQ c B-1.2, art 14, al 1, 2 et 15.

39. *Pagé-Lapierre*, *supra* note 19, au para 36.

40. *Ibid*, au para 39.

41. *Antrim Truck Centre Ltd c Ontario (Transports)*, [2013] 1 RCS 594, 2013 CSC 13 (20 novembre 2008), aux para 19 et s.; *Ciment du Saint-Laurent inc c Barrette*,

Bien que la notion de « publication » soit discutée, aucune référence n'est faite à l'affaire *Crooks c Newton*, où la Cour suprême avait fait du contrôle ou de l'assentiment actif de la part de tiers hébergeur une condition *sine qua non* de la responsabilité puisque « [l]a communication d'une information diffère nettement de la simple mention que l'information existe ou encore de l'endroit où elle se trouve »<sup>42</sup>.

Précisons encore que le demandeur n'avait pas trouvé l'article en naviguant le site de l'une ou l'autre des défenderesses mais plutôt en « fail[san]t à maintes reprises, des recherches sur le Web »<sup>43</sup>. Or, vérification faite, il est beaucoup plus facile d'accéder à l'article en question depuis Google qu'à travers le site de la BANQ, où il faut se rendre dans la collection numérique, puis dans la section des journaux, pour ensuite effectuer une recherche par mot-clé. On aurait pu dès lors se demander comment traiter un article, diffamatoire ou non, qui est archivé sur un site, qui est lui-même indexé dans un moteur de recherche : est-ce l'indexation ou l'archivage qui cause le préjudice ? Dans cette matriochka, l'analyse du juge s'arrête au deuxième niveau.

À l'égard de la publication d'origine, les règles ordinaires de la responsabilité civile, y compris, le cas échéant, les délais de prescription particuliers, s'appliquent. À l'égard du site où figure, sans intervention active ni contrôle de sa part, une reproduction de l'article d'origine, aucune responsabilité ne peut être imputée, lit-on dans le jugement, qu'il s'agisse d'un hébergeur privé, ou d'un site institutionnel. Quant au lien qui peut être fait entre ce site et les clés de recherche imputées dans un moteur commercial, qui développe des algorithmes dont le rôle est précisément la création active d'un réseau, le jugement ne se prononce pas.

Par ailleurs, que l'on ne puisse retirer des archives une information jadis légitime est une chose, mais qu'en est-il d'une demande visant une information qui ne l'a jamais été ? C'est le fond du litige qui oppose Equustek à Google, le premier cherchant à obtenir du second le déréférencement – partout au monde – d'un site insaisissable qui

---

[2008] 3 RCS 392, 2008 CSC 64 (7 mars 2013), au para 98; *Tock c St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 RCS 1181 (7 décembre 1989), à la p. 1193; *Canadian Pacific Railway v Roy*, [1901] UKPC 63, [1902] AC 220 (18 décembre 1901); *Canadian Pacific Railway Company v The Corporation of the Parish of Notre Dame De Bonsecour (Quebec)*, [1899] UKPC 22, [1899] AC 367 (CJCP) (14 mars 1899).

42. *Crookes c Newton*, [2011] 3 RCS 269, 2011 CSC 47 (19 octobre 2011), au para 26.

43. *Pagé-Lapierre*, *supra* note 19, au para 23, citant la requête introductive d'instance du demandeur.

contrevient à ses droits de propriété intellectuelle<sup>44</sup>. C'est également celui qui occupe, sur le fond, le demandeur de la prochaine affaire, prononcée dans un contexte de diffamation.

## **1.2 A.B. c Google inc, 2016 QCCS 4913 (12 octobre 2016), le j. Lukasz Granosik**

### **1.2.1 Contexte**

En 1998, un entrepreneur nommé Ed Magedson commence à opérer Badbusinessbureau.com, devenu depuis Ripoffreports.com (« le Site »), une plate-forme participative où, sous le slogan « Don't let them get away with it !<sup>®</sup> Let the truth be known !<sup>™</sup> », les consommateurs sont invités à formuler leurs plaintes contre tout individu ou organisation qui les aurait arnaqués. Aucune vérification préalable à la publication n'est faite des plaintes ou de l'identité de leur auteur. Le Site, qui se présente comme une « open and public forum for free speech », a pour politique de ne jamais retirer de publication défavorable, bien qu'il puisse, moyennant enregistrement, permettre la publication d'une réplique ou, moyennant des frais substantiels, mettre en branle un processus d'arbitrage et d'enquête<sup>45</sup>. Le modèle de l'entreprise, pour le dire de manière neutre, polarise<sup>46</sup>. En outre, son opérateur maîtrise suffisamment les clés de l'optimisation de la recherche électronique pour figurer assez haut dans les résultats des principaux moteurs.

En 2007, le demandeur de l'affaire qui nous intéresse « découvre avec stupéfaction et horreur » que le Site

indique qu'il a été trouvé coupable de pédophilie (« child molestation ») en 1984. Ce site et cette information apparaissent assez facilement au terme d'une recherche au sujet du demandeur via Google. Le demandeur est sidéré car non seulement n'a-t-il jamais été trouvé coupable d'un tel crime, mais il n'en

---

44. *Equustek Solutions Inc v Jack*, 2014 BCSC 1063 (13 juin 2014), la j. Lauri Ann Fenlon [*Equustek (SC)*], conf. par *Equustek Solutions Inc v Google Inc.*, 2015 BCCA 265 (11 juin 2015), autorisation de pourvoi accordée : *Google Inc c Equustek Solutions Inc., et al.*, 2016 CanLII 7602 (18 février 2016); audience tenue le 16 décembre 2016, en délibéré depuis.

45. RipOff Report, « FAQ, General Questions » en-ligne : <[www.ripoffreport.com/FAQ.aspx](http://www.ripoffreport.com/FAQ.aspx)>.

46. Voir par exemple : Dune Lawrence, « How to Make Money Rebuilding Reputations: Have Them Destroyed First » (28 décembre 2016), en-ligne : *Bloomberg Businessweek*, <[www.bloomberg.com/features/2016-ripoff-report](http://www.bloomberg.com/features/2016-ripoff-report)> ou Adam Tanner, « Love It Or Hate It, Ripoff Report Is In Expansion Mode » (9 mai 2013), en-ligne : *Forbes*, <[www.forbes.com/sites/adamtanner/2013/05/09/love-it-or-hate-it-ripoffreport-is-in-expansion-mode/#72286a7633dd](http://www.forbes.com/sites/adamtanner/2013/05/09/love-it-or-hate-it-ripoffreport-is-in-expansion-mode/#72286a7633dd)>.

a jamais été non plus accusé. De plus, il n'aurait jamais été accusé d'aucune infraction pénale ou criminelle au Canada.<sup>47</sup>

Il entreprend immédiatement diverses démarches pour faire retirer cette information du Site ainsi que de l'indexation du moteur de recherche Google. Les mises en demeure ne semblent avoir qu'un effet temporaire sur ce dernier, le résultat contrariant surgissant à nouveau après quelques mois ou années de disparition. En outre, les résultats diffèrent selon le pays depuis lequel la recherche est lancée<sup>48</sup>.

C'est donc par la voie judiciaire que, en avril 2016, le demandeur exige de Google que soit enterrée l'hydre une fois pour toutes<sup>49</sup>. Il réclame la désindexation définitive de ce résultat qui porte atteinte à sa réputation de façon intermittente depuis huit ans<sup>50</sup>, ainsi que cinq millions de dollars en dommages moraux et un million en dommages exemplaires<sup>51</sup>. La poursuite n'est pas dirigée contre le Site, le demandeur semblant souscrire soit à l'idée que, dans la mesure où il ne fait qu'héberger du contenu généré par autrui, il bénéficie d'une immunité de poursuite aux États-Unis en vertu de la *Communication Decency Act*<sup>52</sup>, soit à la difficulté de faire reconnaître aux États-Unis un jugement canadien en matière de diffamation<sup>53</sup>. L'affaire n'en

47. *A.B.*, *supra* note 18, au para 2.

48. *Ibid.*, au para 3.

49. À voir si la Cour suprême préfère cette métaphore ou celle du jeu de tape-taube (peut-être mieux connu sous son nom commercial de « Whac-a-mole<sup>sm</sup> ») retenue par la juge Fenlon dans *Equustek Solutions (SC)*, *supra* note 44, au para 17.

50. *A.B.*, *supra* note 18, au para 5.

51. *Ibid.*, au para 1.

52. *Ibid.*, au para 4 ; le Site lui-même met assurément de l'avant cet argument qui, en effet, lui a permis d'échapper à plusieurs poursuites. Sans prétendre être spécialiste du droit américain ou avoir procédé à une revue exhaustive de la question, je note trois affaires où, au moins au stade préliminaire, cette immunité a été refusée au Site, le tribunal estimant qu'il contribuait à l'information diffamatoire, notamment par l'ajout de titres ou d'intertitres ou que les allégations de fabrication active de contenu étaient suffisamment sérieuses pour permettre que soient continuées les procédures : *MCW, Inc v badbusinessbureau.com (RipOff Report / Ed Magedson / XCENTRIC Ventures LLC)* Civ.A.3:02-CV-2727-G, (N.D. Tex., 19 avril 2004), le j. A. Joe Fish ; *Hy Cite Corp. v badbusinessbureau.com (RipOff Report / Ed Magedson / XCENTRIC Ventures LLC)*, 418 F. Supp. 2d 1142 (D. Ariz., 27 décembre 2005), le j. Earl H. Carroll (règlement hors cour : mai 2007) ; *Vision Security LLC v Xcentric Ventures LLC*, 2:13-cv-00926 (D. Utah 27 août 2015), le j. Clark Waddoups.

53. La *Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage (SPEECH) Act*, Pub.L. 111-223 prévoit que les jugements étrangers rendus en matière de diffamation ne pourront être reconnus aux États-Unis que si la loi étrangère accorde la même protection que la loi américaine, rend notoirement difficilement l'exécution des jugements étrangers à l'encontre des défendeurs américains. Les tribunaux de l'Arizona ont ainsi refusé de reconnaître une injonction prononcée par défaut par la Cour supérieure de justice de l'Ontario

est, bien sûr, pas encore au fond<sup>54</sup> et c'est le résultat d'une demande préliminaire qu'aborde le présent commentaire.

Le demandeur a en effet sollicité deux ordonnances de confidentialité : par la première, il demande « que le dossier de cour soit scellé de façon permanente et soit déclaré non accessible au public », par la seconde, que soit interdite la « publication de tout matériel diffamatoire ou permettant de l'identifier »<sup>55</sup>. Au soutien de ses demandes, il invoque notamment sa « carrière remarquable en affaires, tant au Canada qu'aux États-Unis » et le fait qu'il est « réputé et avantageusement connu dans les milieux politiques et économiques »<sup>56</sup>, ce qui n'est pas contesté. En fait, les demandes d'ordonnance de confidentialité sont instruites *ex parte* : Google ne se présente pas à l'audience ; quant aux divers médias sollicités par le demandeur à titre d'éventuels mis en cause, ils ont choisi de ne pas comparaître pour présenter leurs observations<sup>57</sup>.

### **1.2.2 Décision**

Après une mise en contexte des deux demandes de confidentialité, le tribunal procède à une revue exhaustive des principes applicables en matière d'ordonnance de confidentialité, généralement et dans un contexte de diffamation.

S'appuyant au premier chef sur l'article 23 de la *Charte québécoise*<sup>58</sup> et les articles 11 et 12 du *Code de procédure civile*, mais n'hésitant pas à citer Malesherbes, Bentham autant que plusieurs décisions récentes, le tribunal rappelle l'importance du principe de publicité des débats judiciaires<sup>59</sup>. Il reconnaît toutefois qu'ester en justice n'emporte pas *ipso facto* la renonciation d'un demandeur à ces droits fondamentaux que sont les droits à la réputation et à la vie privée<sup>60</sup> et qu'il revient donc au juge de soupeser les intérêts privé et public en jeu, exercice dont les paramètres ont été balisés par la

---

contre le Site dans une autre affaire : *Global Royalties, Ltd v Xcentric Ventures*, 07-956-PHX (D. Ariz) (10 octobre 2007) le j. Frederick J. Martone ; v.a. CV-00956 (28 février 2008).

54. Selon le plumeur du dossier 500-17-093293-168 au 31 décembre 2016, la date limite pour l'inscription pour enquête et jugement est fixée au 9 juin 2017.

55. *A.B.*, *supra* note 18, au para 6.

56. *Ibid.*, au para 6.

57. *Ibid.*, au para 9.

58. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12.

59. *A.B.*, *supra* note 18, aux para 16 et s.

60. *J.I.B. c Vallée*, 1996 CanLII 5846 (QC CA; 16 septembre 1996), aux p. 2-3; *ibid.*, au para 53.

Cour suprême dans les affaires *Dagenais*, *Mentuck* et *Sierra Club*<sup>61</sup>. Celui qui réclame la confidentialité de son dossier doit démontrer que l'ordonnance recherchée est « nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, en l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque » et que « ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice »<sup>62</sup>.

En l'espèce, le tribunal estime qu'il n'y a lieu de faire droit qu'à la seconde des deux demandes. La première, visant la confidentialité de l'ensemble du dossier, est rejetée pour deux raisons. D'abord, de l'avis du tribunal, l'information que le demandeur cherche à protéger est déjà publique, et ce, de manière « autonome ». Puisque « [l]a page Web existe et continue d'apparaître aux internautes, indépendamment de toute action en justice ou de toute décision judiciaire »<sup>63</sup>, le recours ne risque pas de dévoiler au grand jour une information qui serait autrement demeurée confidentielle<sup>64</sup>. Le demandeur reconnaît que sa demande ne cherche pas à tuer le propos préjudiciable dans l'œuf, mais plutôt à éviter l'aggravation du préjudice<sup>65</sup>. La distinction ne convainc pas le tribunal de déroger au principe de publicité : au contraire, estime-t-il, le recours en diffamation doit normalement être aussi publicisé que l'affront qu'il vise à laver<sup>66</sup>, *a fortiori* lorsqu'il s'agit non de dissimuler une information préjudiciable concernant un fait passé, mais plutôt de démontrer la facticité d'un fait véhiculé sur Internet<sup>67</sup>. Dès lors, la volonté du demandeur de taire non seulement l'institution de sa demande, mais également les conclusions du jugement à intervenir paraît « curieus[e] »<sup>68</sup> voire « paradoxal[e] »<sup>69</sup> :

Ainsi, le Tribunal constate et doit conclure que l'honneur, la dignité et la réputation du demandeur se trouvent davantage sauvegardés par la diffusion d'une conclusion ou décision judi-

61. *Dagenais c Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835 (8 décembre 1994); *R. c Mentuck*, [2001] 3 RCS 442, 2001 CSC 76 (15 novembre 2011); *Sierra Club du Canada c Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 RCS 522, 2002 CSC 41 (26 avril 2002).

62. *Sierra Club*, *ibid*, au para 45; comp. *Mentuck*, *ibid*, au para 32, où il est question, au premier critère, de « la bonne administration de la justice » plutôt que d'« un intérêt important ».

63. *A.B.*, *supra* note 18, au para 13.

64. *Ibid*, au para 13.

65. *Ibid*, au para 14.

66. *Ibid*, aux para 42-44.

67. *Ibid*, au para 15.

68. *Ibid*, au para 15.

69. *Ibid*, au para 48.

ciaire favorable et lui donnant raison à l'encontre de la diffamation alléguée ou l'atteinte à la réputation, que par l'anonymat ou la banalisation de celle-ci. Ces droits fondamentaux du demandeur ne seraient pas atteints par la divulgation de son nom ou encore des informations pertinentes à son dossier ; au contraire, sa dignité, sa réputation et son honneur se trouvent avantageusement protégés, sinon relevés, par la diffusion de l'information corrigeant l'apparente fausseté véhiculée sur internet. La condamnation aux dommages n'est qu'accessoire et constitue la conséquence de cette consécration judiciaire de la position du demandeur.<sup>70</sup>

Pour le tribunal, la difficulté d'atteindre (ou d'éteindre) la source première de la diffamation rend d'autant plus importante la publicité, le cas échéant, d'une « décision judiciaire reconnaissant et confirmant l'innocence du demandeur, ainsi que le caractère particulièrement abject du site Web visé par le recours »<sup>71</sup>.

Il en va autrement cependant de la seconde demande, visant la protection de l'intégrité psychologique et du droit à la vie privée du demandeur par l'anonymisation du dossier<sup>72</sup>. À cet égard, l'aspect « loupe grossissante »<sup>73</sup> de tout recours peut présenter un risque. Or, il est bien possible que la preuve à intervenir mette en cause des proches du demandeur ou de l'avant des épisodes « malheureux ou même traumatiques de son vécu »<sup>74</sup> et l'équité d'un procès est notamment assurée par la présentation d'une preuve sereine et complète<sup>75</sup>. Bien que le risque soit essentiellement présenté en des termes hypothétiques et non « bien étayé par la preuve » comme l'exige la Cour suprême<sup>76</sup>, le tribunal fait droit à la demande à ce stade : il serait malheureux, écrit-il en substance, de procurer de la « publicité gratuite [au Site] au détriment des personnes impliquées »<sup>77</sup>.

Le tribunal prend soin de distinguer la transparence et la publicité : à la première, il n'y a pas lieu de déroger, mais restreindre la

70. *Ibid.*, au para 45.

71. *Ibid.*, au para 48.

72. *Ibid.*, au para 50.

73. *Ibid.*, aux para 51, 62.

74. *Ibid.*, au para 52.

75. *Ibid.*, au para 61.

76. *Ibid.*, au para 70, s'appuyant sur *Sierra Club*, *supra* note 62, au para 54 ; je signale toutefois que la Cour suprême a également parlé de « préjudice objectivement discernable » dans l'affaire *A.B. c Bragg Communications Inc.*, [2012] 2 RCS 567, 2012 CSC 46 (27 septembre 2012), portant sur le droit d'une adolescente victime de cyberintimidation à ester anonymement en justice afin d'obtenir d'un fournisseur de services Internet le nom de ses intimidateurs.

77. *A.B.*, *supra* note 18, au para 41.



seconde peut permettre d'assurer un équilibre louable entre les intérêts en présence<sup>78</sup>. D'ailleurs, au final, le tribunal rejette l'ordonnance de mise sous scellé, mais accorde une ordonnance de non-publication et de non-diffusion des procédures, des pièces, et des témoignages et ordonne la banalisation de l'intitulé de la cause, le tout, à valoir jusqu'au jugement au fond.

### 1.2.3 *Commentaire*

Un citoyen qui demande à Google ou à un répertoire le retrait de certaines informations le concernant, cela rappelle presque irrésistiblement l'affaire *González* de la Cour européenne de justice qui, prononçant l'existence d'un droit à l'oubli participant des droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, avait agité bon nombre de commentateurs.

Pour mémoire, dans l'affaire *González*<sup>79</sup>, un avocat avait obtenu le déréférencement par Google d'un article publié seize ans plus tôt relatant sa faillite. L'article lui-même n'était pas diffamatoire ; en fait, il répondait aux exigences légales de publicité en pareil cas, et aucune mesure ne devait être ordonnée contre le quotidien responsable de la publication d'origine. Contre Google, par contre, il y avait lieu d'en ordonner le déréférencement puisque (à l'essentiel) considérant « la nature de l'information en question et de sa sensibilité pour la vie privée de la personne concernée ainsi que de l'intérêt du public à disposer de cette information »<sup>80</sup>, le demandeur avait établi que le lien contenait des informations qui « apparaissent inadéquates, qu'elles ne sont pas ou plus pertinentes ou sont excessives au regard de ces finalités et du temps qui s'est écoulé »<sup>81</sup>. La Cour formulait ainsi une présomption de validité des informations publiques, ce qui devrait permettre d'établir un équilibre entre l'intérêt économique, le droit à l'information des internautes et les droits fondamentaux à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, protégés par les articles 7 et 8 de la *Charte européenne*<sup>82</sup>. Bref, si l'intérêt public avait pu, à l'époque de la publication, favoriser celle-ci, le droit à l'oubli

78. *Ibid*, au para 60.

79. Cour de justice de l'Union européenne, *Google Spain SL et Google inc c Agencia española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González* (13 mai 2014), c-131/12 [*González*] ; s'appuyant notamment sur la *Directive 95/46/CE du Parlement européen relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données* (24 octobre 1995), celex 31995L0046.

80. *González, ibid*, au para 82 ; v.a. au para 98.

81. *González, ibid*, au para 93.

82. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2012/C 326/02.

suppose que cet intérêt s'est émoussé, de sorte que la prépondérance du préjudice favorise désormais le retrait de l'information.

Ce n'est toutefois pas de cela dont il est question dans l'affaire *A.B.*, au contraire ; ce n'est en effet pas un droit à l'oubli que réclame le demandeur sur le fond, mais bien plutôt le droit à ce que soient véhiculées des informations correctes à son sujet, ce que souligne largement le juge Granosik dans une formulation qui n'est pas sans rappeler le droit de rectification accordé par diverses lois de protection des renseignements personnels, par exemple, celui de l'article 89 de la loi québécoise sur la protection des renseignements personnels dans le secteur public<sup>83</sup> :

89. Toute personne qui reçoit confirmation de l'existence dans un fichier d'un renseignement personnel la concernant peut, s'il est inexact, incomplet ou équivoque, ou si sa collecte, sa communication ou sa conservation ne sont pas autorisées par la loi, exiger que le fichier soit rectifié. 1982, c. 30, a. 89 ; 2006, c. 22, a. 110.

89. Every person who receives confirmation of the existence of personal information concerning him on a file may request that the file be corrected if the information is inaccurate, incomplete or equivocal, or if the collection, release or keeping of the information is not authorized by law. 1982, c. 30, s. 89 ; 2006, c. 22, s. 110.

Un peu plus tôt cette année, la Commission d'accès à l'information s'était prononcée exactement en ce sens en refusant de conclure à la responsabilité de l'employeur vers le site duquel Google renvoyait obstinément tout internaute qui tapait le nom de la plaignante, bien que toutes les références à cette plaignante aient été dûment supprimées de son site par cet employeur.

Le droit d'une personne de faire rectifier dans un dossier qui la concerne des renseignements inexacts, incomplets ou équivoques n'est pas de l'ordre du « droit à l'oubli » qui vise à effacer des informations des espaces publics<sup>84</sup>.

---

83. *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ c A-2.1, art 89 ; v.a. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ c P-39.1, art 11 et *Loi sur la protection des renseignements personnels*, LRC 1985, c P-21, para 12(2).

84. *C.L. c BCF Avocats d'affaires*, 2016 QCCAI 114 (14 avril 2016), la comm. Line Desbiens, au para 65.

De nombreux commentateurs se sont interrogés sur l'existence d'un droit à l'oubli au Canada<sup>85</sup>. Sans doute vie privée et image recourent-ils contrôle de l'image et réputation dans une certaine mesure, de sorte qu'il n'est pas futile d'ajouter ici quelques mots sur le sujet. Quelle que soit l'étiquette, il semble assez clair en droit québécois que, s'il n'y a pas lieu d'expurger les archives, il n'y a pas lieu non plus de rappeler des événements passés si cela n'ajoute rien. Autrement dit, en l'absence d'intérêt public soutenu, le rappel – compris comme un acte positif – d'un événement passé peut emporter la responsabilité de son auteur, qu'il participe de la nuisance, du sensationnalisme ou simplement qu'il prolonge inutilement les stigmates associés à une condamnation, en contravention des objectifs de réhabilitation<sup>86</sup> : les conditions de la responsabilité civile ordinaire, faute, préjudice et lien de causalité, sont alors satisfaites. Par contraste, si le rappel est justifié par le besoin de contexte ou l'intérêt public, il n'est pas fautif, les tribunaux ayant par ailleurs postulé qu'il est plus

85. Voir par exemple : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, « Réputation en ligne – Que dit-on à mon sujet ? » (1<sup>er</sup> juin 2016), en-ligne : <[https://www.priv.gc.ca/media/1811/or\\_201601\\_f.pdf](https://www.priv.gc.ca/media/1811/or_201601_f.pdf)>, notamment aux p. 5-6 et 9; Michael Rosenstock, « Is there a “right to be forgotten” in Canada’s *Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA)* » (2016) 14:1 *Can. J of L and tech.* [version imprimée à paraître]; Geneviève Saint-Laurent, « Vie privée et “droit à l’oubli” : que fait le Canada ? » (2015) 66 *UNBLJ* 185; Option consommateurs, « Payer pour disparaître – Aspects juridiques et commerciaux du droit à l’oubli au Canada », rapport de recherche rédigé par Alexandre Plourde (juin 2016), en-ligne : <[http://www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/Option\\_consommateurs-Droit\\_oubli\\_2016.pdf](http://www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/Option_consommateurs-Droit_oubli_2016.pdf)>; Saminda Pathmasiri, « L’Internet n’oublie jamais ! dit-on. Est-ce toujours vrai ? », *Développements récents en droit du divertissement* (Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015), 3; Pierre Trudel, « L’oubli en tant que droit et obligation dans les systèmes juridiques civilistes », texte inédit préparé pour le cours de droit du cyberspace (Faculté de droit, Université de Montréal, 2013), en-ligne : <<http://pierretrudel.openum.ca/files/sites/6/2016/08/NotesoubliREV-1.pdf>>.

86. Et de longue date : voir *Goyette c Rodier*, jugement du juge Louis-Amable Jetté du 30 juin 1888, confirmé à l’unanimité par (1889) 20 RL 108 (QC CS (rév)), 110 [*Le Violon* n’aurait pas dû rappeler faire « allusion à un fait remontant à plus de dix années, que le demandeur était un débauché et avait eu des rapports avec une femme perdue de réputation » (p. 108); le journal avait été distribué à des personnes qui n’y étaient pas abonnées, manifestement dans le but de nuire à la candidature de Goyette dans le comté de LaPrairie]; plus récemment : *Ouellet c Pigeon*, 1997 CanLII 7015 (QC CQ) (22 octobre 1997), le j. Denis Pigeon [le *Photopolice* n’aurait pas dû rappeler l’infanticide et le suicide de l’épouse du demandeur dix ans plus tôt]; *Bombardier c Bouchard*, 1996 CanLII 6356 (QC CA) [Denise Bombardier n’aurait pas dû, dans une entrevue, insinuer qu’elle avait cinq ans plus tôt été la seule à dénoncer un « pédophile », dénonciation qui lui avait valu un blâme du conseil de presse et pour laquelle une poursuite en diffamation s’était réglée hors cour].

difficile pour ceux qui participent à des « activités publiques de nature politiques » de réclamer l'effacement des mémoires<sup>87</sup>.

L'Internet se présente alors comme une redoutable chambre d'écho. Atemporelle et machinale d'abord, puisque, jusqu'à son avènement (et celui des moteurs de recherche), celui qui, ayant dépoussiéré les archives, reprenait un propos nuisible, à tort ou à raison, *choisissait* toujours de le faire; or le jugement d'une archive ou d'un moteur de recherche n'est pas ainsi interpellé, ces outils ayant plutôt vocation à faciliter la communication qu'à y prendre part. Il n'y a plus d'« auteur » au rappel des événements passés, c'est-à-dire une personne dont l'on puisse comparer la décision de mise en ligne avec celle que ses pairs auraient raisonnablement pu prendre<sup>88</sup>.

C'est ainsi presque plus la facilité d'accès que l'existence qui soutient le préjudice. Alors qu'il fallait auparavant éplucher la chronique pour retrouver un document donné, l'effort requis ne dépasse guère aujourd'hui la flexion de l'index sur la souris/quelques clics, dans le confort d'une curiosité molle et de son salon. Ni *A.B.* ni *Pagé-Lapierre*, ni leurs communautés potentielles, n'auraient eu vent de la publication attaquée sans ce truchement projectile de l'Internet. Pourtant, *Crookes c Newton* rappelait que le fait « qu'il soit beaucoup plus facile d'accéder au contenu d'un texte par le biais d'hyperliens que par des notes de bas de page ne change rien au fait que l'hyperlien en lui-même est neutre sur le plan du contenu – il n'exprime aucune opinion et il n'exerce aucun contrôle sur le contenu auquel il renvoie »<sup>89</sup>.

Si ces attributs de l'Internet posent des défis dans le temps pour la victime de diffamation, ils soulèvent également d'épineuses questions quant à l'étendue de la responsabilité de l'auteur de propos diffamatoires, dans l'espace et par rapport aux tiers, comme

---

87. *Mathieu c La Presse*, 1998 CanLII 11140 (QC CQ) (24 novembre 1998), le j. Raoul-P. Barbe, au para 130; *Lévesque c Communications Québecor inc.*, 1999 CanLII 11819 (QC CS), (21 juin 1999), la j. Julie Dutil, aux para 45 à 52.

88. Sur les robots-auteurs voir : Commission des affaires juridiques du Parlement européen, PROJET DE RAPPORT contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL)) par Mady Delvaux (31 mai 2015), doc n° PE582.443v01-00, en-ligne; James Grimmelman, « Copyright for Literate Robots » (2015) 101 *Iowa L.R.* 657; Jacques Larrieu, « La propriété intellectuelle et les robots » (2013) 24:4 *J. intl de bioéthique* 17; Annemarie Bridy, « Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author » (2012) *Stan. Tech. L. Rev* 5; Laurence Bich-Carrière, « Communication spirituelle et droit d'auteur : à qui les droits d'une œuvre littéraire dictée depuis l'au-delà », (2007) 19:3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 775, aux p. 791-794; Timothy L. Butler, « Can a Computer be an Author? Copyright Aspects of Artificial Intelligence » (1981) 4 *Comm. Ent. L.S.* 707.

89. *Crookes*, *supra* note 42, au para 30.

l'illustrent les décisions qui suivent. Si la première s'interroge sur le droit international privé du cyberspace, les deux autres intéressent surtout pour la responsabilité qui incombe au diffamateur d'origine pour une diffamation continuée par autrui ; l'ensemble offre également quelques pistes quant à la manière de calculer un lectorat.

## 2. LA CYBERDIFFAMATION ET L'ESPACE : ICI, AILLEURS ET PARTOUT À LA FOIS

### 2.1 *Goldhar v Haaretz.com*, 2016 ONCA 515

#### 2.1.1 *Contexte*

« Les économies de bout de chandelle et le manque de vision à long terme du propriétaire des Macchabées de Tel-Aviv sonneront-ils le glas de l'équipe ? »<sup>90</sup> demandait d'entrée de jeu le chroniqueur sportif David Marouani à ses lecteurs dans l'édition du 30 novembre 2011 du *Haaretz*, le plus vieux quotidien d'Israël<sup>91</sup>. Le lien entre les épanchements d'un commentateur sportif telavivien et une chronique sur la diffamation dans une revue de droit canadienne ? Ce propriétaire, c'est Mitchell S. Goldhar. Certes, il possède un pied-à-terre à Tel-Aviv, où il se rend cinq ou six fois par année, mais il habite ordinairement la grande région de Toronto. Et c'est depuis Toronto qu'il opère la (lucrative) franchise Smart Centre inc. Et c'est à Toronto qu'il décide, en décembre 2011, d'instituer un recours en diffamation contre le journal israélien, après que certains de ses employés lui aient rapporté le contenu de la chronique. L'article, allègue Goldhar, lui est préjudiciable, non seulement par les diverses épithètes qu'on lui accole, mais également par les reproches et rapprochements qui sont faits entre sa gestion du club et celle de ses affaires canadiennes, notamment ses liens avec Wal-Mart<sup>92</sup>. Le *Haaretz* soulève immédiatement une exception déclinatoire : le microscopique lectorat canadien de l'édition électronique anglaise du journal se perd dans la masse de ses lecteurs, qui, éditions électronique et papier confondues, se trouve majoritairement en Israël.

90. Le chapeau de l'article, reproduit à l'annexe A de *Goldhar (CA)*, *supra* note 20 se lit « Though he spends most of his time in Canada, Maccabi Tel Aviv owner Mitch Goldhar runs his club down to every detail. But could his penny-pinching and lack of long term planning doom the team. »

91. *Ibid.*, aux para 1-2.

92. *Ibid.*, annexe : « Goldhar's management model was imported directly from his main business interest – a partnership with Wal-Mart to operate shopping centers in Canada. He even spelled out his managerial vision in a leaflet distributed to fans ahead of Sunday night's derby against Hapoel Tel Aviv.»

Et c'est justement sur la question de savoir qui, des tribunaux ontarien ou israélien, est le mieux placé pour se saisir d'un tel différent que la décision présente de l'intérêt à nos fins et peut-être celles de la Cour suprême qui a accueilli la demande d'autorisation d'appeler<sup>93</sup> de la décision divisée de la Cour d'appel<sup>94</sup>, dont la majorité a estimé n'être pas déraisonnable la conclusion du juge de première instance selon laquelle le *Haaretz* n'avait pas démontré que le for israélien était « nettement préférable » à celui de l'Ontario<sup>95</sup>. Pour l'instant, c'est *Goldhar 3 – Haaretz 1* sur la question du *forum non conveniens*, soit la véritable question en litige.

### 2.1.2 Décision(s)

En effet, la Cour supérieure, en application de la trilogie *Van Breda, Breeden* et *Banro*<sup>96</sup>, a estimé que l'Ontario était compétente *simpliciter* à connaître du litige<sup>97</sup> et qu'il n'avait pas été démontré qu'Israël constituait un for nettement plus approprié<sup>98</sup>. La Cour d'appel est unanime à penser que les facteurs de rattachement qui établissent la compétence en fonction du lien réel et substantiel sont satisfaits. Elle est cependant divisée sur la question du *forum non conveniens*<sup>99</sup>. Pour les juges Simmons et Cronk, malgré les quelques erreurs qui ont pu se glisser dans le raisonnement de la Cour supérieure, la preuve administrée par le *Haaretz* n'est pas suffisante pour démontrer que le for ontarien n'est pas approprié.

93. Demande d'autorisation d'appeler : 26 septembre 2016; autorisation de pourvoi accueillie : 9 mars 2017, CSC n° 37202.

94. *Goldhar (CA)*, *supra* note 20, motifs de la juge Janet Simmons auxquels se rallie la juge Eleanor A. Cronk, aux para 1 à 111; motifs dissidents de la juge Sarah E. Pepall, aux para 112 à 195.

95. *Goldhar v Haaretz.com*, 2015 ONSC 1128 (13 août 2015), le j. Mario D. Faieta [*Goldhar (SC)*].

96. *Club Resorts Ltd. c Van Breda*, [2012] 1 RCS 572, 2012 CSC 17 (18 avril 2012), *Breeden c Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 RCS 666 (18 avril 2012) et *Éditions Écosociété Inc c Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 RCS 636 (18 avril 2012), ces deux dernières étant des affaires de diffamation, voir *infra* notes 107 et 108.

97. *Goldar (SC)*, *supra* note 95, au para 20 citant *Breeden, ibid*, au para 20 : « Le droit canadien admet depuis longtemps que le délit de diffamation se manifeste dès qu'il y a diffusion d'un propos diffamatoire destiné à un tiers. En l'espèce, il y a eu diffusion lorsque les communiqués contestés ont été lus, téléchargés et repris en Ontario par trois journaux. Il est également bien établi que chaque répétition ou reprise d'un communiqué diffamatoire constitue une nouvelle diffusion. L'auteur initial du communiqué peut être tenu responsable de la reprise dès lors qu'il l'a autorisée ou que la reprise est le résultat naturel et probable de la diffusion initiale. »

98. *Goldhar (SC)*, *ibid*, au para 69.

99. *Goldhar (CA)*, *supra* note 20, motifs majoritaires, aux para 36-46; motifs dissidents : 123-132.

Pour la juge Pepall, cette déférence n'a pas lieu d'être : c'est au contraire une analyse robuste et soignée de l'exception de *forum non conveniens* qui doit être menée afin de faire contrepoids à la facilité d'asseoir la compétence d'un tribunal en matière de diffamation internationale<sup>100</sup>. Sans pour autant faire droit à l'argument du journal relatif au lectorat canadien infinitésimal, elle estime que les erreurs relevées par ses collègues, surtout combinées à d'autres, auraient dû empêcher le débat de se poursuivre en Ontario.

### 2.1.3 Commentaire

L'affaire *Goldhar* présente un intérêt certain pour le développement du droit international privé de la diffamation, tant en ce qui concerne le for le plus apte à connaître d'un délit de diffamation donné que relativement à la loi applicable.

La trilogie *Van Breda*, on le rappellera, faisait du droit applicable l'un des facteurs pertinents à une analyse du *forum non conveniens*. En common law délictuelle canadienne, ce droit serait en principe celui du lieu du délit, la *lex loci delicti*, l'arrêt *Tolofson* retenant une règle stricte presque « absolue », au détriment d'autres jugées trop incertaines, telle celle du lieu de l'atteinte la plus substantielle<sup>101</sup>. En matière de diffamation, le délit se concrétise là où il existe un lecteur. Il est donc tout à fait envisageable qu'il n'existe pas un mais plusieurs « lieux du délit ».

Ce fractionnement n'est sans doute pas exclusif à la diffamation, la multiterritorialité peut exister en fait de responsabilité du fabricant pour le fait du produit<sup>102</sup> ou de représentations fausses ou

100. *Ibid.*, aux para 132 : « given the ease with which jurisdiction simpliciter may be established in a defamation case, in a motion for a stay, a motion judge must conduct a robust and carefully scrutinized review of the issue of forum non conveniens. » et 193 : « given the low threshold that permits jurisdiction in a defamation case to be taken by an Ontario court, a robust and carefully scrutinized review must be undertaken by a motion judge on a stay motion based on forum non conveniens. »

101. *Tolofson c Jensen ; Lucas (Tutrice à l'instance de) c Gagnon*, [1994] 3 RCS 1022 ; l'article 3082 CcQ est plus souple.

102. *Moran v Pyle National (Canada) Ltd*, [1975] SCR 393 (21 décembre 1973), à la p. 409 : « défendeur étranger a fabriqué de façon non diligente, dans un ressort étranger, un produit qui est entré par les voies normales du commerce, et qu'il savait ou devait savoir, à la fois, qu'un consommateur pouvait fort bien subir un dommage par suite de ce manque de diligence et qu'il était raisonnablement prévisible que le produit serait utilisé ou consommé à l'endroit où le demandeur l'a effectivement utilisé ou consommé, alors le forum dans lequel le demandeur subit des dommages a le droit d'exercer ses pouvoirs judiciaires sur ce défendeur étranger », cité avec approbation dans *Morguard Investments Ltd v De Savoye*, [1990] 3 RCS 1077.

trompeuses<sup>103</sup>. La différence vient peut-être du caractère fortuit des lieux où peuvent s'écraser des aéronefs ou exploser des appareils électroniques et de ce que ces situations n'engagent véritablement que les victimes et l'auteur de la faute alléguée<sup>104</sup>. Par contraste, le *gravamen* de la réputation, c'est la communauté auprès de laquelle une réputation se trouverait ternie. Le problème de la diffamation internationale, c'est la coexistence de deux ou plusieurs appartenances, chacune locale. Une foire d'empoigne locale peut ainsi faire du rifici tant « à la maison » qu'auprès des membres d'une diaspora et laisser le demandeur dans l'embarras quant au lieu d'institution des procédures<sup>105</sup>.

Cela doit-il *a fortiori* valoir pour qui, brassant des affaires partout sur la planète, s'expose à des critiques multinationales ? Celui-là peut légitimement vouloir défendre sa réputation là où il croit que se trouve la plus forte proportion des lecteurs d'un écrit<sup>106</sup>, comme il peut préférer vouloir préserver sa réputation dans sa communauté d'attache ou celle où vit sa famille<sup>107</sup> ou au lieu de son siège social avant tout<sup>108</sup>. Goldhar relève de cette catégorie de gens qui appartiennent à plusieurs communautés.

- 
103. V p. ex., *Central Sun Mining Inc v Vector Engineering Inc.*, 2013 ONCA 601 (2 octobre 2013), au para 30 : « The core of the tort of negligent misrepresentation is that the misrepresentation is received and acted upon » et *2249659 Ontario Ltd. v Sparkasse Siegan*, 2013 ONCA 354 (31 mai 2013), au para 31; *Thorne v Hudson*, 2016 ONSC 5507 (7 septembre 2016), le j. Edward M. Morgan, aux para 31-34.
  104. Paul S. Dempsey, *Aviation Liability Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Markham (Ont.), LexisNexis, 2013), au n<sup>o</sup> 1.32 qualifie d'ailleurs les aéronefs de « conflit de loi mobile » (à la p. 5); v.a. *Air Canada c McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 RCS 1554 (8 juin 1989) : « Le lieu de l'omission d'avertir est l'endroit où l'avertissement aurait dû être reçu, c'est-à-dire là où se trouve l'utilisateur, ou encore là où les biens sont utilisés ».
  105. *Kim v Dongpo News*, 2013 ONSC 4426 (18 juillet 2013), le j. Thomas J. McEwen.
  106. C'est le cas dans *Sciqwest*, *supra* note 14, où le tribunal a estimé qu'il était légitime pour Sciqwest, incorporée au Delaware mais brassant des affaires partout au monde, de poursuivre en Ontario l'auteur, un résident du Québec, d'un blogue, situé en Californie ou en Irlande, et titulaire d'un compte Twitter dont les 355 abonnés sont ontariens.
  107. Dans *Breeden*, *supra* note 96, la Cour suprême avait estimé que l'Ontario n'était pas le forum le plus approprié pour que Conrad Black poursuive la compagnie américaine qui avait mis sur son site Internet des déclarations qu'il estimait diffamatoires au sujet de certains de ses agissements alors qu'il siégeait à son conseil d'administration (même si lesdites déclarations avaient été communiquées à des journaux ontariens).
  108. Dans *Banro*, *supra* note 96, la Cour suprême avait estimé que l'Ontario était le forum le plus approprié pour qu'une compagnie torontoise poursuive un éditeur québécois dont un ouvrage, pourtant très peu distribué en Ontario, avait attaqué ses pratiques d'affaires en Afrique.



Sans doute l'édition imprimée du *Haaretz* ne voyage-t-elle pas bien au-delà des frontières d'Israël, mais l'édition électronique, elle, circule dans le monde, d'autant plus qu'elle est disponible tant en hébreu qu'en anglais. À l'âge d'Internet, la distance géographique n'est plus un gage d'étanchéité, sociale ou juridique

On peut même penser à court terme que les communautés elles-mêmes seront plurinationales : où devrait poursuivre le fabricant d'un jeu dont l'un des joueurs porte atteinte à sa réputation auprès de l'ensemble des abonnés<sup>109</sup> ? où se situe la communauté du joueur d'un jeu en ligne massivement multijoueur, dont les collègues de travail ou la famille ne sauraient pas qu'il s'adonne à une vie virtuelle, mais qui s'y retrouvait mis au banc après que d'autres joueurs, situés on ne sait où mais tous présents en ligne, auraient mensongèrement déblatéré contre lui, en l'accusant de *farming* par exemple ? celle du collaborateur de Wikipédia qui, accusé à tort mais vigoureusement de cybervandalisme, aurait vu, depuis, ses propositions systématiquement écartées ? du contributeur à un forum, où un modérateur serait intervenu trop tard pour empêcher un propos diffamatoire ?

Il n'y a probablement, pour ceux-là, de lieu commun que leur monde virtuel voire des cybertribunaux qui n'ont pas à composer avec le droit international privé.

### 3. LA CYBERDIFFAMATION ET LES AUTRES : SUR INTERNET AUSSI, MIEUX VAUT ÊTRE SEUL QUE MAL ACCOMPAGNÉ

Par définition, la diffamation suppose la diffusion. Les deux affaires qui suivent, l'une du Québec, l'autre de la Colombie-Britannique, portent sur la responsabilité de l'auteur d'un propos diffamatoire ayant engendré d'autres propos diffamatoires. Dans les deux cas, l'auteur d'un article diffamatoire disponible en-ligne est trouvé responsable ou fautif aussi pour les propos injurieux formulés par des tiers en réaction à son article, pour en avoir autorisé la publication. Dans le premier, c'est de la qualité d'opérateur du site Internet que vient l'autorisation. Dans le second, cette autorisation est implicite et tient du fait que la publication a eu lieu sur une plateforme fondamentalement destinée à l'échange, en l'occurrence, le réseau social Facebook. Celui qui publie des propos incendiaires doit

---

109. Voir l'affaire rapportée par Charles Arthurs, « Evony drops libel case against British blogger Bruce Everiss » (31 mars 2010), *The Guardian* en-ligne : <<https://www.theguardian.com/technology/2010/mar/31/evony-libel-case-bruce-everiss>>.

s'attendre à supporter aussi la responsabilité des propos diffamatoires qu'il a ainsi suscités.

### **3.1 Chiara c Vigile Québec, 2016 QCCS 5167 (27 octobre 2016), le j. Marc Paradis**

#### **3.1.1 Décision**

L'origine de cette poursuite d'un demi-million de dollars pour atteinte à la réputation est un article que Richard Le Hir publie le 17 novembre 2010 sur le site Vigile.net et qui associe l'homme d'affaires montréalais Vincent Chiara à la mafia, à des « activités illégales » de financement municipal ou à des personnes impliquées « dans des affaires de corruption »<sup>110</sup>. En février 2011, après deux mises en demeure, l'article est retiré mais sans rétractation. Le demandeur institue des procédures, contre le site et les responsables de l'article, pour obtenir la publication d'excuses. Il refuse l'offre qui lui est faite, le 1<sup>er</sup> avril 2011, de publier une réplique<sup>111</sup>.

Le 10 avril 2011, Bernard Frappier, le fondateur de Vigile.net, publie un appel au soutien financier de ses lecteurs pour assurer la défense du site contre une poursuite en diffamation intentée par « M. "X" » : le nom de Chiara est certes tu, mais les commentaires formulés à son encontre dans le reste de l'article le rendent « facilement identifiable »<sup>112</sup>, ce dont témoignent largement les commentaires laissés par les lecteurs qui perpétuent les associations injurieuses du premier article<sup>113</sup>. Un deuxième appel aux lecteurs est lancé le 31 juillet 2011 dans un article signé par Frappier et Le Hir (bien que la preuve révèle qu'il fût le seul fait du premier)<sup>114</sup>. L'interrogatoire préalable du demandeur y est également intégralement reproduit, ce qui est l'occasion de reprendre les mêmes remarques désobligeantes<sup>115</sup>. Une mise en demeure du même jour entraîne le retrait de la transcription – violation flagrante du principe de l'engagement implicite de confidentialité des interrogatoires préalable<sup>116</sup> –, mais non celui de l'article<sup>117</sup>.

---

110. *Chiara*, *supra* note 22, aux para 2 et 28.

111. *Ibid*, aux para 42-46.

112. *Ibid*, au para 160.

113. *Ibid*, aux para 49-53.

114. *Ibid*, aux para 56 et 132.

115. *Ibid*, aux para 58-60.

116. *Ibid*, aux para 131, 135, référence faite à l'incontournable *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 RCS 743, 2001 CSC 51 (13 septembre 2001).

117. *Chiara*, *ibid*, aux para 61-62.

Le 19 septembre 2012, Bernard Frappier décède. Les procédures se poursuivent contre sa succession et contre la Société des amis de Vigile.net, une association personnifiée constituée en octobre 2012 dans le but de poursuivre l'exploitation et la gestion du site Vigile.net<sup>118</sup>. Le site migrera par ailleurs ultérieurement à l'adresse Vigile.quebec, où il se trouve aujourd'hui.

Sur le fond, les défendeurs nient le caractère diffamatoire et l'existence d'un préjudice, plaidant « l'intérêt public »<sup>119</sup>. Ils prétendent également qu'il s'agit d'une poursuite-bâillon et réclament chacun des dommages moraux et punitifs, y compris leurs honoraires extrajudiciaires, pour un montant total d'environ 500 000 \$<sup>120</sup>.

Cet argument d'« intérêt public » avancé ne convainc nullement le tribunal<sup>121</sup>. À son avis, directement<sup>122</sup> et par association<sup>123</sup>, « [t]oute la facture de l'article de Richard Le Hir est de nature à porter atteinte à la réputation de M<sup>e</sup> Chiara »<sup>124</sup>, à l'associer à la mafia, au crime organisé ou à la corruption, de manière à mettre « en doute de façon importante son intégrité et sa probité »<sup>125</sup>. L'article est d'autant plus fautif que Le Hir n'a entrepris « aucune démarche ni vérification » pour s'assurer de la véracité des sources sur lesquelles il se fonde, par exemple, cet article du *Soleil* qu'il reprend de façon erronée<sup>126</sup>. Il en est de même des articles des 10 avril et 31 juillet 2011 de Bernard Frappier<sup>127</sup>.

À cette faute proprement journalistique s'ajoute un manquement à l'éthique éditoriale dans la gestion des commentaires, également fautif. Frappier était gestionnaire de Vigile.net. En autorisant la diffusion des commentaires haineux publiés en réaction à son article, il a contribué à la diffusion d'une autre atteinte à la réputation :

En effet, la preuve démontre que Bernard Frappier était, à titre d'éditeur, la personne qui autorisait ou non la publication des commentaires des lecteurs pouvant découler des différents

118. *Ibid.*, au para 27.

119. *Ibid.*, au para 3.

120. *Ibid.*, aux para 4, 73-76.

121. *Ibid.*, au para 103.

122. *Ibid.*, au para 110.

123. *Ibid.*, au para 111.

124. *Ibid.*, au para 107.

125. *Ibid.*, au para 118, un thème fréquent, comme en témoigne la n. 27 où référence est faite à *Saputo inc c Petkov*, 2011 QCCS 6885 (21 décembre 2011), la j. Manon Savard; *Rizzuto c Rocheleau*, [1996] RRA 448 (QC CS) (20 février 1996), la j. Louise Lemelin.

126. *Ibid.*, aux para 119-122

127. *Ibid.*, aux para 128, 134-135.

articles publiés sur le site de Vigile Québec. Il est celui qui a autorisé la publication des quelque cinquante commentaires découlant de son article du 10 avril 2011.

Or, tel que mentionné précédemment, plusieurs de ces commentaires comportent des propos diffamatoires ou injurieux à l'égard de Me Chiara. Leur publication n'aurait pas dû être autorisée par monsieur Frappier.

Il est indicatif, à ce chapitre, de noter le témoignage de monsieur Jean-Claude Pomerleau, membre du Conseil d'administration de la Société des Amis de Vigile.net, qui affirme, de façon catégorique, que ce type de commentaires ne pourraient être publiés aujourd'hui selon les règles adoptées par la Société des Amis de Vigile.net depuis qu'elle assume la gestion et l'exploitation du site Web Vigile Québec.

En conclusion, le tribunal est d'avis que Bernard Frappier a, lui aussi, été négligent dans la rédaction des articles des 10 avril et 31 juillet 2011, dans leur diffusion ainsi que dans la décision d'autoriser la diffusion des commentaires des lecteurs.<sup>128</sup>

Le tribunal estime que ces violations sont graves. Il rappelle toutefois que l'octroi des dommages-intérêts, au contraire des dommages punitifs, n'est pas régi par la gravité de la violation, mais plutôt par celle du préjudice subi par la victime<sup>129</sup>. Or, la preuve ne soutient pas la réclamation de 250 000 \$ formulée par le demandeur à ce titre. D'une part, sa réputation ne doit pas être confondue avec celle de ses compagnies; d'autre part, s'il a pu être bouleversé, il semble toutefois avoir conservé l'estime de ses proches et de ses associés : 30 000 \$ suffisent pour l'ensemble des articles<sup>130</sup>. Quant aux dommages punitifs, il n'y a pas lieu de les accorder : malgré la négligence, voire l'insouciance des défendeurs, le tribunal estime qu'ils n'avaient pas « le désir et la volonté de porter atteinte à la réputation de M<sup>e</sup> Chiara, qu'ils ne connaissaient d'aucune façon à l'époque »<sup>131</sup>.

Le lecteur notera que la condamnation est prononcée contre Richard Le Hir personnellement, le ministre du Revenu du Québec – les héritiers de Bernard Frappier ayant renoncé à sa succession en 2013<sup>132</sup> – ainsi que contre Vigile Québec et la Société des amis de

---

128. *Ibid.*, aux para 141-144.

129. *Ibid.*, aux para 154-157 et 181.

130. *Ibid.*, aux para 169-171.

131. *Ibid.*, au para 182.

132. *Ibid.*, aux para 186-189

Vigile.net. En effet, cette dernière avait repris l'entièreté des actifs et activités – y compris la facture de ses honoraires extrajudiciaires – du site dans l'objectif avoué (et publié dans un billet)<sup>133</sup> de se soustraire à une éventuelle condamnation<sup>134</sup>.

Le tribunal ordonne en outre la publication intégrale du jugement sur le site, les parties ne parvenant pas à s'entendre sur le texte de la rétractation<sup>135</sup>.

### 3.1.2 *Commentaire*

Diverses procédures, dont les déclarations d'appel<sup>136</sup>, sont disponibles depuis un onglet « dossier Chiara » sur la page d'accueil du site.

Des quelques billets publiés en réaction au jugement, ne retenons qu'une observation, seule pertinente au sujet de la présente chronique, soit la diffamation en ligne. En effet, dans un billet annonçant l'appel qu'il entend loger, Le Hir explique que des 2 500 ou 3 000 lecteurs que pouvait avoir Vigile.net à l'époque de la publication des articles, 500 les avaient visionnés dans les 48 heures<sup>137</sup>. Le jugement, pour sa part, ne relève, relativement au visionnement que « quelques cinquante (50) commentaires de lecteurs [sont] publiés [...] en réaction à l'article du 10 avril 2011 de Bernard Frappier, lequel faisait écho à celui du 17 novembre 2010 de Richard Le Hir »<sup>138</sup>. Bien sûr, les lecteurs ne sont pas tous des commentateurs – et certains commentateurs ne sont pas nécessairement des lecteurs –, mais il est

133. Voir « Bernard Frappier 1942-2012 » (21 septembre 2012), en-ligne : <<http://vigile.quebec/Bernard-Frappier-1942-2012>>.

134. Chiara, *supra* note 22, aux para 193-198, référence faite à *Corporation des maîtres électriciens du Québec c Clément Jodoin Électrique inc.*, 2000 CanLII 19037 (QC CS) (10 février 2000), la j. Suzanne Courteau.

135. Chiara, *ibid.*, au para 199.

136. Déclaration d'appel : 9 décembre 2016; déclaration d'appel incident : 19 décembre 2016, requête en rejet d'appel : 28 décembre 2016, CA n° 500-09-026501-163.

137. Richard Le Hir, « Un jugement très étrange qui ouvre toutes grandes les portes à un appel » (15 novembre 2016) en-ligne : <<http://vigile.quebec/Un-jugement-tres-etrange-qui-ouvre>>. Le billet est « exceptionnellement » (c'est-à-dire, surtout, expressément) fermé aux commentaires « [a]fin d'éviter tout dérapage qui pourrait avoir des conséquences fâcheuses sur l'issue de nos procédures ». S'il est donné aux lecteurs qui « souhaite[nt] malgré tout faire part de [leurs] commentaires [...] rendez-vous sur un éditorial précédent », le jugement a reconnu (Chiara, *ibid.*, au para 143) que l'organisme s'est doté, avec la migration, d'une politique de gestion des commentaires. V.a. Gilles Paquin, « Mise au point au sujet de la Tribune libre de Vigile » (10 septembre 2015), en-ligne : <[vigile.quebec/Mise-au-point-au-sujet-de-la](http://vigile.quebec/Mise-au-point-au-sujet-de-la)>.

138. Chiara, *supra* note 22, aux para 53-54, v.a. *ibid.*, 129; il n'est question que de « quelques commentaires » pour le troisième article (*ibid.*, au para 60).

intéressant de voir que le tribunal, encore que de manière implicite, puise, dans le commentaire plutôt que la consultation une preuve, au moins par présomption, de la diffusion réelle et une jauge de son effet : qui commente un article devrait l'avoir lu et peut s'y opposer ou abonder dans le même sens, sens qui peut s'entendre à la fois du propos et du ton.

Sans doute cela est-il plus prudent, car pas plus avec des analyses électroniques sophistiquées qu'avec un journal laissé dans un café ne parvient-on à établir avec certitude absolue le nombre de lecteurs. Dans l'affaire *Goldhar*, par exemple, le juge de première instance avait pris soin de relever que les 216 consultations enregistrées à partir d'une adresse IP canadienne n'étaient pas nécessairement le fait des amis torontois ou des employés du demandeur, employés qui du reste, partageant des bureaux, auraient bien pu partager une même adresse IP<sup>139</sup>.

Cela fait contraste avec l'approche de la prochaine décision, où le tribunal semble accorder une importance sinon prépondérante assurément lourde au *potentiel* de diffusion des commentaires initiaux plutôt qu'au nombre de commentaires de tiers effectivement générés.

### **3.2 *Pritchard v Van Nes*, 2016 BCSC 686 (20 avril 2016), le j. Anthony Saunders**

#### **3.2.1 *Contexte***

Les familles Pritchard et Van Nes sont voisines depuis 2008. La friction entre le demandeur et la défenderesse commence vers 2011 avec l'installation par les Van Nes d'un étang à poissons de deux étages avec cascade d'eau en continu<sup>140</sup>. C'est l'ensemble de la relation qui dégénère : le clapotis incessant de la cascade des

---

139. *Goldhar* (SC), *supra* note 95, au para 12 : « At the time of publication, access to the website was unrestricted. As a result, the Article could be accessed from anywhere in the world using the internet. Information provided by the corporate defendants reveals that there were 216 unique visits to the Article in its online form in Canada. This does not mean that 216 people viewed the Article online. A unique visit means a visit to the Haaretz website from a unique IP address on a particular day. Accordingly, there could have been a single visit to view the Article online by the same person each day for several days. As a result there could have been far fewer than 216 people who viewed the Article online. Similarly, the data provided by the corporate defendants cannot be dissected to determine how many of the views of the Article occurred in Ontario, rather than across Canada. On the other hand, since more than one computer may share an IP address, one unique visit might have represented many people viewing the Article from one or more computers that share a single IP address ».

140. *Pritchard*, *supra* note 21, au para 11.

Van Nes, les occasionnelles bamboches nocturnes de leurs fils, les fréquentes incursions défécatoires de leurs chiens, leur propension au stationnement illégal sont autant d'occasions pour les Pritchard de se plaindre aux autorités municipales, photographies ou vidéos à l'appui de leur demande<sup>141</sup>.

Le 9 juin 2014, deux jours après un incident relatif au stationnement<sup>142</sup>, la défenderesse publie sur sa page Facebook une série d'entrées décrivant son voisin comme un « nutter », un « creep » et l'accusant d'avoir installé un système de caméras et de miroirs dans son jardin pour surveiller ses enfants (la preuve révélera qu'il s'agit plutôt d'un miroir feng shui)<sup>143</sup> avec deux photos sur lesquelles apparaît le commentaire « My neighbour has mirrors hanging outside his home... Doug also videotapes my kids in the backyard 24/7! Well Doug... Meet my mirror! ».

L'insinuation initiale<sup>144</sup> est rapidement grossie de cinquante-sept commentaires et réponses qui « in their natural meaning and by innuendo, bore the meaning that the plaintiff was a paedophile »<sup>145</sup> et qui, la preuve l'établira facilement, sont complètement fausses<sup>146</sup>. L'un des deux mille « amis » de la défenderesse, Rick Parks, reprend les deux photos de la publication initiale dans un courriel et les transmet au directeur de l'école où le demandeur enseigne la musique<sup>147</sup>.

Cinq jours plus tard, Pritchard intente une action en diffamation et en nuisance contre Van Nes, visant l'obtention de dommages compensatoires et d'une injonction contre le bruit. Le 29 juillet 2014, Pritchard obtient un jugement par défaut sur la responsabilité<sup>148</sup>. Van Nes sera toutefois présente à l'audience sur les ordonnances et obtiendra la permission de contre-interroger les témoins à cette occasion<sup>149</sup>. Elle sera condamnée à 2 500 \$ pour la nuisance générée par la cascade et les chiens (mais non les fils) et à 65 000 \$ pour la diffamation, dont 15 000 \$ en dommages exemplaires<sup>150</sup>, le tribunal retenant sa responsabilité à la fois pour ses propres propos diffamatoires, mais également pour leur republication par des tiers – ses amis

141. *Ibid.*, au para 18.

142. *Ibid.*, au para 14.

143. *Ibid.*, au para 19.

144. *Ibid.*, au para 72 : « The finding of the defendant's remarks having defamatory meaning by innuendo is also supported by the explicitly defamatory nature of the comments made by her "friends". They clearly understood her meaning. »

145. *Ibid.*, aux para 3, 23.

146. *Ibid.*, au para 5.

147. *Ibid.*, au para 4.

148. *Ibid.*, au para 6.

149. *Ibid.*, au para 7.

150. *Ibid.*, aux para 134 et 137.

Facebook, dont Parks, n'étant pas partie au litige quoique plusieurs fussent identifiés – sur Facebook ou ailleurs.

### **3.3.2 Décision**

Pour qu'il y ait diffamation, il faut une « publication », laquelle doit être « délibérée »<sup>151</sup>. Si la responsabilité de la défenderesse pour la publication initiale est presque tenue pour acquise, sa responsabilité pour les republications, sur sa propre page Facebook, sur les pages d'autres utilisateurs de la plate-forme ainsi que sur d'autres médiums fait l'objet d'un important développement.

L'omniprésence de Facebook semble avoir beaucoup joué dans la décision du tribunal ainsi que l'absence complète de configuration privée au profil de la défenderesse<sup>152</sup>. Bien qu'aucune preuve d'expert n'ait été administrée sur le sujet, le tribunal estime que la prévalence des médias sociaux lui permet de prendre connaissance d'office de certains aspects de leur nature et de leur mode d'opération :

[Plaintiff] provided some evidence to the court, based on his personal knowledge, as to the operation of Facebook. No expert evidence was tendered. In my view, social media platforms and applications, Facebook in particular, are so ubiquitous that the court is able to take judicial notice of some aspects of their nature and operation.<sup>153</sup>

De sa connaissance des médias sociaux, le tribunal retient trois aspects dont il estime qu'ils ont joué un rôle dans la dissémination des remarques diffamatoires de la défenderesse. D'abord, la distribution d'information – qu'il s'agisse de commentaires, de photographies, de vidéo, de liens – entre les usagers est fondamentale à tout média social<sup>154</sup>. Ensuite, quant à Facebook plus spécifiquement, sa structure et son architecture facilitent cette distribution : certaines entrées sont partagées automatiquement et il est facilissime de « Share » à des tiers ; les commentaires et les réponses sont aisés à déclencher, de même il suffit du bouton « Like » pour encourager<sup>155</sup>. De cela il s'ensuit, finalement, que tout utilisateur doit s'attendre – espérer ou

151. *Crookes*, *supra* note 42, au para 19.

152. *Ibid*, aux para 2, 75 et 83.

153. *Ibid*, au para 80 ; v.a. *Law Society of Saskatchewan v Sielcawitch*, 2016 SKQB345 (21 octobre 2016), le j. Brian A. Barrington-Foote, aux para 19-20 ; comp. *Ducharme v Borden*, 2014 MBCA5 (9 janvier 2014), aux para 14-15 ou *R. v Elliott*, 2016 ONCJ 35 (22 janvier 2016, le j. Brent Knazan.

154. *Pritchard*, *ibid*, au para 81.

155. *Ibid*, au para 82.



craindre – que ses propos puissent être repris, à un degré variable, mais potentiellement élevé<sup>156</sup>.

Le risque de la diffusion pèse encore plus lourdement sur celui qui, à l’instar de la défenderesse, omet de restreindre l’accessibilité de sa page : négliger ses paramètres de vie privée, c’est autoriser, au moins implicitement, la republication de chacun de ses propos et accepter d’exposer sa responsabilité d’autant.

[A]nyone posting remarks to a page must appreciate that some degree of dissemination at least, and possibly widespread dissemination, may follow. This is particularly true in the case of the defendant, who had no privacy settings in place and who had more than 2,000 “friends”. The defendant must be taken to have implicitly authorized the republication of her posts. There is evidence from which widespread dissemination of the defamation through republication may be inferred. There is actual evidence of the republication at least to Ms. Regnier, who learned of the posts through the comments posted by several of her own “friends”. There is the indirect evidence through the comments made by neighbours who subsequently encountered Ms. Pritchard and remarked on the posts.<sup>157</sup>

De là, le tribunal estime que ce consentement implicite – et partant, la responsabilité – s’étend non seulement aux republications sur Facebook, mais également à toute forme de republication tirée de la publication initiale.

In my view, the implied authorization for republication that exists as a consequence of the nature of social media, and the structure of Facebook, is not limited to republication through the social media only. Ms. Van Nes ought to have known that her defamatory statements would spread, not only through Facebook. She is liable for republication through the email on that basis.<sup>158</sup>

En effet, l’un des « amis » Facebook de la défenderesse avait publié un message « Why don’t we let the world know » qui n’était pas que rhétorique puisqu’il allait transmettre au directeur de l’école où travaillait le demandeur l’essentiel du message initial de la défenderesse. De cela aussi, la défenderesse doit être trouvée responsable : son consentement implicite, inhérent à la nature de Facebook et aux

156. *Ibid.*, au para 83.

157. *Ibid.*, au para 83.

158. *Ibid.*, au para 87.

paramètres de vie privée qu'elle a choisi de ne pas avoir créé une obligation de réagir à ce commentaire qu'elle avait ou aurait dû voir.

I find that the defendant's failure to take positive steps to warn [her friend] not to take measures on his own, following his admonition to "let the world know", leads to her being deemed to have been a publisher of [her friend]' email to Mr. Pritchard's principal.<sup>159</sup>

Reste la question de la diffamation pour les commentaires de tiers, que le tribunal qualifie de « emerging legal issue in Canadian law »<sup>160</sup>. D'une revue de la jurisprudence<sup>161</sup>, il dégage qu'une personne sera responsable des propos diffamatoires de tiers lorsqu'elle en a connaissance, peut y exercer un contrôle et ne fait rien<sup>162</sup>. Il en retient la responsabilité de la défenderesse au premier chef pour sa contribution continue aux propos diffamatoires, qu'elle a alimentés par ses réponses plutôt que d'effacer l'entrée initiale dans un délai raisonnable<sup>163</sup>.

Le tribunal indique cependant qu'il aurait retenu sa responsabilité même si elle ne s'était pas mêlée des propos infamants qui avaient suivi. En effet, dans la mesure où l'on pouvait raisonnablement s'attendre que les insinuations incendiaires de sa publication initiale attisent de semblables médisances, la défenderesse ne pouvait pas être considérée comme un diffuseur passif à l'instar de l'hébergeur d'un blogue ou d'un fournisseur de services Internet<sup>164</sup>.

A user of a Facebook page is not in the same position as the defendant Newton in *Crookes*, the defendant Federation in *Carter*, or the respondent Google Inc. in *Niemala*. Those parties were only passively providing a platform or links to defamatory material. In the present case the entity in the analogous position would be Facebook, Inc., the owner of the software that creates the pages and the servers on which the content is stored. The user hosting a page of a social medium

159. *Ibid*, au para 90.

160. *Ibid*, au para 91.

161. *Crookes*, *supra* note 42; *Byrne v Deane*, [1937] 2 All ER Z04 (Eng. CA) (2 mars 1937); *Carter v B.C Federation of Foster Parents Association*, 2005 BCCA 398 (3 août 2005); *Weaver v Corcoran*, 2015 BCSC 165 (5 février 2015), la j. Emily Burke; *Equity Development Inc v Crow*, 2004 BCSC 124 (3 février 2004), la j. Georgina M. Quijano; *Niemela v Malamas*, 2015 BCSC 1024 (16 juin 2015), la j. Lauri Ann Fenlon.

162. *Pritchard*, *supra* note 21, au para 108.

163. *Ibid*, au para 109.

164. *Ibid*, au para 113.

such as Facebook, on the other hand, is providing a forum for engagement with a circle of individuals who may share some degree of mutual familiarity. As noted above, the social nature of the medium is such that posts about concerns personal to the user may reasonably be expected to be discussed by “friends”.<sup>165</sup>

Autrement dit, Facebook est une *conversation* continue entre l’auteur d’une page et ses amis, chacun pouvant être redevable du tout. En réponse à un arrêt néo-zélandais similaire qui invitait les tribunaux à ne pas franchir trop allègrement la ligne entre la négligence et la diffamation pour imposer une responsabilité en cascade<sup>166</sup>, le tribunal insiste : c’est bien parce qu’elle a amorcé les hostilités avec une grave insinuation autant que pour avoir fourbi les armes de ses lecteurs par ses réponses rapides que la défenderesse doit porter le poids d’une responsabilité au-delà de sa publication d’origine. Bref, le risque que ses lecteurs ajoutent de l’huile sur le feu revient à qui allume le feu.

### 3.2.3 *Commentaire*

Le tribunal reproche à la défenderesse de n’avoir pas « take positive steps to warn Mr. Parks not to take measures on his own »<sup>167</sup>, dont la responsabilité personnelle n’est pas abordée<sup>168</sup>.

Sans évidemment cautionner le propos, on peut toutefois s’interroger sur la portée de l’obligation ainsi faite aux titulaires d’un compte Facebook de s’exprimer à l’encontre des commentaires – car il ne s’agit pas simplement de ne pas encourager – qui peuvent être formulés en réaction à leurs publications. *Quand* devient-il nécessaire de « poser un avertissement formel » ? On imagine mal un juge exiger que tout commentaire violent et général (« Tuons tous ces êtres abjects » ; « Mettons les politiciens en laisse » ; « Brûlons l’art abstrait ») entraîne l’alerte des autorités. Qui, de l’ami Parks qui l’incitait à transmettre « les photos » au directeur de son école et aux journaux ou de l’ami Robert qui lui suggérait de faire une vidéo en direct de la vie quotidienne du demandeur en y ajoutant une bande sonore pornographique, présentait le plus de risque de joindre le geste à l’exhortation ? *Comment* faut-il le faire, cet avertissement ? Est-il suffisant de supprimer le commentaire venimeux ou la publication

165. *Ibid*, au para 111.

166. *Murray v Wishart*, [2014] NZCA 461, aux para 137-142.

167. *Pritchard*, *supra* note 21, au para 90.

168. Dans une audience, hors même la question de la prévisibilité, on aurait sans doute cherché à qualifier l’intervention de l’ami Parks de rupture du lien de causalité. Mais tel n’est pas le propos.

initiale pour se détacher de l'existence autonome qu'un tiers aurait choisi de lui donner ? Faut-il afficher une rétractation et une dissociation de tout événement ultérieur en lien avec le commentaire initial ? Transmettre un message privé désapprobateur à l'ami Parks aurait-il suffi ou aurait-il fallu que la défenderesse rende son objurcation publique ? Dans ce cas, aurait-elle dû publier une semonce en bonne et due forme, ou se serait-elle exonérée simplement en supprimant le commentaire venimeux voire la publication initiale ?

Si l'affaire avait été traitée sous l'angle de la minimisation des dommages, peut-être serait-il plus facile de souscrire à l'idée qu'il découle une part de responsabilité du silence de la défenderesse. En faire une règle générale comme le propose le juge soulève des questions pratiques.

Que l'on puisse être responsable d'un propos qui fait boule de neige n'est pas nouveau : attention au cri qui déclenche l'avalanche ! On se souviendra par exemple de l'affaire *Lafferty* : ce n'est que lorsque les propos diffamatoires initialement transmis aux seuls 257 abonnés d'un bulletin financier sélect s'étaient retrouvés à pleines pages des journaux que Lucien Bouchard et Jacques Parizeau avaient intenté la poursuite en diffamation que l'on sait, qui avait valu une lourde condamnation aux auteurs du bulletin qui, il est vrai, ne s'en étaient jamais rétractés. Facebook, après tout, est peut-être une conversation, mais c'est aussi un lieu de diffamation à la petite semaine : sur l'échelle de la gravité, vingt et une heures de diffusion semblent plus proches de l'envolée à l'emporte-pièce lors d'une assemblée syndicale peu fréquentée<sup>169</sup> que d'une campagne de dénigrement radiophonique régionale<sup>170</sup>. Qu'Internet dispose d'un « énorme pouvoir [...] de porter atteinte à la réputation »<sup>171</sup>, tant par sa vitesse de diffusion que par son auditoire virtuellement infini ne signifie pas pour autant que chaque diffusion diffamatoire électronique puisse prétendre à un tel impact. S'il ne faut pas minimiser le pouvoir de nuisance de la diffamation « privée », le fait demeure que

---

169. Dans *Frappier c Contant*, 2005 QCCA 778 (8 septembre 2005), les 30 000 \$ octroyés par le juge de première instance relativement à une lettre syndicale mettant en doute l'intégrité, l'honnêteté et la compétence d'un dirigeant syndical de manière diffamatoire et intentionnelle sont ramenés à 1 000 \$ par la Cour d'appel, considérant que « [e]n l'espèce, la diffusion a été limitée à 19 personnes et le débat public lors de la réunion générale suivante ne saurait être source de diffamation en soi » (au para 56).

170. Dans *Fillion c Chiasson*, 2007 QCCA 570 (26 avril 2007), la Cour d'appel confirmait une condamnation à 100 000 \$ à titre de dommages moraux et de 200 000 \$ à titre de dommages punitifs.

171. *Crookes*, *supra* note 42, au para 37, s'appuyant not. sur *Barrick Gold Corporation v Lopehandia*, 2004 CanLII 12938 (Ont. CA) (4 juin 2004), aux para 31-34.

les dommages octroyés pour une diffamation sur Facebook sont, au Québec du moins, sensiblement inférieurs à ceux qui peuvent servir à compenser un préjudice diffusé sur plusieurs tribunes traditionnelles ou à grand public<sup>172</sup>.

En l'espèce, la republication est le fait d'un tiers, mais le tribunal insiste beaucoup sur le caractère complètement public du profil de la défenderesse et le nombre élevé de ses « amis ». Lequel prédomine ? La question se pose pour les amis Facebook mais pour les abonnés Twitter aussi<sup>173</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, faut-il y voir une façon d'écartier la jurisprudence classique qui veut que la lettre qui n'est pas ouverte par le destinataire prévu ne soit pas considéré comme une « publication »<sup>174</sup> ?

Quoi qu'il en soit, l'affaire *Pritchard* se pose comme un lourd avertissement à réfléchir aux conséquences de ses propos en amont :

[U]n baobab, si l'on s'y prend trop tard, on ne peut jamais plus s'en débarrasser. Il encombre toute la planète. Il la perfore de ses racines. Et si la planète est trop petite, et si les baobabs sont trop nombreux, ils la font éclater.<sup>175</sup>

#### 4. PISTES DE RÉFLEXION

Au final, que faut-il retenir de ces affaires ? La malléabilité d'Internet, largement commentée ailleurs, suppose parfois certains ajustements dans la manière dont sont traités les dossiers. Certes, entre l'auteur des propos litigieux et la personne qui s'en croit la victime, les principes sont les mêmes en droit « numérique » qu'en droit « analogique » : il faut prouver une faute, un préjudice et un lien de causalité, selon les règles ordinaires de la responsabilité civile. Les paramètres de l'espace, de soi et du temps se trouvent toutefois brouillés : autant le battement des pages d'un blogue au Brésil peut bien provoquer une tornade au Texas de manière quasi simultanée,

172. V p.ex., *Maltais c Saunders Gordon*, 2013 QCCQ 12382 (4 octobre 2013), le j. Pierre Coderre (1 000 \$ pour 315 amis Facebook); *Davis c Singerman*, 2014 QCCS 70 (17 janvier 2014), le j. François P. Duprat (5 000 \$ pour 18 amis Facebook); *Cappuccio c Grasso*, 2016 QCCS 856 (8 mars 2016), le juge François P. Duprat, (6 000 \$ pour un « limited broadcast [that] cannot be said that it became known throughout the general public. » (au para 35).

173. Pour évaluer l'impact de la reprise des gazouillis d'un compte Twitter, suivre *Sciquest*, *supra*, note 15.

174. *Power v Gelston*, [1916] 2 K.B. 615 (27 juillet 1916), le j. Reginald More Bray; *McNichol v Grandy*, [1931] SCR 696 (26 octobre 1931) et les décisions y-citées.

175. Antoine de St-Exupéry, *Le petit prince* (Paris, Gallimard, 1999 (1943)), à la p. 27.

autant un troll dans une tanière secrète peut-il écumer les forums pour faire ressurgir des commentaires peu glorieux plusieurs années plus tard ou à l'autre bout du monde.

Une insinuation perfide dans un lectorat ciblé peut parfois être plus dommageable que la distribution de pamphlets sur une grande artère, si incendiaires soient-ils. Si, délié des contraintes du support matériel, le cyberspace peut s'étendre à l'infini, est-il bien juste de faire supporter à une personne la responsabilité de la diffusion *potentielle* ? Que l'on puisse trouver imprudent, voire déraisonnable, d'avoir un profil Facebook entièrement ouvert signifie-t-il nécessairement que la diffusion réelle soit plus grande et partant plus dommageable ? Sans doute cela peut-il jouer au niveau des dommages exemplaires, qui, mettent l'accent sur la faute, sans égard au préjudice ou à la causalité<sup>176</sup>. Peut-être y aurait-il lieu de formaliser une inférence négative, mais le fait demeure que c'est le préjudice réel et non le préjudice potentiel qui doit être démontré. Évidemment, à travers ces principes, la preuve est toujours déterminante.

Comment prouver (ou à tout le moins circonscrire) le lectorat ? De la même manière que le tirage d'une revue n'est pas identique à son lectorat réel, on ne peut présumer que ceux qui accèdent à une page Internet la lisent : deux utilisateurs peuvent ne faire qu'un visionnement, une même personne pouvant par ailleurs visionner une même page plusieurs fois depuis plusieurs postes. Cela, le juge Faïta dans l'affaire *Goldhar*, l'exprimait très nettement<sup>177</sup>. On peut présumer que qui commente une page l'a au moins parcourue, mais cela ne représente sans doute qu'une part des lecteurs, l'affaire *Chiara* l'illustre. En outre, s'il peut être fautif de publier des propos qui susciteront des commentaires diffamatoires, la diffusion de ce deuxième niveau de commentaires doit-elle être prise en compte dans la diffusion des propos d'origine ? Qui accède à un article n'en lit d'ailleurs peut-être pas les commentaires et même pas toujours l'entièreté.

Et qu'en est-il d'une page qui comporte un lien ? Faut-il présumer que le lecteur l'ouvrira<sup>178</sup> ? Qui est le plus attentif, entre celui qui remarque le nom d'un individu entre les pages de son magazine préféré « par hasard » et celui qui est avisé d'une telle publication par l'alerte d'une veille médiatique, comme plusieurs des lecteurs dans

176. *Richard c Time Inc*, [2012] 1 RCS 265, 2012 CSC 8 (28 février 2012), aux para 149-150; *Brault & Martineau inc c Riendeau*, 2010 QCCA 366 (26 février 2010).

177. *Goldhar* (SC), *supra* note 95, au para 12.

178. La juge refusera de le faire dans *SP Moto*, *supra* note 15.

*Goldhar*, ou encore celui qui obtient un résultat précis à la suite d'une recherche de son nom, comme les demandeurs *Pagé-Lapierre* ou *A.B.* ?

Assurément, il y a là de quoi fourbir la réflexion sur la diffamation à l'ère numérique.

## TABLE DES MATIÈRES

Présentation	
<i>Laurent Carrière</i> . . . . .	VII
<b>Articles</b>	
Une revue de certaines décisions d'intérêt rendues en 2016 par la Commission des oppositions du Canada : leçons à tirer en quatre thèmes	
<i>Johanne Auger</i> . . . . .	211
Quelques décisions d'intérêt en matière de cyberdiffamation en 2016	
<i>Laurence Bich-Carrière</i> . . . . .	233
Pirates, <i>hack</i> , messages textes et oubli : les décisions marquantes de 2016 en droit à la vie privée	
<i>Pierre-Luc Déziel</i> . . . . .	271
Les quatre meilleures décisions de 2016 en droit des brevets non pharmaceutiques	
<i>Hilal El Ayoubi</i> . . . . .	313
Développements jurisprudentiels récents sur le statut de l'artiste en 2016	
<i>Christine Fortin</i> . . . . .	329



Le « passing off » élargi : quels fondements pour quelles applications ?

*Andrée-Anne Jeansonne et Caroline Jonnaert* . . . . . 357

Le palmarès 2016 des décisions de la Commission du droit d'auteur

*Madeleine Lamothe-Samson* . . . . . 395

### **Capsules**

Une trilogie jurisprudentielle sur le « droit à l'oubli » au Canada ?

*Antoine Guilmain et Karl Delwaide* . . . . . 431

Le géoblocking et le marché unique numérique

*Arthur Landault* . . . . . 445