



LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

La diffamation à l'époque de l'Internet

Document de consultation

Novembre 2017





LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

La diffamation à l'époque de l'Internet
Document de consultation

Novembre 2017

À PROPOS DE LA COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

La Commission du droit de l'Ontario (CDO) est née d'un accord entre la Fondation du droit de l'Ontario, le ministère du Procureur général de l'Ontario, Osgoode Hall Law School, le Barreau du Haut-Canada – qui contribuent tous au financement de la CDO – et entre les doyens et doyennes des facultés de droit de l'Ontario. L'Université York lui assure en outre un appui financier et non financier. La CDO est située dans l'immeuble Ignat Kaneff, qui abrite Osgoode Hall Law School, à l'Université York.

La CDO a pour mandat de recommander des mesures de réforme du droit afin d'accroître la pertinence, l'efficacité et l'accessibilité du système juridique, d'améliorer l'administration de la justice en éclaircissant et en simplifiant le droit, de réfléchir à l'utilisation des technologies pour améliorer l'accès à la justice, de stimuler le débat juridique et de soutenir la recherche universitaire. Organisme indépendant, la CDO sélectionne des projets qui intéressent les diverses collectivités ontariennes et les reflètent. Elle s'est engagée à effectuer des recherches et des analyses multidisciplinaires, à formuler des recommandations générales, à collaborer avec d'autres entités, et à consulter les groupes concernés et la population.

RAPPORTS FINAUX DE LA COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

Capacité juridique, prise de décision, tutelle (mars 2017)
 Simplification des procédures pour les petites successions (août 2015)
 La capacité et la représentation aux fins du REEI fédéral (juin 2014)
 Examen de la *Loi sur le privilège des travailleurs forestiers portant sur leur salaire* (septembre 2013)
 L'amélioration de l'accès à la justice familiale grâce à des points d'entrée globaux et à l'inclusivité (février 2013)
 Travailleurs vulnérables et travail précaire (décembre 2012)
 Cadre du droit touchant les personnes handicapées : Promotion d'une égalité réelle pour les personnes handicapées par les lois, les politiques et les pratiques (septembre 2012)
 Modules de formation des facultés de droit ontariennes : Cadre d'enseignement permettant d'aborder la violence à l'égard des femmes (août 2012)
 Cadre du droit touchant les personnes âgées : Promotion d'une égalité réelle pour les personnes âgées par les lois, les politiques et les pratiques (avril 2012)
 Modernisation de la *Loi sur les infractions provinciales* (août 2011)
 Responsabilité solidaire selon la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario (février 2011)
 Partage des régimes de retraite en cas d'échec du mariage (décembre 2008)
 Les frais d'encaissement des chèques du gouvernement (novembre 2008)

RENONCIATION

Les opinions ou les points de vue exprimés dans nos recherches, nos conclusions et nos recommandations ne représentent pas nécessairement ceux de nos bailleurs de fonds, de la Fondation du droit de l'Ontario, du ministère du Procureur général, d'Osgoode Hall Law School, du Barreau du Haut-Canada, ni ceux des doyens des facultés de droit de l'Ontario et de l'Université York, qui nous soutiennent.

Commission du droit de l'Ontario 2032, immeuble Ignat Kaneff, Osgoode Hall Law School, Université York 4700, rue Keele, Toronto (Ontario), Canada M3J 1P3	Tél. : 416-650-8406 ATME : 1-877-650-8082 Télécopieur : 416-650-8418 Général : LawCommission@lco-cdo.org www.lco-cdo.org
---	--

Référence à citer :

Commission du droit de l'Ontario, *La diffamation à l'époque de l'internet Document de travail*, Toronto, novembre 2017.

Formats accessibles

Le présent document a été préparé dans des formats lisibles par machine. Pour en recevoir des exemplaires dans d'autres formats accessibles, veuillez téléphoner à la Commission du droit de l'Ontario au numéro gratuit 1-866-950-8406, ou bien écrivez-lui à lawcommission@lco-cdo.org.

Les personnes suivantes ont contribué aux recherches pour le document de travail ou à sa rédaction :

Personnel de la Commission du droit de l'Ontario :

Sue Gratton, chef de projet (auteure principale)

Nye Thomas, directeur exécutif

Fran Carnerie, avocate résidente, détachée du ministère du Procureur général

Étudiants chercheurs :

Jasmine Attfield, Faculté de droit, section de common law – Université d'Ottawa

Manoj Dias-Abey, Faculté de droit – Université Queen's

Erin Epp, Osgoode Hall Law School

Patrick Fallon, Faculté de droit – Université de Lakehead

Manasvin (Veenu) Goswami, Faculté de droit – Université de Toronto

Lora Hamilton, Faculté de droit, section de common law – Université d'Ottawa

Ava Karbakhsh, Faculté de droit, section de common law – Université d'Ottawa

Cameron McMaster, Osgoode Hall Law School

Kaitlyn Mitchell, Faculté de droit – Université Queen's

La composition du Groupe consultatif pour le projet figure à l'annexe A.

Table des matières

I. INTRODUCTION.....	10
A. Le projet de la Commission du droit de l’Ontario	10
B. À propos de la Commission du droit de l’Ontario	11
C. Comment participer.....	12
D. Portée du projet de la Commission du droit de l’Ontario	12
E. Aperçu des travaux de la CDO	15
F. Démarche de la CDO pour le projet.....	16
1. Indépendance et impartialité	16
2. Démarche contextuelle et multidisciplinaire	17
3. Accès à la justice.....	17
4. Optique de droit comparé.....	17
5. Démarche raisonnée, propice à la résolution des problèmes.....	17
6. Neutralité vis-à-vis des technologies.....	18
G. Variété des actions en diffamation.....	18
II. DIFFAMATION – ÉTAT ACTUEL DU DROIT.....	20
A. L’Ontario (et les provinces canadiennes de common law).....	20
B. Autres administrations	23
1. Le Royaume-Uni et l’Irlande	23
2. L’Australie et autres pays du Commonwealth	25
3. Les États-Unis	26
4. Le Québec.....	26
5. L’Union européenne	26
C. Gamme des orientations stratégiques touchant le droit de la diffamation.....	27
D. Difficultés inhérentes à la réforme du droit de la diffamation.....	27
III. DROIT DE LA DIFFAMATION – LE CONTEXTE	29
A. Évolution des principes et valeurs juridiques	29
1. Liberté d’expression	29
2. Réputation	31
3. Vie privée.....	33

B. Évolution des technologies et des contextes sociaux	34
1. Technologies et droit de la diffamation – passé, présent, avenir	34
2. L’expression sur Internet – ses sources	34
3. L’expression sur Internet – ses attributs	35
C. La société connectée	37
1. Les médias à l’époque d’Internet	38
2. La difficulté de prévoir les technologies	39
D. La diffamation à l’époque d’Internet	39
1. La liberté d’expression à l’époque d’Internet	40
2. La réputation à l’époque d’Internet	42
3. La vie privée à l’époque d’Internet	43
IV. DIFFAMATION – LE CRITÈRE JURIDIQUE	45
A. Le sens diffamatoire	46
1. Critère ancré dans le contexte	46
2. Quand le contexte est sur Internet	47
B. La common law relative à la diffusion	49
1. Les catégories de diffusion	50
2. Les éléments nécessaires pour prouver la diffusion en ligne	51
3. Où se termine une diffusion en ligne, où commence la suivante?	52
4. La responsabilité en cas de rediffusion en ligne	53
5. La règle de l’unicité de la diffusion	54
C. La responsabilité stricte	56
1. Le fondement de la responsabilité stricte	57
2. L’alternative fondée sur la faute : Québec, États-Unis	57
3. Évolution récente vers l’analyse de la faute en droit de la diffamation	59
D. La présomption de fausseté	60
E. La présomption de préjudice	62
F. Moyens de défense en matière de diffamation	63
1. Justification	63
2. Immunité relative, immunité absolue	64
3. Commentaire loyal	65
4. Communication responsable	66

G. Recours judiciaire en cas de diffamation.....	67
1. Les recours en matière de diffamation – tradition et nouveauté	67
2. Les limites de mesures judiciaires de recours en cas de cyberdiffamation	71
H. Distinction entre libelle et diffamation verbale	73
V. ACCÈS À LA JUSTICE ET PROCÉDURE JUDICIAIRE.....	75
A. Introduction.....	75
B. Coûts et complexité des actions en diffamation	76
1. Contexte : réforme de la justice civile en Ontario.....	76
2. Coût et complexité des actions en diffamation.....	77
3. L’objectif de proportionnalité	77
C. Capacité des personnes morales d’intenter une action en diffamation	78
1. Arguments en faveur de la suppression du droit des personnes morales d’intenter des actions en diffamation	79
2. Arguments en faveur de la conservation du droit des personnes morales d’intenter des actions en diffamation	80
3. Trois options pour la réforme.....	80
D. Compétence et choix de la loi applicable dans les actions en cyberdiffamation.....	81
1. Le critère déterminatif de la compétence en vigueur en Ontario	82
2. Trois domaines d’incertitude liés au critère déterminatif de la compétence.....	83
3. Actions internationales de réforme pour restreindre la recherche du ressort le plus favorable pour les actions en diffamation.....	85
4. Possibilités de réforme du critère déterminatif de la compétence	86
E. Délais d’avis et de prescription.....	87
1. Les délais actuels d’avis et de prescription en Ontario	87
2. La fonction et la durée du délai d’avis.....	89
3. Possibilité d’avis/de rétractation à l’égard d’un éventail plus large de diffusions.....	89
4. Harmonisation et simplification des délais de prescription	90
F. Réformes procédurales possibles.....	91
1. Gestion des actions en diffamation.....	91
2. Requêtes et enquêtes préliminaires dans les actions en diffamation	94
G. Les procès stratégiques et la Loi de 2015 sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques	96
1. Loi de 2015 sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques	96

2. Jurisprudence portant sur l'interprétation de la LPDPAP	98
3. Questions relatives à l'équilibre obtenu par la LPDPAP	98
4. Les trois caractéristiques uniques de la Loi sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques	100
H. Le rôle du jury	101
I. Identification des défendeurs anonymes	102
1. Requêtes visant à identifier les auteurs de propos anonymes (ordonnances de type Norwich)	103
2. Obstacles procéduraux à l'obtention d'ordonnances de type Norwich.....	105
3. Limitations des ordonnances de type Norwich une fois obtenues	106
4. Options de réforme pour identifier des défendeurs anonymes	107
J. Anonymisation des demandeurs	109
VI. LA VIE PRIVÉE ET SON RAPPORT À LA DIFFAMATION.....	113
A. Les droits à la vie privée et à la réputation.....	114
B. La protection de la vie privée et de la réputation en droit	115
1. La protection de la vie privée en common law	115
2. La protection législative de la vie privée	117
C. Établir un rapport entre le droit de la diffamation et le droit en matière de protection de la vie privée : où s'inscrit la diffamation?	120
1. Le droit en matière de diffamation se limite aux fausses allégations, mais pas le droit en matière de vie privée.....	120
2. Les mesures de réparation pour la diffamation et la violation de la vie privée sont différentes	121
3. Le droit en matière de diffamation établit un équilibre plus explicite entre liberté d'expression et droit à la réputation et à la vie privée.....	122
4. Les critères et les moyens de défense juridiques sont différents pour les actions en diffamation et pour celles liées à la violation de la vie privée	122
5. Décider de la suite à donner : revoir le rapport entre le droit relatif à la vie privée et le droit de la diffamation	123
VII. RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES DE L'INTERNET À L'ÉGARD DES CONTENUS DIFFAMATOIRES.....	126
A. Le rôle des intermédiaires de l'Internet dans la transmission de communications diffamatoires	126
1. Les diverses fonctions des intermédiaires de l'Internet.....	127
2. Contributions sociales et économiques des intermédiaires de l'Internet	128

3. Perspective plus large sur les problèmes juridiques que posent les intermédiaires de l'Internet	129
B. La common law relative à la diffusion, applicable aux intermédiaires de l'Internet	130
1. Canada	130
2. Royaume-Uni	132
3. Australie.....	133
4. Hong Kong	133
C. Propositions de réforme de la common law relative à la diffusion	134
D. Leçons à tirer des conceptions législatives de la responsabilité des intermédiaires	136
1. Justification de la réforme pour traiter de la responsabilité des intermédiaires.....	137
2. Législation visant spécifiquement la diffamation qui limite la responsabilité des intermédiaires	137
3. Autres limites législatives de la responsabilité des intermédiaires.....	139
4. Principes internationaux des droits de la personne pour la réglementation de la responsabilité des intermédiaires.....	142
5. Options pour la réglementation des intermédiaires en Ontario.....	144
VIII. RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES DIFFÉRENDS À L'ÉPOQUE DE L'INTERNET	150
A. Pourquoi regarder au-delà de la salle d'audience?	151
1. Les limites de la procédure judiciaire	151
2. Protection des droits garantis par la Charte.....	152
B. Mécanismes de plainte en ligne	152
1. Le fonctionnement des mécanismes de plainte en ligne	152
2. Les limitations des mécanismes de plainte en ligne	153
3. Les médias sociaux jouant le rôle de décisionnaire : l'exemple européen	156
4. Réglementation indirecte de mécanismes de plainte en ligne	157
C. Règlement extrajudiciaire des différends prévu par la loi	157
1. Proposition de Mullis/Scott pour le règlement extrajudiciaire des différends.....	158
2. Proposition de Laidlaw pour le règlement en ligne des différends.....	159
3. CyberSCAN : Enquête et règlement informel des plaintes.....	160
D. Réglementation future de la réputation en ligne.....	161
Annexe A – Composition du Groupe consultatif	163
Notes.....	164

Liste des acronymes

CDO	Commission du droit de l'Ontario
CMLA	Canadian Media Lawyers Association
CSC	Cour suprême du Canada
FSI	Fournisseur de services Internet
IP	Protocole Internet
LPDPAP	<i>Loi de 2015 sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques</i>

I. INTRODUCTION

A. Le projet de la Commission du droit de l'Ontario

Dans son document de travail sur la diffamation à l'époque de l'Internet, la Commission du droit de l'Ontario (CDO) expose son analyse préliminaire ainsi que des questions dans cet important domaine du droit dont la portée est considérable.

Le droit en matière de diffamation vise à protéger la réputation du préjudice causé par des propos erronés, et tente d'équilibrer deux valeurs qui s'opposent. D'un côté, la Cour suprême du Canada a reconnu que la protection de la réputation est une valeur de nature quasi-constitutionnelle¹. De l'autre, la *Charte canadienne des droits et libertés* confère à la liberté d'expression une protection constitutionnelle explicite².

Les normes communautaires et le contexte de leur contenu façonnent ces deux valeurs – réputation et liberté d'expression, de sorte que le droit en matière de diffamation réagit spécifiquement à la société dans laquelle il s'exerce, laquelle l'influence tout particulièrement. Le problème est que l'actuel corpus de nos règles régissant la diffamation a été pour l'essentiel élaboré au 17^e siècle, et donc influencé par les normes et la situation de cette époque. On estimait alors que la réputation était un bien qu'il fallait protéger en justice comme tout autre bien, et de larges segments de la société partageaient les mêmes valeurs.

Notre société contemporaine au contraire est relativement pluraliste et diverse, elle se fonde sur le principe de l'égalité et sur les libertés individuelles. Nos idées sur la réputation et la liberté d'expression ont évolué parallèlement, selon les forces de la société et du droit – inscription de la liberté d'expression dans la Constitution, droits de la personne, mondialisation, avènement des moyens de communication de masse. Le droit en matière de diffamation a évolué pour y répondre au cas par cas, des textes législatifs étant périodiquement adoptés.

Même avant Internet, la doctrine estimait que le droit en matière de diffamation était complexe, incohérent et compliqué, analogue au monstre du D^r Frankenstein – un corpus qui il y a un siècle déjà était considéré comme instable et en grand besoin de réforme³.

L'avènement d'Internet au début des années 1990 a profondément influencé le droit en matière de diffamation. Internet a révolutionné notre façon de communiquer, nous donnant la possibilité d'être en rapport avec une audience mondiale, et si nous le souhaitons, de façon anonyme. Le format des diffusions est de plus en plus électronique – article de presse classique, article de presse des médias numériques, blogue, article dans les médias sociaux. Cette évolution de la nature de l'expression a eu une incidence considérable sur les règles de droit visant à réglementer l'expression. Notre société, grâce à Internet qui peut connecter les personnes et les groupes, est devenue une société connectée, dans laquelle existent, où qu'elles soient, des communautés d'intérêts communs. Ceci a influencé la façon dont nous comprenons la réputation et la vie privée, nos attentes à leur égard, et a remis en question quelques-uns des postulats du droit de la diffamation.

Le projet de la CDO constituera l'analyse la plus complète à ce jour du cadre du droit de la diffamation en Ontario. La dernière grande réforme majeure de ce domaine avait été menée en 1990, par le comité consultatif du ministère du Procureur général de l'Ontario. L'examen du comité avait été approfondi, mais ses recommandations modestes, et elles n'ont pas été mises en œuvre⁴.

La CDO se propose d'analyser l'objet et la fonction qui sous-tendent le droit de la diffamation, puis les moyens de l'actualiser afin de refléter l'évolution de la société et des technologies, qui va se poursuivre dans l'avenir. Elle pose dans son Document de travail d'importantes questions à ces égards, et sollicite les commentaires et les avis de personnes et d'organisations fort diverses – demandeurs, défendeurs dans des actions en diffamation, organisations classiques et des nouveaux médias, avocats et universitaires spécialistes de la diffamation, pouvoirs publics, magistrats, organisations de défense des droits, intermédiaires de l'Internet, entreprises d'avis Internet, plateformes Web notamment.

Le présent Document de travail fait partie d'un processus complet de recherche et de consultation – consultations publiques, études qualitatives, documents de recherche commandés, forums, conférence internationale notamment. Pour en savoir plus sur le projet, des renseignements figurent à la fin du présent Sommaire, dans le Document de travail et sur la page du projet : <http://www.lco-cdo.org/fr/nos-projets-en-cours/le-droit-de-la-diffamation-a-lere-dinternet/>.

B. À propos de la Commission du droit de l'Ontario

Partenariat unique, novateur et fécond entre la province de l'Ontario, la Fondation du droit de l'Ontario, le Barreau du Haut-Canada, Osgoode Hall Law School, et entre les doyens et doyennes des facultés de droit de l'Ontario, la CDO a été établie en 2007. Son mandat quinquennal a été renouvelé deux fois.

La CDO fournit des avis indépendants et équilibrés, qui font autorité, sur quelques-unes des orientations juridiques de grande portée et parmi les plus complexes en Ontario. Elle évalue la législation avec impartialité, dans une optique large et transparente. Ses travaux s'appuient sur des analyses juridiques, des recherches multidisciplinaires, des consultations publiques, et tiennent compte des conditions sociales, démographiques et économiques ainsi que de l'influence des technologies.

Les rapports de la CDO comportent des recommandations pratiques, qui se fondent sur des principes, visent à résoudre des problèmes, et sont basées sur de vastes consultations et testées selon une procédure d'examen transparent et complet associant toute une variété de personnes, de spécialistes et d'institutions. Grâce à la Commission, des groupes marginalisés et des personnes qui devraient jouer un rôle important dans les discussions de réforme du droit ont la possibilité de s'y s'exprimer. Depuis cinq ans, elle a fait participer des milliers d'Ontariens à des projets de réforme du droit.

Les rapports de la CDO ont mené à des modifications de la législation et de la politique; ils ont favorisé l'accès à la justice et fortement contribué à des débats publics sur des questions majeures de réforme du droit.

C. Comment participer

La CDO souhaite entendre tous les Ontariens que les questions du projet intéressent. Celui-ci porte sur des questions importantes qui concernent la vie de toutes et de tous à l'époque de l'Internet. Point n'est besoin de formation juridique pour répondre au Document de travail, ni même d'être utilisateur d'Internet. Avocats et universitaires toutefois s'intéresseront tout particulièrement à quelques-unes des questions qui y sont détaillées et portent sur des règles juridiques techniques. Il s'agit de l'importance que l'on accorde à la réputation et à la vie privée à l'époque de l'Internet, de la façon dont le droit devrait les protéger, de ce que l'on entend par liberté d'expression, et de la mesure dans laquelle il y aurait lieu de restreindre celle-ci afin de protéger la réputation. La CDO encourage la population ontarienne à réfléchir à ces questions, et à lui faire part de ses observations. Les questions à aborder énumérées ci-dessous guident la réflexion sur les questions qu'elle examine, mais il n'y a aucune obligation de répondre à ces questions précises. La CDO invite les observations sur tout autre point du projet qui vous paraît important.

Il y a de nombreuses façons de nous contacter – envoyer une présentation par la poste ou par courriel, téléphoner, envoyer des blogues, écrire sur Twitter à propos des questions touchant les médias sociaux afin d'élargir le débat. **Vos observations doivent parvenir à la CDO d'ici le 30 mars 2018.**

Contacter la CDO

Commission du droit de l'Ontario
2032, immeuble Ignat Kaneff,
Osgoode Hall Law School, Université York
4700, rue Keele
Toronto (Ontario)
M3J 1P3

Téléphone : 416-650-8406

Télécopie : 416-650-8418

Courriel : lawcommission@lco-cdo.org

Page Web : <http://www.lco-cdo.org/fr/nos-projets-en-cours/le-droit-de-la-diffamation-a-lere-dinternet/>

Twitter @LCO_CDO

D. Portée du projet de la Commission du droit de l'Ontario

Le projet a été inspiré par deux propositions de réforme du droit que la CDO a reçues. Dans la première, on a proposé un examen général des principes du droit en matière de diffamation, et dans la seconde, un projet axé sur la cyberdiffamation. Tel qu'il a été approuvé par le Conseil des gouverneurs de la CDO,

le projet réunit les deux propositions. Internet est la toile de fond inévitable de toute réforme du droit sérieuse. C'est pourquoi la CDO examinera le droit de la diffamation en prenant en compte, d'une part, la façon dont Internet est à présent le lieu où ont lieu la plupart des actes diffamatoires, si ce n'est leur totalité, et d'autre part, le fait que son influence sur les deux valeurs fondamentales qui sous-tendent le droit de la diffamation – liberté d'expression et protection de la réputation – est sans précédent.

Voici quelques-uns des points que la CDO examinera dans son projet.

- Des éléments centraux du délit de diffamation en common law – obligation de responsabilité stricte, présomption de fausseté et de préjudice. Quelques administrations en ont modifié certains par des réformes législatives. Ces éléments centraux ont de plus été touchés par le travail mené en common law pour renforcer les moyens de défense dans les actions en diffamation en vue de mieux protéger la liberté d'expression à l'ère de la Charte. La CDO se demandera s'il est temps de réformer les fondements classiques du droit de la diffamation afin d'adapter l'équilibre entre liberté d'expression et protection de la réputation.
- Étant donné les différences entre les modes classiques de communication et les multiples nouveaux modes de communication par Internet, faut-il réformer les règles concernant le sens diffamatoire?
- Comment adapter au mieux le droit de la diffamation aux problèmes précis qui surgissent en matière de procédure, depuis Internet, et avant son avènement? Il s'agit notamment des délais, de la règle de l'unicité de la diffusion, de l'identification des auteurs d'affichages anonymes en vue d'intenter une action, et de l'effet contreproductif d'aller en justice, ce qui diffuse plus encore la diffamation et aggrave l'atteinte à la réputation. La CDO réfléchit en particulier à des réformes de la *Loi sur la diffamation* (loi ontarienne)⁵.
- Comment les règles classiques relatives au sens de « diffusion » en droit de la diffamation devraient-elles être adaptées de façon à s'appliquer à la diffusion par Internet? Dans quels cas les intervenants en ligne – blogueurs, modérateurs Web, fournisseurs de services Internet – devraient-ils être tenus légalement responsables en tant que diffuseurs de contenu appartenant à des tiers?
- Les règles en vigueur sur la compétence des tribunaux ontariens pour entendre des actions en diffamation relevant de ressorts multiples devraient-elles être coordonnées avec celles de ces derniers, surtout afin de prendre en compte les inquiétudes perçues sur les recherches du ressort le plus favorable? Si oui, de quelle façon?
- Une plus grande variété de réparations en matière de diffamation est-elle justifiée à l'époque d'Internet, afin de surmonter les limites de la réparation classique des dommages-intérêts, de diminuer le coût des actions en justice et de favoriser l'accès à la justice?
- Faudrait-il chercher au-delà du tribunal les moyens de réparer certaines formes de diffamation par Internet? La CDO réfléchira notamment à des formes possibles de règlement extrajudiciaire des différends, de traitement des plaintes en ligne et de réglementation par l'État.

D'autres pays étudient actuellement nombre des questions soulevées ici. De par sa nature même, Internet transcende les frontières géographiques, et la CDO devra se demander comment les possibles

orientations de réforme des lois ontariennes influenceront sur la situation internationale et seront influencées par elle. Plusieurs pays étudient actuellement le rôle des intermédiaires de l'Internet – Facebook, Google – dans la facilitation des communications par Internet, et dans quelle mesure ils devraient être tenus légalement responsables de contenus Internet offensants⁶. Les communications diffamatoires ne sont qu'un sous-ensemble de cette question plus vaste, et la CDO examine la réforme du droit de la diffamation dans le contexte de ce débat international en évolution rapide.

La CDO a bien sûr imposé des limites à la portée de son projet. Surtout, elle ne traitera pas de la diffamation criminelle. Selon l'article 300 du *Code criminel*, est coupable d'un acte criminel quiconque publie un libelle diffamatoire qu'il sait être faux⁷. On s'interroge beaucoup sur la portée de cet acte criminel et sur son rapport à la diffamation en common law⁸. La CDO fonctionne à l'échelle provinciale, et la diffamation criminelle est de compétence fédérale, donc hors de la portée du présent projet.

La CDO ne détaillera pas les actions autres qu'en diffamation, qui pourraient pourtant être pertinentes en cas de préjudice causé par des propos tenus sur Internet. Ces actions connexes portent sur le mensonge préjudiciable, le vol d'identité, la cyberintimidation, le harcèlement en ligne, la propagande haineuse, le nouveau droit à l'oubli récemment établi par l'Union européenne et sur un ensemble en expansion rapide d'actions pour violation de vie privée – intrusion dans l'intimité, divulgation publique de faits privés. Chacune de ces notions mérite de faire l'objet d'un projet de réforme du droit, et la CDO ne saurait les traiter correctement dans son projet sans perdre de vue son objet principal de faire entrer le droit de la diffamation au 21^e siècle. De façon générale, la CDO limitera ses recommandations à la réforme du droit en matière de diffamation entendu selon la définition de celui-ci qui est en vigueur.

Une autre limite importante de la portée du projet est plus difficile à formuler. Les recours en justice en cas de préjudice causé par des propos tenus sur Internet peuvent avoir plusieurs fondements, dont la diffamation. Ils peuvent aussi se fonder sur le mensonge préjudiciable, le vol d'identité, la cyberintimidation, le harcèlement en ligne, la propagande haineuse, le nouveau droit à l'oubli récemment établi par l'Union européenne et sur un ensemble en expansion rapide de violations de la vie privée – intrusion dans l'intimité, divulgation publique de faits privés⁹. Quelques-unes de ces prétentions résultent de l'avancée rapide de l'Internet, ou sont influencées par lui, et font actuellement l'objet de débats publics et politiques intenses. Chacune mérite de faire l'objet d'un projet de réforme du droit, et la CDO ne saurait les traiter correctement dans son projet sans perdre de vue son objet principal de faire entrer le droit de la diffamation au 21^e siècle. De façon générale, la CDO limitera ses recommandations à la réforme du droit en matière de diffamation entendu selon la définition de celui-ci qui est en vigueur. Cette démarche est conforme au mandat qu'elle a reçu de mettre au point des recommandations pratiques qui puissent être mises en œuvre afin d'améliorer le droit tel qu'il fonctionne actuellement. La CDO est cependant au fait des valeurs qui sous-tendent ces prétentions, et les modes de réparation connexes peuvent être pertinents dans la recherche de solutions analogues à l'égard du droit de la diffamation.

S'agissant de la doctrine, il est très difficile de distinguer clairement celle du droit de la diffamation de celle du droit de la vie privée. Des actions pour atteinte à la vie privée sont tellement imbriquées avec des actions en diffamation que l'examen séparé n'a pas de sens. Même si son projet est axé sur le

discours faux – objet classique du droit de la diffamation, la CDO a élargi son analyse de façon à étudier les revendications connexes du respect de la vie privée (pouvant concerner les propos véridiques) qu'elle a jugées nécessaires. Plus précisément, elle examine des atteintes à la protection des renseignements personnels portant sur une forme quelconque de divulgation ou de diffusion, ce qui ressemble le plus aux valeurs et aux droits relatifs au droit de la diffamation.

E. Aperçu des travaux de la CDO

Le Conseil des gouverneurs de la CDO a approuvé le projet fin 2014. La CDO a élaboré le projet et effectué des recherches préliminaires au cours de l'été et de l'automne 2015.

De novembre 2015 à octobre 2016, la CDO a mené environ 35 entretiens préliminaires de personnes appartenant à une variété de groupes d'intervenants – plaignants dans des actions en diffamation, organisations classiques et des nouveaux médias, avocats et universitaires spécialistes de la diffamation, représentants des pouvoirs publics, magistrats, organisations de défense des droits, intermédiaires Internet, entreprises d'avis Internet.

En mars 2016, la CDO a organisé un Comité consultatif, représentatif de groupes d'intervenants majeurs, afin qu'il lui fasse part de ses observations et l'épaulé pour le projet. Le Comité s'est réuni en avril et en décembre 2016, puis en juillet et en octobre 2017.

En août 2016, la CDO a sollicité des documents de recherche, puis en a commandé cinq qui ont traité de questions précises et apporté des éclairages majeurs au projet :

- D^r Emily B. Laidlaw, *Are We Asking Too Much From Defamation Law? Reputation Systems, ADR, Industry Regulation and other Extra-Judicial Possibilities for Protecting Reputation in the Internet Age*.
- D^r David Mangan, *The Relationship between Defamation, Breach of Privacy and Other Legal Claims Involving Offensive Internet Content*.
- Professeure Karen Eltis, Faculté de droit – Université d'Ottawa, *Is "Truthtelling" Decontextualized Online Still Reasonable? Restoring Context to Defamation Analysis in the Digital Age*.
- D^r Emily B. Laidlaw, D^r Hilary Young, *Internet Intermediary Liability in Defamation: Proposals for Statutory Reform*.
- Jane Bailey, Valerie Steeves, codirectrices du eQuality Project, Université d'Ottawa, *Defamation Law in the Age of the Internet: Young People's Perspectives*.

On peut consulter les documents commandés par la CDO sur son site : <http://www.lco-cdo.org/fr/nos-projets-en-cours/le-droit-de-la-diffamation-a-lere-dinternet/recherches-commandes/>

En complément de l'étude commandée à Jane Bailey et à Valerie Steeves sur les jeunes et le numérique, la CDO a recruté des étudiants en droit des facultés de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick et de l'Université de Calgary pour mener auprès de jeunes une série d'entretiens sur les questions du projet.

La publication du Document de travail marque le début de cinq mois de consultations publiques intenses, pendant lesquels la CDO sollicitera les observations de tous les Ontariens qu'intéressent ces questions. Elle compte tenir pendant cette période plusieurs discussions en groupe avec ses partenaires communautaires, ainsi que des entretiens individuels au besoin. Elle tiendra au printemps 2018 une conférence internationale sur quelques-uns des grands enjeux de son projet, ce qui achèvera le processus de consultation. La CDO prévoit de recevoir des présentations officielles de la part d'organisations et de personnes. Elle encourage en outre la population à lui remettre des observations par les moyens de son choix : courriel, téléphone, blogue, avis dans Facebook, Twitter par exemple. **Les présentations sont à remettre le 30 mars 2018 au plus tard.**

F. Démarche de la CDO pour le projet

La CDO n'a rendu aucune conclusion sur ses constatations ou recommandations possibles dans le domaine. Il faut néanmoins connaître les hypothèses ou les points de vue qui vont guider ses travaux.

1. Indépendance et impartialité

Des parties prenantes à des débats sur des questions complexes de réforme du droit y apportent souvent certains éclairages, expériences ou intérêts. La CDO en revanche analyse les questions importantes et complexes de politique juridique de façon indépendante et équilibrée. La CDO évalue la législation en toute impartialité et transparence, sous un angle large.

Le droit de la diffamation donne souvent lieu à une polarisation : d'un côté, ceux qui se préoccupent surtout de la liberté d'expression (les défenseurs dans des actions en diffamation qui cherchent à protéger *leur* droit de s'exprimer librement), de l'autre, ceux qui se préoccupent surtout de la protection de la réputation (les demandeurs dans des actions en diffamation qui cherchent à protéger *leur* réputation).

Nombre de défenseurs, si ce n'est la plupart, sont traditionnellement des organisations des médias. Ceux-ci disposent de nombreux organismes qui représentent leurs intérêts. Et les juristes qui représentent les défenseurs des médias sont souvent des spécialistes de la défense de la liberté d'expression. L'expérience montre cependant qu'il est plus difficile de se mettre en rapport avec les personnes qui se préoccupent surtout de protéger la réputation. Les demandeurs possibles dans des actions en diffamation appartiennent à toutes les couches de la société, peu de groupes organisés représentent leurs droits. Il en résulte une disparité quant aux preuves, qui est dans une certaine mesure inévitable et qui a été signalée dans les travaux de réforme antérieurs¹⁰. Ainsi que l'indique sans ambage une commission de réforme du droit,

[traduction] il est difficile de consulter les gens sur le droit de la diffamation, car les diffamateurs en puissance sont mieux organisés et s'expriment mieux que les demandeurs en puissance. Les sociétés de presse savent ce qui leur fait mal, elles ont l'expérience et les ressources pour exprimer leurs avis de façon convaincante. Personne n'a tenu délibérément des propos injustes envers les demandeurs, mais il est naturel que des gens qui se sont déjà souvent trouvés dans la situation de défendeur ne doivent pas la considérer avec saisissement¹¹.

La CDO tentera d'écouter les opinions de tous les intervenants, et d'en tenir compte pour formuler ses recommandations.

2. Démarche contextuelle et multidisciplinaire

Les travaux de la CDO se fondent sur l'analyse juridique, la recherche multidisciplinaire, la situation actuelle de la société, de la population et de l'économie, et sur l'évolution rapide des technologies. La CDO permet aux groupes marginalisés de s'exprimer, et à d'autres aussi qui sont souvent exclus des grands débats de réforme du droit.

Les réformes antérieures du droit de la diffamation ont souvent commencé par les principes juridiques en vigueur et se sont cantonnées à ce cadre doctrinal. La CDO estime que ce projet doit bénéficier d'un éclairage plus large, surtout au regard d'actions qui se chevauchent et peuvent porter sur des contenus Internet préjudiciables.

En général, les personnes dont la réputation a été atteinte par des propos tenus sur Internet se soucient peu de l'étiquette juridique que portera leur action. L'éclairage doit être plus large de façon à prendre en compte les autres mécanismes juridiques de réglementation des contenus Internet, et le rôle qui devrait être celui du droit de la diffamation dans ce contexte plus ouvert. La CDO suivra cette démarche contextuelle, mais ses recommandations porteront précisément sur le droit de la diffamation.

3. Accès à la justice

La CDO ayant pour mandat de favoriser l'accès à la justice, elle examinera dans son projet des questions portant sur celui-ci. Étonnamment, les publications sont rares sur le principe de l'accès à la justice appliqué aux actions en diffamation, sauf dans les procès stratégiques contre la mobilisation publique [poursuites-bâillons], discutées au chapitre V. Mais les questions d'accès à la justice abondent en droit, étant donné surtout le coût élevé des actions civiles et l'efficacité relativement limitée des possibilités de recours classiques.

4. Optique de droit comparé

Le projet porte sur plusieurs nouveaux points de droit, suscités par l'influence profonde qu'a Internet sur nos communications. Ces points sont étudiés actuellement dans d'autres pays. Dans une optique de droit comparé, il y a beaucoup à apprendre auprès d'autres administrations – qu'elles soient de common law ou de droit civil. La CDO s'intéresse dans son projet plus directement encore à la situation juridique internationale. De par la fonction même d'Internet de connecter les personnes et les groupes au-delà des frontières géographiques, la législation ontarienne concernant la diffamation sera de plus en plus influencée par les législations étrangères. D'autres pays réfléchissent actuellement à des réformes¹². La démarche du projet doit donc faire intervenir plusieurs administrations.

5. Démarche raisonnée, propice à la résolution des problèmes

Les rapports de la CDO comportent des recommandations qui sont raisonnées, pratiques et propices à la résolution des problèmes, qui se fondent sur de vastes consultations et sont testées dans un processus d'examen transparent et complet, faisant intervenir une multitude de personnes, de spécialistes et d'institutions. Par exemple, malgré les limites inhérentes des actions en justice pour réparer les allégations de diffamation, les travaux antérieurs de réforme à l'égard de celle-ci ont souvent été axés

uniquement sur les actions en justice. La CDO adoptera quant à elle un point de vue plus large pour déterminer s'il existe peut-être en la matière des moyens pratiques extrajudiciaires.

6. Neutralité vis-à-vis des technologies

L'adaptation du droit de la diffamation à l'époque de l'Internet se doit d'éviter tout jugement social ou moral à propos des répercussions techniques d'Internet sur la société. Des jugements antérieurs – *Barrick* notamment – ont affiché un point de vue pessimiste sur l'époque de l'Internet, et souligné les nouvelles possibilités d'atteinte à la réputation¹³. Des commentateurs ont émis des critiques à cet égard, et proposé qu'un point de vue équilibré sur Internet et ses répercussions sur le droit de la diffamation tient compte à la fois de la valeur d'Internet pour la liberté d'expression et de ses dangers¹⁴. La CDO se propose d'élaborer des recommandations qui soient neutres quant aux technologies servant à diffuser, et considèrent que pour le meilleur ou pour le pire, Internet fait partie intégrante de notre avenir.

G. Variété des actions en diffamation

Affirmer que le droit de la diffamation a pour objet de protéger la réputation des atteintes découlant des diffusions fausses est certes un lieu commun, et pourtant, l'atteinte à la réputation peut avoir des sens différents selon les situations. L'une des difficultés de compréhension du droit de la diffamation est qu'il vise à appliquer un ensemble uniforme de principes juridiques afin de régler l'atteinte à la réputation dans des situations très diverses. Il est utile d'examiner dans quels cas des actions en diffamation sont intentées au 21^e siècle, en mettant pour l'instant de côté les principes juridiques.

L'examen des faits à l'origine de nombreuses actions en diffamation au Canada permet de les classer en trois catégories.

Actions entre les personnes physiques – Elles sont relativement fréquentes, malgré les frais pour les intenter et pour présenter une défense, dont on pourrait croire qu'ils excèdent les ressources de nombreuses personnes¹⁵. Il s'agit souvent de conflits sous-jacents qui s'aggravent, deviennent personnels et parfois, odieux. L'émotion les anime, et ces actions ressemblent aux différends en droit familial ou aux litiges successoraux. Quelques actions concernant des entreprises peuvent être en réalité fondées sur des intérêts personnels plutôt que commerciaux.

Actions fondées sur des intérêts commerciaux – Il s'agit dans ces affaires d'allégation de préjudice à la réputation de l'entreprise, et en général, le demandeur analysera le coût et les avantages avant de se lancer. Plusieurs auteurs se demandent s'il convient d'autoriser des personnes morales à avoir recours au droit de la diffamation pour protéger des intérêts économiques, et soulignent les contradictions des fondements de ces deux causes d'action¹⁶.

Actions intentées contre des médias ou autres diffuseurs de questions d'intérêt public – Actions intentées contre des médias, des diffuseurs, universitaires ou autres, de questions d'intérêt public, faisant intervenir des intérêts sociaux. Des principes juridiques distincts y entrent en jeu, qui visent à protéger l'important rôle de la presse, qui est de rendre compte dans l'intérêt général.

Ces trois catégories ne peuvent certes saisir toute la diversité des situations à aborder pour réformer le droit de la diffamation : toute réforme se doit d'être générale, et assez souple pour s'appliquer à toutes ces situations. Il est utile toutefois pour réfléchir aux idées discutées dans le présent document afin de les appliquer à ces situations, toutes fort diverses, comme des critères décisifs en quelque sorte, pour garantir la bonne prise en compte des divers intérêts qui sous-tendent le droit de la diffamation.

La CDO se propose, en gardant à l'esprit la variété des actions en diffamation intentées dans notre société, d'élaborer des réformes pragmatiques et raisonnées de la législation ontarienne touchant la diffamation, afin que celle-ci atteigne son objet.

II. DIFFAMATION – ÉTAT ACTUEL DU DROIT

On examine brièvement l'état actuel du droit de la diffamation, notamment en Ontario, ainsi que les grandes réformes menées jusqu'à présent. On constate ainsi des limites et des complexités notables, qui laissent entendre combien ce droit a besoin de réformes.

A. L'Ontario (et les provinces canadiennes de common law)

La législation ontarienne sur la diffamation s'est développée essentiellement à partir de la common law, qu'a complétée la *Loi sur la diffamation*¹⁷. Les éléments constitutifs du délit sont globalement identiques dans la plupart des administrations de common law, à l'exception des États-Unis. Pour établir le bien-fondé de sa revendication de diffamation, le demandeur doit prouver trois points :

- les propos en cause le désignent,
- ils ont été diffusés auprès de tiers,
- ils sont diffamatoires, au sens qu'ils ternissent sa réputation auprès de personnes raisonnables de la société.

Quand ces trois éléments sont avérés, les propos sont présumés faux en droit, et préjudiciables au demandeur. Une conclusion de faute n'est pas obligatoire pour établir la diffamation.

Ce seuil pour établir la diffamation est bas. Le travail sur le délit porte surtout sur la détermination du point de savoir si des moyens de défense peuvent être invoqués, et si oui, lesquels – justification (les propos sont véridiques), immunité absolue, immunité relative, commentaire loyal, communication responsable par exemple. Le demandeur peut réfuter quelques-uns de ces moyens en établissant que le défendeur a agi avec malveillance.

Amalgame de dispositions précises visant à compléter la common law, la *Loi sur la diffamation* remonte à 1877, mais sa version contemporaine se fonde surtout sur la *Defamation Act 1952* (R.-U.)¹⁸. Son libellé est parfois désuet, et elle ne vise pas les grandes innovations technologiques comme Internet. Ses dispositions les plus importantes visent les exigences concernant les avis et les délais de prescription en cas de diffamation dans la presse écrite ou diffusée¹⁹. L'intention est de donner aux journaux et aux stations de radio ou de télédiffusion la possibilité, afin d'éviter de s'exposer à des dommages-intérêts, de corriger, retirer de fausses déclarations ou de présenter des excuses à leur égard.

Jusqu'à présent, il n'y a pas eu beaucoup de réformes législatives portant sur la diffamation en Ontario, ni au Canada d'ailleurs. Au début des années 1980, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a décidé d'apporter des réformes à la loi uniforme sur la diffamation qui était en vigueur depuis 1944²⁰. Elle s'est fixée un mandat étroit – « préciser les notions du droit de la diffamation en vigueur, et les concilier »²¹. Elle a malgré tout présenté plusieurs recommandations majeures pour répondre à l'évolution de la jurisprudence et à celle des technologies. Elle a recommandé par exemple d'inclure dans la législation la définition de « matière diffamatoire » (mais sans référence à l'élément de fausseté)²². Elle a aussi recommandé de modifier la procédure, pour préciser par exemple qui peut intenter des actions (groupes, parents de personnes défunes, etc...) et un délai de prescription de six mois. Ces travaux ont mené à la *Loi uniforme sur la diffamation*, mise à jour en 1994²³.

Dans son rapport de 1985, la Law Reform Commission of British Columbia s'est fondée sur celui de la CHLC pour recommander que soit rédigé une nouvelle loi provinciale sur la diffamation²⁴, mais aucune réforme législative n'a suivi²⁵.

Les derniers travaux ontariens de réforme du droit de la diffamation datent de 25 ans. Selon le comité consultatif nommé par le ministère du Procureur général (MPG), ce droit associe « des règles et des procédures antiques, des préceptes du 19^e siècle et les recours disparates du 20^e siècle »²⁶. Le comité consultatif a revu les principes de ce droit au regard de la garantie de liberté d'expression que prévoit la Charte. Il s'est surtout attaché aux organismes de médias classiques et à la question de savoir si le droit devrait leur garantir une protection accrue contre les procès en diffamation, de sorte qu'ils puissent faire du journalisme responsable. Son rapport n'a été suivi d'aucune réforme législative, mais la Cour suprême du Canada a finalement entendu son propos, et a introduit la défense de communication responsable et renforcé celle de commentaire loyal, afin de mieux protéger le journalisme responsable et les autres formes de communication sur des questions d'intérêt public²⁷.

Le comité consultatif du MPG a soulevé des questions fondamentales de réforme du droit de la diffamation – responsabilité stricte, présomption de préjudice, présomption de fausseté – sans toutefois s'entendre sur ces questions et sans formuler de recommandation²⁸. La CDO compte revoir dans son projet quelques-uns de ces principes fondamentaux.

À l'époque du comité consultatif et de son rapport, Internet n'était pas encore le lieu prédominant pour communiquer, ce dont on doit tenir compte pour aborder ses recommandations. Il a axé son travail sur la façon dont le droit de la diffamation s'applique aux diffusions par des médias classiques. À présent, Internet permet à tout un chacun de diffuser, ce qui efface les distinctions entre celles-ci et les autres, et engendre de nouvelles questions, par exemple : les protections que prévoit la *Loi sur la diffamation* concernant les avis et les délais de prescription devraient-elles être s'appliquer aux diffuseurs qui ne sont pas des médias classiques?

Un autre comité consultatif a été formé en Ontario en 2010, pour étudier la possibilité de protéger par voie législative contre les procès stratégiques contre la mobilisation publique [poursuites-bâillons], qui limitent la liberté d'expression de façon excessive sur des questions d'intérêt public. Ce comité consultatif a examiné avec précision la façon dont les mesures législatives proposées s'appliqueraient en matière de diffamation. Il a proposé des moyens de concilier l'objet de la législation et la jurisprudence sur les moyens de défense dans le domaine, et a explicitement recommandé de ne pas restreindre le droit des sociétés et des politiciens de se pourvoir en justice en cas de diffamation²⁹. Ces recommandations ont été à l'origine de l'adoption de la *Loi de 2015 sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques* (LPDPAP)³⁰. Cette loi établit une procédure préalable au procès pour repérer et rejeter les poursuites-bâillons qui limitent de façon excessive la liberté des personnes ou des organisations de s'exprimer sur des affaires d'intérêt public³¹. Il faut préciser que cette loi vise uniquement les poursuites-bâillons sans porter réforme de la législation sur la diffamation.

Récemment, les tribunaux canadiens ont interprété le droit de la diffamation de façon à mieux protéger le droit à la liberté d'expression garanti par la Charte et à prendre en compte les communications par

Internet. Dans *WIC Radio Ltd. C. Simpson*, la Cour suprême du Canada a reformulé la défense de commentaire loyal, de façon à protéger l'animateur d'une émission de radio qui avait comparé à Hitler une militante des causes sociales opposée à l'homosexualité³². Dans *Grant c. Torstar Corp.*, elle a créé la défense de communication responsable, de façon à protéger les communications diffamatoires diffusées de façon responsable dans l'intérêt général³³. La Cour a souligné l'évolution de la société provoquée par Internet, et indiqué que le droit doit s'adapter :

[...] de nombreux recours concernant désormais des articles de blogue ainsi que d'autres médias en ligne dont la portée est susceptible d'être à la fois plus éphémère et plus répandue que celle de la presse écrite. Même si les normes journalistiques établies constituent un guide utile pour évaluer la conduite tant des journalistes que des non-journalistes, les normes applicables évolueront forcément pour suivre l'évolution des nouveaux médias³⁴.

En 2012, la Cour suprême du Canada a rendu trois arrêts portant sur des questions de compétence dans des actions en responsabilité délictuelle faisant intervenir plusieurs ressorts. Dans deux de ces arrêts il s'agissait d'actions en diffamation introduites en Ontario. Dans les deux cas, la Cour a conclu que le demandeur avait le droit d'introduire l'action en Ontario, là où les propos diffamatoires allégués avaient été diffusés, même s'ils avaient été initialement diffusés ailleurs³⁵. Dans les deux cas, elle a cependant reconnu qu'un élément de l'analyse relative au *forum non conveniens*, la loi applicable au délit, demeure incertain en droit de la diffamation³⁶. Elle n'a pas approfondi la question de la « recherche du ressort le plus favorable » (demandeurs qui vont en justice de façon stratégique dans des ressorts dont la législation sur la diffamation semble favoriser les demandeurs), qui s'était posée dans les deux affaires³⁷.

Dans son arrêt *Crookes c. Newton*, la Cour a examiné la nature des hyperliens et conclu qu'ils ne constituent pas une diffusion de l'information à laquelle ils renvoient, de sorte que la responsabilité serait engagée³⁸. Sa décision dans cet arrêt marque l'importance d'adapter les principes classiques du droit de la diffamation d'une façon qui ne gêne pas le développement d'Internet :

Compte tenu de l'importance capitale du rôle des hyperliens dans l'Internet, nous risquerions de compromettre le fonctionnement de l'Internet dans son ensemble. L'application stricte de la règle en matière de diffusion dans ces circonstances reviendrait à s'efforcer de faire entrer une cheville carrée archaïque dans le trou hexagonal de la modernité³⁹.

Malgré ces décisions, la Cour suprême du Canada n'a pas encore eu l'occasion de réfléchir aux nombreux enjeux propres à la diffusion par Internet. Elle a reconnu qu'il y a encore beaucoup à faire pour adapter le droit de la diffamation aux technologies d'Internet qui ne cessent d'évoluer⁴⁰.

Les tribunaux ontariens débattent régulièrement d'affaires de diffamation par Internet⁴¹. Dans *Goldhar v. Haaretz.com*, la Cour d'appel de l'Ontario a été partagée sur le critère à appliquer pour se déclarer compétente dans une affaire de diffamation par Internet faisant intervenir plusieurs ressorts⁴². Dans *Shtaiif v. Toronto Life*, elle a indiqué que des réformes législatives sont nécessaires, de la *Loi sur la diffamation* en particulier⁴³.

La CDO tente de répondre dans son projet à la question de savoir si des réformes législatives, en common law notamment, sont le moyen le plus adapté pour aborder la complexité du droit de la diffamation à l'époque d'Internet.

B. Autres administrations

Comme on l'a déjà signalé, le projet de la CDO est la première étude générale du droit de la diffamation au Canada depuis 25 ans. La réforme de ce droit a une dimension internationale : de nombreuses administrations et de nombreuses traditions juridiques y prennent part, ce qui fournit à la CDO une occasion tout autant qu'un défi. D'un côté, l'Ontario a à apprendre de nombre de ces administrations sur la réforme du droit de la diffamation. De l'autre, celui-ci est profondément ancré dans les normes et les valeurs locales. La CDO doit donc analyser la situation en dehors de l'Ontario, mais il lui appartient d'apporter des réponses qui soient adaptées à la province.

1. Le Royaume-Uni et l'Irlande

Le droit anglais de la diffamation est historiquement le modèle de celui de l'Ontario et des autres provinces canadiennes de common law, et la doctrine s'y recoupe largement. Une série de réformes britanniques se retrouve à divers degrés en droit ontarien.

En 1948 par exemple, le Comité Porter a étudié des plaintes alléguant que les actions en diffamation étaient trop coûteuses, trop complexes, trop imprévisibles, et que le droit en vigueur favorisait les demandeurs cupides au détriment des diffamateurs innocents. Déjà à cette époque, on se préoccupait de ce que le droit limitait trop la liberté d'expression⁴⁴. Après avoir envisagé mais rejeté l'idée de codifier le droit de la diffamation⁴⁵, le comité a recommandé qu'il s'applique à la radiodiffusion (outre la presse écrite). Il a conclu que « des modifications législatives approfondies » étaient inutiles et qu'il suffisait d'élaguer un peu et de simplifier⁴⁶. Ses recommandations ont été pour la plupart intégrées à la *Defamation Act 1952* (R.-U.), et en Ontario, à la *Loi sur la diffamation* par une modification de 1958⁴⁷.

En 1975, un autre rapport sur l'état du droit de la diffamation au Royaume-Uni a été publié par le Comité Faulks⁴⁸. Deux de ses recommandations majeures étaient de supprimer la distinction entre libelle et diffamation verbale, et d'insérer dans les lois une définition de diffamation. Sinon ce comité a peu remanié la législation en vigueur. Son rapport n'a donné lieu à aucune modification législative immédiate, même s'il fait partie de l'évolution de la common law britannique sur la diffamation⁴⁹.

L'adoption de la *Defamation Act 2013* a été précédée de réformes exhaustives⁵⁰. Celles-ci ont été en partie dues au fait que l'on s'inquiétait que la législation en vigueur ne protégeait pas correctement la liberté d'expression, surtout s'agissant d'articles de presse intéressant l'intérêt public. Le gouvernement britannique a déposé un projet de loi sur la diffamation, qui a été soumis à la consultation publique et examiné par le Joint Committee on the Draft Defamation Bill⁵¹. Ce processus a abouti à des recommandations de réformer en profondeur le fond de la loi et la procédure, même si le contexte social a été peu discuté et si l'on n'a pas tenté de revoir les fondements du délit. Les objectifs du comité mixte pour l'examen du projet de loi étaient quadruples : ajuster l'équilibre entre protection de la réputation et liberté d'expression, réduire le coût des procès en diffamation, améliorer l'accès à la

justice, s'adapter à la culture moderne de communication. Le gouvernement britannique et le comité mixte ont cependant considéré les questions comme des réformes de doctrine distinctes.

Nombre des réformes proposées se retrouvent dans la *Defamation Act 2013*. Quelques-unes d'entre elles – adoption de la règle de l'unicité de la diffusion, et de la règle « avis et retrait » pour les exploitants de site Internet – répondent précisément aux problèmes créés par l'avènement d'Internet. Cette loi restreint le critère pour établir la compétence dans les procès en diffamation faisant intervenir plusieurs ressorts, afin d'éviter que l'Angleterre ne devienne une destination de choix dans les recherches du ressort le plus favorable. D'autres réformes sont plus fondamentales – notamment le renversement de la présomption traditionnelle de préjudice par l'établissement de l'exigence de préjudice grave. Les moyens de défense du domaine ont par ailleurs été modifiés et inscrits dans la loi.

La démarche dans la *Defamation Act 2013* vis-à-vis de la réforme du droit de la diffamation a été ciblée, visant les problèmes spécifiques relevés dans ce droit, et proposant des solutions⁵². Le législateur britannique n'a pas réfléchi à la façon dont l'avènement d'Internet touche les fondements du droit de la diffamation. Selon le commentaire poli de David Mangan, [TRADUCTION] « en tant que texte adopté au beau milieu d'avancées technologiques remarquables, cette loi est décevante »⁵³. Le fait qu'elle mette l'accent sur les réparations monétaires, plus adaptées aux défenseurs des médias classiques, et sur les réparations exprimées par écrit, plus adaptées à la diffamation exprimée sur les plateformes des médias sociaux en constitue un exemple⁵⁴.

Les recommandations du Comité mixte de refondre les procédures afin de favoriser les règlements rapides et d'éviter l'introduction de nombreuses actions en diffamation n'ont pas été intégrées à la *Defamation Act 2013*.

Les répercussions de la *Defamation Act 2013* ne se dégagent pas encore clairement. La jurisprudence à son égard ne fait que débiter. Mais cette loi est pour l'instant le meilleur exemple de la façon dont un pays peut adapter sa législation concernant la diffamation à l'époque d'Internet.

La plupart des dispositions de la *Defamation Act 2013* s'appliquent uniquement en Angleterre et au Pays de Galles. C'est pourquoi la Commission de réforme du droit de l'Irlande du Nord a entrepris en 2014 de déterminer si le pays devrait adopter cette loi en tout ou en partie. La commission a indiqué dans son document de travail que la tension dans de nombreux procès en diffamation n'est pas tant entre réputation et liberté d'expression, qu'entre les parties qui ont les moyens de se défendre et celles qui ne les ont pas⁵⁵. La commission a été dissoute avant de pouvoir publier son rapport, et le ministère des Finances a demandé au D^r Andrew Scott de formuler des recommandations sur la question. Dans son rapport, celui-ci a recommandé que la *Defamation Act 2013* soit adoptée dans sa grande majorité⁵⁶, puis allant plus loin, de réformer la procédure de façon à favoriser l'accès à la justice.

La Commission du droit de l'Écosse a fait de même, avec la publication d'un document de travail en 2016⁵⁷. Son axe de travail a été lui aussi relativement restreint, en prenant la *Defamation Act 2013* comme modèle de réforme possible. La Commission a reconnu que cette loi ne serait pas entièrement compatible avec le droit écossais, et indiqué que la codification de l'ensemble du droit écossais de la diffamation ne serait pas « pratique »⁵⁸. Elle a souligné en revanche les avantages de l'uniformité des

lois et s'est engagée à évaluer les enjeux, « afin d'éviter que la situation en Écosse soit à la traîne par rapport à celle en Angleterre et au Pays de Galles »⁵⁹.

Tout récemment, en octobre 2016, l'Irlande a annoncé son intention de revoir le droit de la diffamation, et demandé à la population de lui présenter des observations⁶⁰. L'examen visera à évaluer les changements suscités par la *Defamation Act 2013*, à étudier les réformes menées par d'autres pays et à déterminer si le droit irlandais (surtout la *Defamation Act 2009*) est adapté et atteint ses objets avec efficacité⁶¹.

2. L'Australie et autres pays du Commonwealth

Le droit australien est lui aussi essentiellement fondé sur la common law anglaise. Le principal fait marquant a été l'adoption de mesures législatives uniformes par tous les États et territoires en 2006⁶².

Il faut signaler un rapport que la Commission de réforme du droit de l'Australie a publié en 1979, *Unfair Publication: Defamation and Privacy*⁶³. Ce rapport n'a pas donné lieu à des modifications législatives, mais il illustre bien les premiers travaux en vue de réaliser des réformes larges, en partant des premiers principes. La commission y avait entrepris d'éclaircir la complexité du droit australien de la diffamation dans le contexte de l'évolution de la société et des médias⁶⁴. Elle relevait trois grandes lacunes dans le droit en vigueur : inefficacité pour protéger la réputation, création d'obstacles à la libre circulation de l'information sur les affaires publiques, protection inadaptée de la vie privée⁶⁵. Elle a adopté une démarche conceptuelle plus vaste de ce qu'elle a appelé « le droit concernant la diffusion déloyale », qui s'applique à la fois à la diffusion et au caractère privé de celle-ci. Elle a recommandé que soit adoptée la *Unfair Publication Act*, ce qui codifierait fortement le droit de la diffamation, et créerait un nouveau droit d'action pour diffusion de faits d'ordre privé.

Le rapport de la Commission de réforme du droit de l'Australie a été trop ambitieux. Le gouvernement fédéral n'était pas compétent pour mettre en application les recommandations, et la coopération entre États et territoires n'a pas été suffisante pour qu'ils s'entendent sur la législation uniforme⁶⁶. L'Australie a finalement réussi à adopter celle-ci en 2006, mais sans renvoyer aux travaux de la Commission de réforme du droit de l'Australie sur la diffusion déloyale⁶⁷.

Les tribunaux australiens ont rendu des décisions majeures, compte tenu de la mesure dans laquelle il faudrait réinventer les principes classiques du droit de la diffamation eu égard à Internet. Dans *Gutnick v. Dow Jones* par exemple, la Haute cour de l'Australie a étudié le critère à appliquer pour exercer la compétence dans une action en diffamation par Internet faisant intervenir plusieurs ressorts⁶⁸. Tout récemment, la Cour suprême de l'Australie-Méridionale a confirmé dans *Google Inc. v. Duffy [2017]* la responsabilité de Google qui, une fois informé, n'avait pas retiré des propos diffamatoires de résultats de recherche, y compris des fonctions de saisie semiautomatique et de recherche connexe⁶⁹.

D'autres pays de common law peuvent aussi intéresser la CDO pour ce projet - Nouvelle-Zélande, Afrique du Sud, Hong Kong, Malaisie, Singapour notamment⁷⁰.

3. Les États-Unis

Envisagé différemment aux États-Unis qu'en Ontario et dans les autres administrations de common law, le droit de la diffamation y est fortement influencé par la rigoureuse protection de la liberté d'expression, que prévoit le premier amendement de la Constitution de ce pays. Il y est en général difficile de gagner un procès en diffamation, en l'absence d'actes flagrants et graves de la part du défendeur. Les procès intentés par des personnalités sont particulièrement ardues. Qui plus est, du fait de leur fonction d'intermédiaire, la loi exonère les fournisseurs de services Internet de toute responsabilité à l'égard des revendications de diffamation⁷¹.

En dépit de ces différences, le droit aux États-Unis peut avoir des incidences majeures en Ontario et dans les autres administrations de common law. On fait ainsi valoir par exemple que la démarche en vigueur aux États-Unis, qui est favorable à la défense, peut inciter à introduire des actions en diffamation dans des pays considérés comme étant plus favorables aux demandeurs, en Ontario par exemple⁷². D'autres prétendent que la recherche du ressort le plus favorable n'est pas une réalité.

4. Le Québec

Au Québec, il n'existe pas de législation sur la diffamation proprement dite. Comme tout délit, celle-ci est traitée en tant que tel par le *Code civil du Québec*⁷³. Le demandeur doit établir qu'il y a eu faute, que celle-ci a causé un préjudice, et qu'il y a un lien de causalité entre les deux. Ce raisonnement est plus contextuel que celui de la common law. Il n'y a pas de responsabilité stricte, pas de présomption de préjudice, pas de présomption de fausseté. Les éléments obscurs et formels du droit de la diffamation en common law ont amené certains à affirmer que le raisonnement du droit civil dans le domaine serait préférable pour traiter les actions en diffamation par Internet⁷⁴.

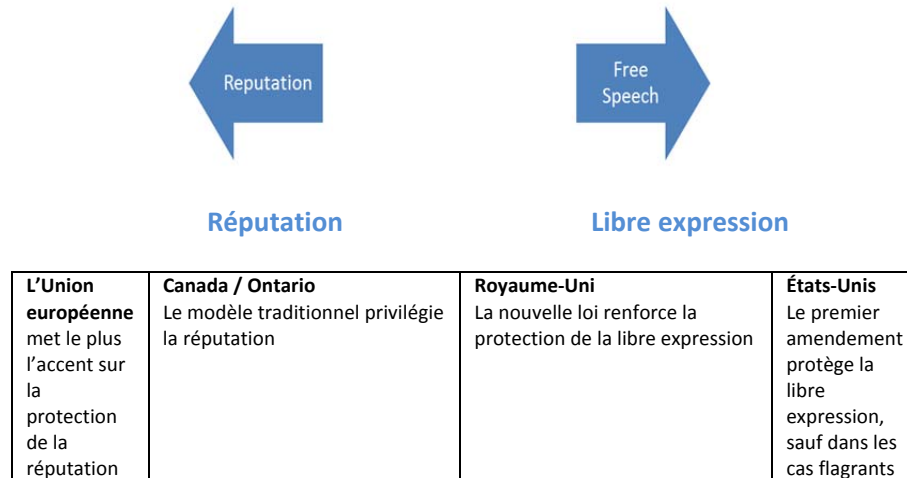
5. L'Union européenne

Le droit européen en matière de diffamation s'est développé avec comme toile de fond deux droits opposés que prévoit la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (*Convention européenne des droits de l'homme*) : le droit au respect de la vie privée et familiale à l'article 8 (aussi droit fondamental à l'honneur et celui à la réputation), et le droit à la liberté d'expression à l'article 10⁷⁵. Cette reconnaissance que la réputation est un droit de la personne reflète une tendance plus générale dans l'Union européenne de concilier réputation et liberté d'expression au plus près de la réputation, par rapport à d'autres administrations. Le « droit à l'oubli », créé par la Cour de justice de l'Union européenne pour reconnaître que les demandeurs ont le droit que leurs données personnelles soient retirées des moteurs de recherche quand elles ne sont plus pertinentes à l'objet pour lequel elles avaient été recueillies, en est une bonne illustration⁷⁶. La Cour européenne des droits de l'homme a quant à elle souligné l'importance de protéger le rôle d'« observateur critique » des médias, et la nécessité d'éviter tout effet paralysant sur les débats politiques et l'expression satirique⁷⁷.

La conception de l'Europe fait utilement contrepoids à l'accent mis avec insistance aux États-Unis sur la liberté d'expression⁷⁸.

C. Gamme des orientations stratégiques touchant le droit de la diffamation

Le tableau qui suit résume les diverses orientations dans les pays susmentionnés. Il relève quatre modèles stratégiques généraux, et illustre comment divers pays concilient actuellement protection de la réputation et liberté d'expression.



La CDO souligne qu'aucune de ces orientations ne prédétermine ses conclusions ou recommandations éventuelles. Comme elle l'a déjà indiqué, elle s'engage à élaborer une réponse ontarienne aux questions touchant le droit de la diffamation.

D. Difficultés inhérentes à la réforme du droit de la diffamation

Depuis que le délit de diffamation existe, il fait régulièrement l'objet de critiques générales⁷⁹. En 1812 déjà, le juge en chef Mansfield en critique la structure, mais estime qu'il est trop tard pour apporter des modifications d'envergure⁸⁰.

Au début du 20^e siècle, le juge Van Vechten Veeder critique lui aussi le droit de la diffamation : s'il atteignait véritablement son objet, qui est de concilier nos droits personnels et l'intérêt public par la protection de la réputation et la liberté d'expression, [TRADUCTION] « il constituerait une mesure admirable de la culture, de la libéralité et des aptitudes pratiques de chaque époque ». Or selon lui, le droit n'est pas fondé sur des principes, mais il est « une masse qui s'est constituée par ajouts successifs, avec très peu d'interventions de la part du législateur », produisant ainsi « des anomalies grotesques, dépourvues de sens. [...] Le droit, considéré dans son ensemble, est absurde en théorie et fonctionne très souvent avec malveillance »⁸¹.

Le droit de la diffamation a été qualifié de « goulag du droit de la responsabilité civile délictuelle », car il s'est développé en autarcie, sans bénéficier des autres principes de ce droit⁸². Du point de vue du droit et de l'économie, on le qualifie de « complètement irrationnel »⁸³.

L'origine des difficultés que présente le droit de la diffamation a des racines profondes. Une association de difficultés a été soulignée, dont quelques-unes sont inhérentes au délit :

- le caractère subjectif de l'expression – le droit de la diffamation vise à régir un élément très subjectif et nuancé des relations sociales. La définition et le classement de l'expression qui devrait ou non être considérée comme diffamatoire sont complexes et contextuels;
- le caractère subjectif de la réputation – la notion de réputation est elle aussi très subjective et contextuelle. L'atteinte à la réputation peut être une forme de préjudice moral, qui souvent ne constitue pas une perte économique mesurable. Proposer une réparation qui corresponde à l'atteinte causée par des propos diffamatoires, et la dédommagement, est forcément approximatif.

Ces deux aspects subjectifs du droit de la diffamation s'associent pour nuire à son caractère prévisionnel, et seront discutés plus avant. Il s'agit ici de souligner que dès le départ, le délit analysé dans le projet a évolué de façon boiteuse. Le droit le concernant a jusqu'à présent évolué de façon disparate pour résoudre les problèmes à mesure qu'ils se présentaient. La CDO vise à formuler à partir de postulats un ensemble cohérent de principes, qui régissent le droit de la diffamation au 21^e siècle.

Question à aborder

1. Concernant les questions sur lesquelles porte le projet, que peut-on apprendre de la législation d'autres administrations, et de leurs travaux de réforme du droit? Sont-ils applicables à la situation en Ontario?

III. DROIT DE LA DIFFAMATION – LE CONTEXTE

La CDO se propose dans son projet de recommander des réformes du droit de la diffamation qui tiennent compte des valeurs modernes, et des principes juridiques dans le contexte de notre société. Elle analyse ici en quoi la situation du droit et des technologies dans la société du 21^e siècle varie par rapport à celle de l'élaboration initiale du droit de la diffamation.

Le droit – y compris celui de la diffamation – est obligatoirement le produit de l'époque et du groupe dans lequel il s'applique. S'il y a coexistence de microgroupes différents, il peut aussi, au même moment et dans le même lieu, traduire des normes sociales et morales différentes. Celles-ci varient en fonction de facteurs tels que le genre, la race, l'appartenance ethnique, l'âge, la géographie⁸⁴.

Les notions fondamentales qui sous-tendent le droit de la diffamation, la réputation et la liberté d'expression sont elles aussi produites à un certain degré par les normes et valeurs juridiques d'une époque et d'un lieu donnés. À mesure par exemple qu'évolue la façon dont la société comprend la réputation, le droit de la diffamation doit évoluer aussi afin de continuer à atteindre son objectif de protection⁸⁵. Dans un article de grande influence, Robert Post écrit en 1986 que [traduction] « le droit de la diffamation repose sur le postulat d'une représentation des rapports entre les personnes – comment elles sont liées ou comment elles devraient l'être. La nature de la réputation, que ce droit vise à protéger, varie à mesure que varie la nature de cette représentation »⁸⁶. Il a fallu pour inscrire la liberté d'expression dans la Constitution rééquilibrer les valeurs qui sous-tendent le droit de la diffamation. Les moyens par lesquels le droit protège la liberté d'expression doivent évoluer à mesure qu'apparaissent de nouvelles technologies et de nouvelles formes d'expression. Un défi majeur de toute réforme du droit – dont celui de la diffamation – est sa nature dynamique.

A. Évolution des principes et valeurs juridiques

Le droit de la diffamation vise à concilier au moins trois principes juridiques et valeurs sociales d'envergure : la liberté d'expression, la réputation, le respect de la vie privée. L'atteinte à la réputation par exemple peut entraver la liberté d'expression. Une personne dont la réputation est attaquée et qui s'exprime en public sera moins susceptible d'être entendue ou crue. À l'autre bout du spectre, la censure gêne le libre échange des opinions, qui est nécessaire à la construction de la réputation.

La CDO estime qu'avant de débattre de la façon de concilier ces principes et valeurs, il importe de comprendre chacun d'entre eux dans sa spécificité⁸⁷.

1. Liberté d'expression

L'inscription de la liberté d'expression au paragraphe 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été un catalyseur majeur de la réforme du droit de la diffamation :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;⁸⁸

Dans son arrêt *Sharpe*, la Cour suprême du Canada cite le juge Cardozo dans *Palko v. Connecticut* : « la liberté d'expression est [traduction] « la matrice, l'élément essentiel de presque toute forme de liberté »⁸⁹. Ce droit comporte la possibilité de s'exprimer comme on l'entend, et celle d'avoir accès à des contenus exprimés par d'autres⁹⁰.

La Cour suprême a établi que trois valeurs sous-tendent le droit de s'exprimer librement en vertu du paragraphe 2*b*) de la Charte : la recherche de la vérité, l'encouragement de la diversité des formes d'enrichissement personnel et celle du débat démocratique⁹¹.

i. Enrichissement personnel

La liberté d'expression a traditionnellement été considérée comme essentielle à l'enrichissement et à l'épanouissement personnels⁹². Dans la culture occidentale, la personne est perçue avant tout comme indépendante : [TRADUCTION] « un ensemble d'attributs internes – pensées, préférences, motifs, objectifs, comportements, croyances, capacités – la définit de façon unique, lui permet d'agir, guide et oriente ses actes »⁹³. L'expression permet la révélation de ces attributs, et l'affirmation de l'individualité⁹⁴. L'expression a des répercussions majeures sur la perception de soi et le développement de l'identité⁹⁵.

ii. Faciliter la recherche de la vérité

La liberté d'expression peut se justifier en tant qu'élément essentiel du « marché des idées » - la notion que la concurrence illimitée entre les idées favorise le grand objectif de la société de comprendre la vérité⁹⁶. La recherche de la vérité est un processus, non pas un résultat, et la valeur de la liberté d'expression ne dépend pas de la vérité de ce qui est exprimé. [TRADUCTION] « Même les opinions fausses permettent de percevoir plus clairement et de mieux ressentir la vérité, grâce au choc avec l'erreur »⁹⁷. Cette notion de marché des idées, qui a été largement adoptée dans les régimes juridiques modernes, par la Cour suprême du Canada, demeure une justification indispensable pour protéger l'expression de l'ingérence de l'État⁹⁸.

iii. Favoriser le débat démocratique

La liberté d'expression est considérée comme précieuse, car elle favorise « le libre échange d'idées qui est indispensable à la démocratie et au fonctionnement des institutions démocratiques »⁹⁹. Le raisonnement se fait en deux temps. D'abord, la liberté d'expression permet le débat vigoureux de la politique et de l'action des gouvernements, renforçant ainsi la responsabilité¹⁰⁰. Ensuite, elle favorise la libre concurrence des diverses opinions politiques de l'État – en rapport avec la notion de marché des idées, favorisant ainsi l'objectif que seuls les meilleurs y arrivent.

Deux de ces valeurs – la recherche de la vérité et le débat démocratique – ont été au centre des arrêts de la Cour suprême du Canada. L'épanouissement personnel a été moins souligné dans le contexte de la diffamation, car « la réputation du demandeur peut mériter d'être protégée tout autant que l'épanouissement personnel [du défendeur] passant par l'expression exempte d'entraves »¹⁰¹.

iv. Valeurs et droits garantis par la Constitution

Les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression sont depuis dix ans à l'origine de réformes majeures de la common law en matière de diffamation. La Cour suprême a adopté le critère objectif du

commentaire loyal en tant que défense, créé la nouvelle défense de communication responsable, et appliqué de façon restrictive aux hyperliens la règle en matière de diffusion¹⁰². Ces décisions ont été prises dans le contexte d'actions en diffamation, qui relèvent du droit privé, et dans lesquelles la Charte ne s'applique pas directement¹⁰³. Il convient pourtant de souligner que toute recommandation de réforme du droit de la diffamation touchera directement la Charte, et qu'elle devra respecter le droit à la liberté d'expression garanti par le paragraphe 2b) de celle-ci.

2. Réputation

Si l'on accepte que la façon dont notre société comprend la réputation a évolué depuis le début du droit de la diffamation, il faut se poser les questions suivantes : comment a-t-elle évolué? quelle notion de réputation ce droit vise-t-il à protéger en 2017? comment doit-il traduire ces valeurs modernes?

Comme on l'a déjà vu, le critère pour établir s'il y a eu diffamation est de prouver si les propos en cause terniraient la réputation du demandeur auprès de personnes raisonnables de la société. Autrement dit, il n'existe aucun déterminant objectif d'atteinte à la réputation. Celle-ci a lieu seulement si des personnes raisonnables de la société seraient portés à croire qu'elle a eu lieu. Il n'existe pas non plus de définition de réputation qui se dégage de la jurisprudence ou de la doctrine, et qui fasse autorité. On constate un consensus général que la réputation est une notion trop nuancée pour qu'elle puisse recevoir une acception claire et universelle. De plus, les avis peuvent diverger sur qui sont les « personnes raisonnables de la société », et sur comment, après les avoir identifiées, on détermine ce qu'elles croiraient. De nombreux universitaires ont adopté les trois notions suivantes, que Robert Post a mises au point à propos de la réputation, que le droit de la diffamation vise à protéger¹⁰⁴.

i. La réputation en tant que bien

Historiquement, elle a été considérée comme un droit de propriété intangible, analogue en quelque sorte à la cote d'estime. À ce titre, elle a de la valeur, et le délit de diffamation a pour objet de permettre la réparation pécuniaire de la perte de cette valeur. On trouve toujours cette notion dans le droit de la diffamation en vigueur, surtout en cas d'actions introduites par des entreprises pour protéger de toute perte leur réputation commerciale, ou par des personnes pour protéger leur employabilité ou d'autres relations économiques¹⁰⁵.

ii. La réputation, entendue comme honneur

Selon Robert Post, la réputation entendue comme honneur s'est développée avant que l'Angleterre ne s'industrialise, quand la société y était stratifiée selon un système de classes bien définies. Le procès en diffamation était perçu comme un moyen de défendre son honneur. Cette notion est tombée en désuétude dans notre société moderne.

iii. La réputation, entendue comme dignité

Robert Post prétend que cette notion est celle qui nous touche le plus aujourd'hui. En ce cas, la fonction du droit de la diffamation est double : protéger l'appartenance de la personne à la société (« son droit d'être incluse dans les formes du respect social »), et aussi le droit de la société d'avoir des règles de civilité¹⁰⁶. Le droit de la diffamation vise alors non à défendre la dignité de la personne et le maintien de l'identité collective, mais à les rétablir¹⁰⁷.

Robert Post souligne la distinction marquée entre les deux notions qui influencent le plus la doctrine du droit de la diffamation : la réputation en tant bien et la réputation, entendue comme dignité. Il prétend que ceci explique en grande partie l'incohérence persistante du délit, puisque chaque notion témoigne d'une « représentation très différente de la vie sociale », et que « les tiraillements des hypothèses divergentes quant à la nature de la réalité sociale nuisent à la cohérence intellectuelle du droit de la diffamation »¹⁰⁸.

Des publications plus récentes prolongent l'analyse de Robert Post. David Rolph souligne le rôle des médias dans la création et dans la destruction de la réputation. Il ajoute une quatrième notion aux trois de Robert Post, celle de la réputation entendue comme célébrité¹⁰⁹. Lawrence McNamara examine la réputation par rapport au groupe, et soutient qu'il y a atteinte à la réputation quand pour le groupe, la valeur morale de la personne est diminuée¹¹⁰. David Ardia juge que la réputation est un droit social, et qu'il faut réformer le délit de diffamation, et surtout l'évaluation de l'atteinte à la réputation, afin que cette réalité soit reflétée. À l'époque d'Internet, le préjudice causé par la cyberdiffamation, dont la nature est sociale, devrait être réparé en visant l'élément social de l'atteinte à la réputation¹¹¹.

Selon David Howarth, la réputation est un droit personnel avec des notions de nature sociale :

[TRADUCTION] La souffrance individuelle que cause une menace à la société pourrait être de nature privée, mais le fonctionnement des groupes et des réseaux humains est important pour le bien-être de tous leurs membres, pas seulement pour celui de ceux menacés d'exclusion¹¹².

Le fait que, quelle que soit la façon dont sont exactement définies les valeurs qui sous-tendent la réputation, sa protection est considérée comme ayant à la fois une valeur personnelle et une valeur sociale importante est un thème récurrent de ces études théoriques de la réputation. Ce thème s'exprime aussi dans la jurisprudence. Dans *Times Newspapers v. Reynolds*, la Chambre des lords a reconnu que la réputation est importante pour l'intérêt public, car elle fonde les grandes actions des démocraties – embaucher, licencier, promouvoir, créer des partenariats d'entreprise, voter¹¹³.

Selon la Cour suprême du Canada, la réputation est liée « à la valeur et à la dignité innées de la personne », et sa protection importe tout autant que celle de la liberté d'expression¹¹⁴.

En Europe, l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* reconnaît le droit à la réputation en tant qu'élément du droit au respect de la vie privée et familiale¹¹⁵. La relation exacte entre réputation et vie privée, et le degré de leurs recoupements sont moins claires, et constituent un domaine en expansion de la jurisprudence et de la doctrine sur la Convention¹¹⁶.

Ces conceptions différentes de la réputation peuvent influencer sur le droit de la diffamation de plusieurs façons, surtout dans le critère à appliquer pour évaluer l'atteinte à la réputation, et dans le choix des mesures appropriées pour réparer celle-ci. Elles sont aussi à l'origine de questions sur qui devrait avoir qualité pour demander réparation. De façon plus générale, notre conception de la réputation influe directement sur la façon dont le droit de la diffamation concilie protection de la réputation et liberté d'expression. Chacun de ces points est abordé ci-dessous.

3. Vie privée

Un troisième principe juridique important touchant le droit de la diffamation est le respect de la vie privée. Ce n'est plus seulement le droit d'être laissé tranquille. Il s'agit d'un droit constitutionnel, considéré comme faisant partie intégrante de notre démocratie. Selon la Cour suprême du Canada,

la société a fini par se rendre compte que la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne. [...] Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. [...] L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique¹¹⁷.

La CSC a reconnu trois catégories de droit à la vie privée : celle comportant des aspects territoriaux, celle ayant trait à la personne, et celle ayant trait à l'information. Les trois font intervenir les notions essentielles de dignité et d'intégrité de la personne¹¹⁸, et la troisième « découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend¹¹⁹. Aux fins du projet, les actions pour atteinte à la vie privée avec divulgation de renseignements privés sont conceptuellement plus proches des actions en diffamation.

Les droits à la vie privée ont acquis des dimensions nouvelles à l'époque de l'Internet. La CSC les a étudiés dans *R. c. Spencer* dans le contexte des communications anonymes par Internet¹²⁰. Elle a examiné trois facettes de la vie privée en ce qui a trait aux renseignements personnels – la confidentialité, le contrôle, l'anonymat, en approfondissant la troisième. La communication anonyme elle-même n'est pas privée. Mais elle a lieu avec l'entente que l'identité de son auteur ne sera pas révélée. Le droit à la vie privée s'applique donc non seulement aux renseignements sur l'identité, mais aussi au lien entre ceux-ci et la communication anonyme.

La reconnaissance de l'anonymat en tant qu'élément de la vie privée illustre qu'il peut exister de nombreux droits à la vie privée dans l'espace public. Il y a dans certaines activités publiques une attente raisonnable « d'être observé fortuitement », mais « nous aurions par contre toutes les raisons d'être choqués par des regards insistants », ou autrement dit, « mais nous cherchons plutôt à passer inaperçus »¹²¹. Ceci peut être pertinent pour apprécier la prépondérance des droits dans les communications anonymes prétendues diffamatoires.

L'Union européenne ayant reconnu que la vie privée est un droit de la personne, les questions la concernant interviennent de plus en plus en droit de la diffamation¹²². Le droit à la vie privée demeure toutefois notionnellement distinct de la réputation. Le droit de la diffamation protège notre facette publique, et les actions pour atteinte à la vie privée visent à protéger notre facette privée¹²³.

En pratique, vie privée et réputation sont souvent intimement liées, toutes deux tentant peut-être le même équilibre avec la liberté d'expression¹²⁴, et pouvant être invoquées à propos des mêmes faits¹²⁵.

Les droits à la vie privée sont applicables à divers moments de l'analyse visant à établir une revendication de diffamation et à présenter une défense. L'attente raisonnable de respect de la vie privée est applicable par exemple pour le critère de l'intérêt public et l'évaluation des facteurs requis pour exercer la défense de la communication responsable¹²⁶.

Les principes et valeurs juridiques discutés ici, la liberté d'expression, la réputation et la vie privée doivent inspirer toute réforme du droit de la diffamation. La section qui suit traite de l'incidence des technologies sur celui-ci.

B. Évolution des technologies et des contextes sociaux

1. Technologies et droit de la diffamation – passé, présent, avenir

Depuis des siècles, le droit de la diffamation évolue pour s'adapter aux nouvelles techniques de communication à mesure de leur apparition, celle de l'imprimerie par exemple au 15^e siècle à celle de la diffusion et des télécommunications au début du 20^e siècle. En Angleterre par exemple, une modification législative de 1888 étend la protection de l'immunité relative aux journaux publiant des articles d'intérêt public avant que leur exactitude ne puisse être vérifiée¹²⁷, et dans les années 1940, le Comité Porter recommande d'élargir la définition de « journal » afin de protéger une plus grande diversité de publications et de tenir compte « des changements sociaux économiques et politiques des 60 dernières années »¹²⁸. Lors de son invention, des modifications législatives ont établi que la radiodiffusion serait traitée en tant que libelle plutôt que de diffamation verbale¹²⁹. Des modifications de même nature ont été recommandées lors de l'apparition de la télévision par câble¹³⁰.

Comment l'apparition d'Internet dans les années 1980 s'articule-t-elle avec la longue liste des avancées techniques? Comment le droit de la diffamation devrait-il réagir? On considère parfois qu'Internet n'est qu'un nouveau jalon de la longue histoire de l'évolution de la communication humaine¹³¹, ce qui témoigne d'une conception conservatrice de la réforme du droit. Si la différence entre Internet et les techniques qui l'ont précédé est seulement de degré et non de nature, peut-être que la réforme du droit doit être plus limitée. On prétend aussi qu'Internet a mené les communications humaines dans une tout autre sphère. Sa constellation d'éléments technologiques a suscité une nouvelle forme de langage avec des conséquences sociales considérables. Le corollaire logique est que la réforme du droit de la diffamation devrait partir des principes de base et être ouverte à des solutions juridiques nouvelles.

Il se peut qu'Internet ait tellement changé la nature du langage ou celle de la réputation que le cadre juridique classique pour comprendre le droit de la diffamation et les voies judiciaires de recours pour réparer celle-ci ne correspondent plus à leurs objectifs. Selon Matthew Collins, [TRADUCTION] « presque toutes les notions et toutes les règles du droit de la diffamation sont à revoir au regard d'Internet »¹³².

2. L'expression sur Internet – ses sources

Protéiforme, Internet est un ensemble de protocoles qui permettent à des ordinateurs de communiquer entre eux. Cette capacité a permis aux usagers d'élaborer des plateformes, des techniques et des interactions extrêmement variées, et de nouveaux protocoles sont régulièrement conçus pour l'élargir. Internet inclut outre le World Wide Web, le courrier électronique, les réseaux sociaux et les réseaux de pairs pour échanger des dossiers (Google Groups par exemple). Les fonctions de certaines plateformes se chevauchent : Reddit par exemple est un réseau social et un site d'informations.

On peut classer les plateformes permettant de s'exprimer en ligne en quatre catégories :

- le courrier électronique et la communication analogue comme la messagerie instantanée,

- les sites Web, les billets sur les babillards, les blogues, les réseaux sociaux,
- l'hypertexte : à la fois les liens et la trame¹³³,
- l'indexage de contenus Web dans une forme particulière – résultats de moteur de recherche par exemple¹³⁴.

Les actions en diffamation peuvent porter sur des propos issus de n'importe laquelle de ces plateformes.

Les sites des réseaux sociaux fonctionnent selon des formats fort divers, ce qui a des répercussions diverses pour le droit de la diffamation. L'atteinte à la réputation causée par un message diffamatoire sur Facebook peut sembler très différente de celle que causera le même message affiché sur Twitter ou Snapchat. Facebook fonctionne avec des noms réels, de sorte que le demandeur pourra identifier le diffamateur présumé et si telle est son intention, introduire une action civile. En revanche, les billets sur Twitter et Snapchat sont souvent anonymes, ce qui complique beaucoup une intention d'aller en justice. La portée possible de l'atteinte à la réputation variera aussi. La diffusion des billets diffamatoires sur Facebook sera plus ou moins large, selon qu'elle est publique ou limitée aux « amis » du détenteur du compte, selon le nombre d'amis, celui des amis des amis, etc.¹³⁵. Les gazouillis de Twitter sont par contre publics. Aucun réglage touchant la vie privée n'existe pour restreindre le nombre des lecteurs possibles (même s'il est possible de cibler l'envoi de messages dans Twitter). Snapchat est encore différent, les photos disparaissant de l'écran après quelques secondes, ce qui restreint les possibilités de porter atteinte à la réputation (même si en réalité les images ne disparaissent pas forcément)¹³⁶.

Jusqu'à présent, Internet a été traité dans la jurisprudence canadienne sur la cyberdiffamation comme un phénomène uniforme, doté d'un pouvoir inouï de porter préjudice à la réputation. On a prétendu que jusqu'à tout récemment, les tribunaux ont protégé indûment le droit à la réputation, au détriment de la liberté d'expression, simplement parce qu'ils connaissent peu les technologies et sont mal à l'aise avec leurs pouvoirs potentiels¹³⁷. Cependant, Internet est encore jeune, et les tribunaux commencent à mieux en saisir les technologies.

3. L'expression sur Internet – ses attributs

Plusieurs qualités particulières de l'expression sur Internet, ensemble, ont des incidences majeures sur la façon dont sont appliqués les principes du droit de la diffamation¹³⁸. Elle a les qualités suivantes :

- géographiquement indéterminée;
- rediffusée facilement et instantanément;
- transmise par des intermédiaires;
- reliée par des hyperliens;
- transmise en différents formats;
- accessible indéfiniment¹³⁹.

Quelques-unes de ces qualités sont discutées ci-après.

i. Portée géographique

Internet « permet aux consommateurs de communiquer instantanément avec une vaste audience potentiellement mondiale »¹⁴⁰. Contrairement à l'expression dans le monde réel, l'expression en ligne est bien moins limitée pour rejoindre son audience. La proximité physique n'est pas obligatoire pour s'exprimer par Internet. L'accès à l'information ne dépend pas de l'accès à des dépôts physiques (bibliothèques publiques par exemple). La portée géographique d'Internet permet de s'exprimer et de rejoindre une audience bien plus large qu'on pouvait le faire traditionnellement, au-delà des frontières.

ii. Rapidité et portée

L'expression par Internet peut être diffusée instantanément à une audience large. Elle peut être facilement transmise, relayée par hyperlien, sa portée dépassant alors son contexte immédiat. Des propos tenus sur Internet ont tendance à se propager comme l'éclair, avec rapidité et partout sur Internet. D'autres modes de communication – téléphone mobile, télévision en direct – permettent de communiquer instantanément, mais à une échelle moindre, et pas dans les deux sens.

iii. Intermédiaires

La communication par Internet se fait nécessairement par des intermédiaires. Ceux-ci sont les sentinelles, qui contrôlent le flux de l'information à mesure qu'elle se déplace de son expéditeur à son destinataire¹⁴¹. Voici des exemples d'intermédiaire.

- Les fournisseurs de services Internet – Rogers Communications, Bell Internet – apportent l'infrastructure physique par laquelle la communication par Internet doit transiter pour passer d'un ordinateur à l'autre¹⁴². Ils mettent souvent en mémoire cache¹⁴³ certains types de contenu afin qu'ils soient plus facilement transmis aux usagers¹⁴⁴. Il faut distinguer les FSI des câbles, des satellites et des nœuds centraux qui sont à la base des transmissions mondiales de signaux, ainsi que des registraires et des administrateurs de domaine qui travaillent à l'adressage.
- Les moteurs de recherche – Google, Yahoo – indexent le contenu pour répondre à des recherches et le présentent dans un ensemble d'hyperliens classés. On a comparé Internet à une bibliothèque¹⁴⁵. Si l'analogie est correcte, les résultats des moteurs de recherche sont le catalogue par cartes qui permet de localiser du contenu spécialisé.
- Les hébergeurs de contenu font fonctionner des tableaux de message, des blogues par exemple, grâce auxquels leurs abonnés peuvent exprimer des avis et échanger des idées.

Les intermédiaires ne sont pas propres à l'architecture d'Internet. Dans le monde physique, on peut s'exprimer et recevoir des idées par des intermédiaires classiques – opérateurs de télévision, presse écrite. Toutefois, ceux de l'Internet exercent en général moins de discrétion rédactionnelle, voire aucune, sur le contenu qu'ils diffusent¹⁴⁶. C'est une question de capacité (étant donné le volume des contenus Internet) et de choix.

iv. Anonymat

Il est beaucoup plus facile de s'exprimer de façon anonyme sur Internet que dans la réalité physique¹⁴⁷. Des commentaires anonymes sont fréquemment affichés notamment sur les blogues, les babillards. Des

sites Web fonctionnent selon l'hypothèse de l'anonymat. Il peut être virtuellement impossible de retracer des commentaires anonymes affichés à partir d'un ordinateur public (cybercafé, bibliothèque par exemple) pour retrouver leur auteur¹⁴⁸. Il existe des services d'hébergement qui permettent d'établir et d'entretenir des sites Web sans divulguer de renseignements permettant l'identification¹⁴⁹.

La diffusion anonyme est plus difficile dans la réalité physique. Il faut souvent indiquer de tels renseignements pour communiquer en chair et en os, ce qui est en revanche inutile en ligne, du simple fait de l'architecture d'Internet¹⁵⁰.

v. Permanence

Une fois affichée, l'expression sur Internet y demeure en permanence, facilement accessible aux autres. Le caractère permanent de l'information n'est pas propre à Internet – des bibliothèques stockent parfois de vastes archives d'ouvrages, de journaux, de magazines. En revanche, l'accès à de telles archives est souvent limité¹⁵¹. L'association de permanence et d'accessibilité, propre à Internet, confère à l'expression en ligne une pérennité qui n'existe pas dans les autres médias.

La CDO s'interroge plus loin sur la façon dont le droit devrait régir des aspects spécifiques des communications par Internet.

C. La société connectée

Le changement technologique que constitue Internet a eu des répercussions sur la façon dont nous comprenons les groupes et dont nous y participons. Selon Manuel Castells, nous sommes passés à une société connectée, caractérisée par l'individuation. Alors que nos groupes se définissaient autrefois par notre situation physique, des groupes peuvent désormais se constituer individuellement en ligne, sur la base d'intérêts, de valeurs et de projets communs¹⁵².

Ceci a de fortes incidences sur la réforme du droit de la diffamation. En dépit de l'ubiquité qui prévaut sur Internet, le délit de diffamation demeure ancré dans les normes sociales de groupes spécifiques. Internet ayant estompé les frontières entre les groupes, il devient difficile pour les tribunaux de définir un ensemble cohérent de règles sociales afin d'évaluer si une déclaration présumée diffamatoire leur a porté atteinte. En ce sens, le droit de la diffamation en vigueur s'est mal scindé, tentant de s'adapter à ces nouvelles technologies mondiales tout en demeurant fidèle aux normes et aux valeurs locales.

La société connectée touche à la fois la façon dont nous comprenons les groupes et celle dont nous y participons; elle touche aussi nos modes de communication. Selon Castells, le processus est passé [TRADUCTION] « d'un message envoyé de façon peu interactive par son auteur à de nombreux destinataires, à des messages envoyés par de nombreux auteurs à de nombreux destinataires, à un moment choisi, de façon interactive, de sorte que l'auteur est destinataire, et vice-versa »¹⁵³.

On examine plus loin si cette interactivité possible entre l'auteur et le destinataire crée un degré de responsabilité interne, susceptible de rendre moins nécessaire la réglementation juridique.

Il se peut que la société connectée influe sur la façon dont nous expérimentons la communication. On fait parfois état de la corrélation positive entre l'usage d'Internet et les indicateurs psychologiques du

bonheur personnel¹⁵⁴. On souligne aussi la tendance chez des usagers d'Internet de penser de façon plus étriquée, parce qu'ils absorbent moins d'informations basées sur leurs intérêts personnels¹⁵⁵.

Quand de nouvelles formes de propos préjudiciables sont apparues en ligne, on a exigé que le droit de la diffamation prévoie des mesures de réparation¹⁵⁶. Or, dans une optique plus générale, il se peut que ces changements de nos modes de communication influent sur les type de contenus diffusés sur Internet, et sur le champ d'application et l'efficacité du droit de la diffamation pour les régir.

Enfin, la société connectée est une société globale. Selon le juge Kirby de la Haute Cour de l'Australie, [TRADUCTION] « les interrelations que crée Internet existent en dehors des frontières géographiques classiques, et forment un corpus unique de données interconnectées »¹⁵⁷. L'augmentation des problèmes juridiques communs entre les pays est une conséquence de ce phénomène, de même que le fait que les tribunaux soient de plus en plus saisis de questions de droit international privé. La récente réforme britannique du droit de la diffamation a été en partie motivée par l'inquiétude que le Royaume-Uni était en train de devenir une destination prisée en cas de recherche du ressort le plus favorable¹⁵⁸. Des avocats de la Colombie-Britannique ont exprimé la même inquiétude¹⁵⁹. Il s'agit ici de savoir comment un degré d'harmonisation du droit dans les différents ressorts pourrait être obtenu.

1. Les médias à l'époque d'Internet

Historiquement, le droit de la diffamation prévoit pour les médias (et d'autres qui s'expriment dans l'intérêt général) certaines protections leur garantissant qu'ils peuvent exercer leur fonction de rendre compte dans l'intérêt général. Internet toutefois, qui permet à tout un chacun de rendre compte et de commenter dans l'intérêt général, met en cause la distinction classique entre les défenseurs appartenant aux médias et les autres¹⁶⁰. Internet facilite la diffusion rapide des articles, des images, des vidéos sur l'actualité sociale et politique de toute sorte, depuis les scandales des personnalités aux abus commis par la police. Ces contenus viennent surtout de citoyens ordinaires, pas des journalistes professionnels¹⁶¹.

En octobre 2011, il y avait 173 millions de blogues sur Internet¹⁶². Probablement que tous ne rendaient pas compte de sujets d'intérêt public, mais ceux qui le faisaient brouillaient de plus en plus ce qui délimite le journalisme professionnel.

Dans son examen empirique des actions en diffamation au Canada, Hilary Young a constaté que la proportion de celles impliquant des diffusions de médias classiques (par opposition à celles qui ne sont pas journalistiques) a été bien inférieure entre 2000 et 2010, par rapport aux années 1970¹⁶³. À présent, le défendeur dans une action en diffamation peut tout aussi bien être une personne physique qui blogue, gazouille ou trolle comme un organe de presse établi.

Pourtant, plusieurs distinctions entre les médias classiques et les blogueurs s'exprimant dans l'intérêt général sont peut-être pertinentes. Au premier chef, les médias classiques sont assujettis à des mécanismes sur la responsabilité – code de déontologie, conseils de presse, que n'a pas le journalisme citoyen¹⁶⁴. Ces mécanismes font que l'on s'attend à ce que les articles de la presse classique soient exacts. Le journalisme citoyen est en partie apprécié pour d'autres qualités. Selon un blogueur, la distinction est la suivante :

[TRADUCTION] La culture du journalisme classique, avec ses valeurs – exactitude, vérification avant diffusion, équilibre, impartialité, fonction de sentinelle – s’oppose à celle du journalisme citoyen qui insiste sur l’immédiateté, la transparence, la partialité, le journalisme non professionnel, la rectification après diffusion¹⁶⁵.

On doit se demander dans la réforme du droit de la diffamation s’il convient, étant donné cette nouvelle déontologie des médias numériques, d’élargir aux blogueurs et journalistes citoyens les avantages que la *Loi sur la diffamation* garantit aux journaux et aux diffuseurs en matière de procédure.

2. La difficulté de prévoir les technologies

Même s’il faut tenir compte des qualités propres à l’expression par Internet pour concevoir des réformes efficaces du droit de la diffamation, la CDO a bien conscience que les technologies évoluent trop rapidement pour que l’on puisse prévoir ce dont les cybercommunications seront faites à l’avenir. Robert Danay préconise de ne plus suivre la tendance bien établie d’élaborer des principes de droit de la diffamation à propos du moyen qui véhicule le propos diffamatoire¹⁶⁶. Il se demande comment un délit, déjà désuet il y a plus de 100 ans, peut absorber les avancées technologiques fulgurantes des 40 dernières années et celles de l’avenir. La remarque est juste, et la CDO cherche à formuler des recommandations qui soient neutres au regard des technologies, reconnaissant que même si sa transmission se fait par des moyens technologiques, la cybercommunication concerne toujours les gens, leurs relations, leurs droits – et leur réputation.

Questions à aborder

2. Une réforme de la législation concernant la diffamation en Ontario pourrait-elle ou devrait-elle distinguer entre ce qui suit, et si oui, de quelle façon?

- a. les communications classiques, et celles qui se font par Internet,
- b. l’atteinte à la réputation classique, et celle qui est commise sur Internet,
- c. les diverses formes de communications par Internet,
- d. les diffuseurs classiques, les blogueurs, les journalistes de la société civile et autres diffuseurs par Internet.

3. Existe-t-il des technologies nouvelles ou des problèmes auxquels la CDO devrait réfléchir dans son analyse de l’incidence d’Internet sur la diffamation? De quels éléments devrait-elle tenir compte pour garantir la pertinence de ses recommandations à mesure des changements technologiques?

D. La diffamation à l’époque d’Internet

La CDO revient sur les principes et valeurs à la base du droit de la diffamation, et examine comment l’évolution des technologies et des conditions sociales les a touchés, touchant par là même toute réforme du droit de la diffamation.

1. La liberté d'expression à l'époque d'Internet

L'innovation dans les technologies de communication influence forcément la liberté d'expression, et ce, jamais autant que depuis les débuts d'Internet. Selon Jack Balkin,

[TRADUCTION] [...] les décisions les plus importantes touchant l'avenir de la liberté d'expression ne relèveront pas du droit constitutionnel; elles porteront sur des conceptions techniques, la législation, la réglementation administrative, la formation de nouveaux modèles d'affaire et les activités collectives des usagers¹⁶⁷.

On examine ci-après comment les qualités de l'expression par Internet touchent notre façon de comprendre la valeur de la liberté d'expression.

i. L'expression sur Internet est relativement accessible

Les obstacles financiers ou physiques la limitent en général moins que celle en format classique. Le coût de celle-ci peut être élevé dans la réalité physique. Il existe des moyens à faible coût, mais leur diffusion est souvent restreinte¹⁶⁸. Les normes de diffusion adoptées par les organes de presse classiques limitent aussi les possibilités d'expression à grande échelle pour les personnes défavorisées¹⁶⁹. Ces dernières ont plus de mal à accéder à l'information dans des lieux physiques – bibliothèques par exemple¹⁷⁰. Par rapport à l'expression en format classique, celle par Internet permet à de vastes segments de la société d'exprimer leurs opinions, de participer à des débats et d'accéder à l'information, pour un coût modique¹⁷¹.

Ceci a des répercussions majeures pour les types d'actions mettant en cause les principes du droit de la diffamation en vigueur. Historiquement, les demandeurs ont invoqué celui-ci pour répondre à des propos tenus par des médias ou par d'autres ayant les moyens de diffuser en format classique. Ces actions étaient plus susceptibles de « valoir » leurs frais. On remarque à présent, outre les revendications classiques de personnalités alléguant par exemple qu'un article de presse dépasse les limites du journalisme responsable, un nombre croissant d'actions découlant de différends personnels qui se règlent dans les médias sociaux. Une plus grande diversité de personnes pouvant désormais s'exprimer en ligne sur des sujets plus variés, le droit de la diffamation doit être assez souple pour s'adapter à cette nouvelle donne.

ii. L'expression sur Internet peut être assujettie à des normes sociales différentes

Les normes sociales qui limitent l'expression sur Internet diffèrent parfois de celles qui s'appliquent à l'expression dans la réalité physique. En partie du fait de la facilité de l'anonymat sur Internet, l'expression en ligne peut être plus ciblée, plus hargneuse, plus outrancière que celle dans la réalité physique¹⁷². Des normes communes touchant l'expression acceptable peuvent apparaître dans les forums en ligne, et les auteurs qui y contreviennent peuvent encourir diverses sanctions – critiques, blocage de leurs messages, suppression de leur compte¹⁷³. Il est d'autant plus difficile de définir les normes sociales pertinentes pour évaluer l'atteinte à la réputation et d'appliquer le critère en vigueur concernant le sens diffamatoire que sur Internet, les normes varient selon le lieu, et sont susceptibles d'évolution rapide dans le temps. Pour réformer le droit de la diffamation, il convient de tenir compte de ces normes et de ces attentes en évolution.

iii. L'expression sur Internet favorise la recherche de la vérité et le débat démocratique. Internet permet un « marché des idées » d'une dimension et d'une variété inouïes, ce qui favorise indéniablement la recherche de la vérité, en renforçant la concurrence des idées et des opinions extrêmement diverses¹⁷⁴. L'anonymat donne la possibilité de renforcer ces tendances, en ce qu'il encourage les personnes à exprimer des opinions impopulaires. Des bases de données comme Wikipedia, des moteurs de recherche comme Google, les hyperliens permettent de puiser avec méthode dans une inépuisable source d'informations¹⁷⁵. Ces services et ces activités permettent de mieux appréhender le savoir *existant*, ce qui est un élément essentiel de la « recherche de la vérité ». En facilitant l'accès aux renseignements des pouvoirs publics et à la législation, Internet renforce la responsabilité, et permet de prendre des décisions éclairées dans les élections, ce qui favorise le débat démocratique¹⁷⁶.

En revanche, la nature des cybercommunications peut gêner la « recherche de la vérité », de diverses façons. Parfois, leur rapidité n'incite pas à vérifier les faits¹⁷⁷. La façon dont on comprend la véracité et la fausseté est peut-être plus compliquée sur Internet. On apprécie des bases de données comme Wikipedia, qui sont éditées entre collaborateurs, en s'en remettant à leur vérité. Dans la réforme du droit de la diffamation, qui se définit par la distinction entre le vrai et le faux, il importe de tenir compte de l'évolution de notre relation avec ces notions. Il importe aussi de reconnaître que la protection de l'anonymat comporte des avantages tout autant que des inconvénients.

Le rôle de l'expression sur Internet pour promouvoir les valeurs à la base de la liberté d'expression est fonction de l'accès aux intermédiaires – FSI, hébergeurs de contenu, moteurs de recherche : la responsabilité de l'intermédiaire est donc un point essentiel pour la réforme du droit de la diffamation. Les intermédiaires peu enclins à prendre des risques peuvent être tentés de retirer du contenu sans attendre que la justice se prononce sur sa légalité, bridant par là d'emblée la liberté d'expression¹⁷⁸. Voilà pourquoi les valeurs à la base de la liberté d'expression participent de chaque aspect du processus de réforme.

iv. Comment le droit devrait-il réagir/s'adapter à l'expression sur Internet? (Le peut-il?) Les tribunaux éprouvent de la difficulté à réinterpréter la liberté d'expression à l'époque de l'Internet, et celle-ci est d'ailleurs le cheval de bataille de nombreux défenseurs d'Internet. On a même affirmé qu'il n'est plus possible de régir correctement la liberté d'expression à l'ère d'Internet¹⁷⁹. Ceux qui ne sont pas d'accord et pensent qu'une forme de réglementation de l'expression sur Internet est possible et même essentielle ne s'entendent pas sur le point de savoir s'il faut des règles juridiques distinctes¹⁸⁰. Selon les uns, l'expression en ligne constitue « le meilleur des mondes », et à ce titre, nécessite souvent une analyse juridique différente de celle applicable à l'expression de forme classique¹⁸¹. C'est ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les facteurs à prendre en compte pour déterminer les dommages-intérêts en cas de cyberdiffamation sont à examiner « au regard de l'ubiquité, de l'universalité et de l'utilité d'Internet »¹⁸². De même, la Cour suprême du Canada prévient qu'il faut « éviter une application formaliste de la règle traditionnelle en matière de diffusion¹⁸³ » à l'hypertexte, étant donné l'importance de l'activité pour la libre circulation de l'information en ligne.

Selon les autres, le droit ne devrait pas traiter l'expression sur Internet de façon différente. Le juge de cour d'appel (États-Unis), Frank Easterbrook, a affirmé qu'il n'y a pas plus de droit du cyberspace qu'il n'y avait un droit du cheval à l'époque de la traction et de l'agriculture hippomobiles¹⁸⁴. Ce point de vue ne fait certes pas l'unanimité chez les juristes contemporains, mais quelques universitaires s'efforcent de réorienter la jurisprudence portant sur l'expression sur Internet vers *son contenu* plutôt que vers *son mode* de transmission¹⁸⁵. Selon ce point de vue, les généralisations sur Internet ont des conséquences négatives sur l'équilibre délicat nécessaire dans la plupart des actions portant sur l'expression sur Internet¹⁸⁶. Ce point sur la démarche à adopter pour la réforme du droit de la diffamation à l'époque d'Internet est l'un de ceux qui fondent le processus de consultation de la CDO.

Questions à aborder

4. En quoi varie, à l'époque de l'Internet, notre compréhension du droit à la liberté d'expression, et celle des enjeux ou des attentes à son égard? Le cas échéant, quel en est le sens pour une réforme de la législation concernant la diffamation en Ontario?

5. Notre compréhension de la vérité et de la fausseté a-t-elle changé depuis l'avènement d'Internet? En quoi cela influe-t-il sur une réforme de la législation concernant la diffamation en Ontario?

2. La réputation à l'époque d'Internet

Internet a changé la façon dont la société comprend la réputation¹⁸⁷. L'une des principales raisons de l'existence des médias sociaux et de leur popularité est leur capacité d'influer sur la réputation, soit en la rehaussant (usagers de Facebook affichant des renseignements soigneusement conçus pour qu'on les perçoive favorablement), soit en lui nuisant (dénonciateurs militants). En ce sens, la réputation est la grande monnaie d'échange chez les médias sociaux. Elle intervient plus explicitement encore dans les sites publiant des avis en ligne – TripAdvisor, HomeStars par exemple, dont le seul objet est l'échange de renseignements sur la réputation.

De par l'effet de démocratisation qui est celui d'Internet, la réputation ne respecte plus forcément la hiérarchie des sociétés du monde réel. Les cybercommunications peuvent déstabiliser les réputations. À mesure qu'il devient possible pour un plus grand nombre de diffuser des informations sur une personne, celle-ci peut exercer moins de contrôle.

La cybercommunication peut décontextualiser la réputation. Celle-ci se comprend dans le contexte des normes sociales et culturelles du groupe des personnes visées, et dans celui du diffuseur. L'information diffusée en ligne, puis rediffusée, peut être déformée quand elle est sortie de son contexte¹⁸⁸. De plus, nombreuses sont les personnes à avoir plusieurs identités sur Internet, et donc, plusieurs réputations.

On se préoccupe de plus en plus de la valeur commerciale de la réputation à l'époque d'Internet. Selon une enquête de 2012 de *World Economics*, plus de 25 % de la valeur marchande des entreprises est en moyenne directement attribuable à leur réputation¹⁸⁹. Elles considèrent que le risque lié à celle-ci est une question stratégique, et même leur risque stratégique majeur :

[TRADUCTION] « la réputation de l'entreprise doit être gérée comme un bien précieux, et protégée comme si c'était une question de vie ou de mort, car pour l'entreprise et pour la carrière, c'est exactement ça »¹⁹⁰.

Ce ne sont pas seulement les sociétés dont la réputation a une valeur commerciale ou économique. Il faut se préoccuper de construire sa « marque » quand on débute dans sa carrière ou quand on cherche du travail.

Il existe plusieurs options pour contrôler ou minimiser l'atteinte à la réputation sur Internet, outre celle d'aller en justice. On peut d'abord demander au propriétaire du site de retirer le contenu diffamatoire, conformément à ses directives d'affichage. C'est l'option que préfèrent souvent les jeunes¹⁹¹. On peut aussi gérer sa réputation en ligne de façon dynamique, dans les médias sociaux, en contrôlant les paramètres sur sa vie privée ou en utilisant une fausse identité par exemple¹⁹². Un secteur de gestion de la réputation en ligne s'est développé, qui propose des services spécialisés dynamiques de gestion de celle-ci et s'il y a lieu, de l'atteinte à la réputation.

De nombreuses entreprises gèrent de façon dynamique leur réputation en ligne – elles surveillent les médias sociaux (écoute « sociale »), elles font appel à des technologies d'analyse et de surveillance de la marque¹⁹³. Elles s'appuient de plus en plus sur des services de gestion de la réputation en ligne pour lutter contre les propos diffamatoires de toutes sortes. Il s'agit souvent alors de créer des contre-histoires positives hyperliées, de sorte que l'hypertexte préjudiciable se trouve noyé loin tout en bas des résultats de recherche, et ainsi moins susceptible d'être vu.

On peut prévoir qu'à mesure que l'on connaît mieux Internet et que grandit la nouvelle génération de ses usagers, on comprendra de façon plus pointue les risques que posent les médias sociaux pour la réputation, et on saura gérer sa réputation avec plus d'efficacité et en permanence¹⁹⁴. Si ces prévisions s'avèrent exactes, on fera moins appel à des outils juridiques tels que le droit de la diffamation.

3. La vie privée à l'époque d'Internet

Les normes sociales relatives à la vie privée ont radicalement changé avec le développement des médias sociaux – Facebook, Twitter, et l'omniprésence des téléphones intelligents, de leur appareil photo et de leur caméra¹⁹⁵. La diffusion en ligne de comportements considérés autrefois comme privés a de lourdes conséquences sur la réputation. Daniel Solove commente la situation dans *The Future of Reputation* :

[TRADUCTION] Nous nous orientons vers un monde dans lequel une longue série d'informations fragmentaires nous concernant sera conservée pour toujours sur Internet, et affichée instantanément dans une recherche sur Google. Dès notre enfance, il nous faudra vivre avec un dossier détaillé et définitif, qui nous suivra où que nous allions, dans lequel on pourra fouiller et qui sera accessible n'importe où dans le monde. Il se peut souvent que ces données ne soient pas fiables, qu'elles soient fausses et diffamatoires, ou bien exactes mais profondément humiliantes et avilissantes. [...] Ce dossier influera notamment sur notre capacité de définir notre identité, d'obtenir du travail, de participer à la vie publique¹⁹⁶.

La distinction entre les notions se rapportant à la vie et ceux se rapportant à la réputation s'est estompée dans la réalité virtuelle. La réputation peut être atteinte tout autant par la diffusion de propos exacts (ce qui viole le droit à la vie privée) que par celle de propos faux (diffamation).

Pour la personne lésée comme pour l'usager ultime qui lit les déclarations en ligne, que ceux-ci soient exacts ou faux est sans pertinence, car ils peuvent acquérir une existence propre :

[TRADUCTION] Sur Internet, nous vivons constamment dans un univers irréel, entre réalité et fiction. Nous sommes souvent confrontés à des informations auxquelles nous ne pouvons nous en remettre complètement. Dans cet univers où il est difficile de distinguer le vrai du faux, les rumeurs et la diffamation peuvent facilement se répandre, et Internet peut servir d'outil puissant pour lancer des attaques malveillantes contre les personnes et contre les idées¹⁹⁷.

Plusieurs catégories juridiques ont été créées pour traiter les formes de préjudice en ligne combinant réputation et droit au respect de la vie privée. La cyberintimidation, la propagande haineuse, l'atteinte à la vie privée, le harcèlement en ligne, le droit à l'oubli notamment peuvent faire intervenir des droits de similaires à ceux que protègent le droit de la diffamation. Les demandeurs dont la réputation a été entachée par des propos tenus en ligne sont peu susceptibles de comprendre les étiquettes juridiques spécifiques dont les avocats se servent pour expliquer leur affaire, et de s'en soucier. Le rôle de la vie privée en droit de la diffamation est à appréhender dans ce contexte plus vaste.

Question à aborder

6. Le droit à la réputation ou à la vie privée, les enjeux ou les attentes à leur égard diffèrent-ils à l'époque d'Internet? Le cas échéant, quel en est le sens pour une réforme de la législation concernant la diffamation en Ontario?

IV. DIFFAMATION – LE CRITÈRE JURIDIQUE

Le critère pour prouver la diffamation est bien établi. Le demandeur doit prouver trois éléments :

- 1) les mots en cause ont un sens diffamatoire,
- 2) ils visent le demandeur,
- 3) ils ont été diffusés à des tiers.

Il faut que les propos soient faux, et qu'ils aient été présumés faux de prime abord. Le défendeur peut invoquer la défense de la justification en établissant la véracité des propos. Il est de plus présumé qu'ils ont porté atteinte à la réputation du demandeur, sauf preuve contraire par le défendeur.

Celui-ci dispose de divers moyens de défense. Quand l'expression a eu lieu dans l'intérêt général, ceux de l'immunité relative, du commentaire loyal ou de la communication responsable sont applicables.

Pour la plupart établis depuis longtemps, ces éléments du critère relatif à la diffamation sont cités dans une abondante jurisprudence, qui depuis des siècles les interprètent et les appliquent à d'innombrables affaires. La CDO ne se propose pas d'analyser les nuances des éléments spécifiques du délit. Aux fins de son projet, elle se préoccupe en revanche de l'équilibre général obtenu grâce à ces éléments entre protection de la réputation et liberté d'expression, ainsi que de la façon dont ces éléments réussissent à fonctionner dans le contexte de la cybercommunication.

Les éléments du critère relatif à la diffamation contribuent tous à concilier le droit du demandeur de protéger sa réputation, et celui du défendeur de s'exprimer librement. Comme dans le jeu du Mikado, il est difficile d'isoler un élément en vue de réformer le droit sans déséquilibrer l'ensemble. La responsabilité stricte qui qualifie la diffamation, la présomption de préjudice et celle de fausseté abaissent par exemple le seuil de preuve du délit. Ils permettent au demandeur de constituer une preuve sans avoir à établir que le défendeur a agi avec négligence ou qu'il y a réellement eu un préjudice consécutif aux propos diffamatoires ou que ceux-ci sont faux. Inversement, la défense de l'immunité relative et celle du commentaire loyal ont été formulées pour pondérer ce seuil peu élevé. Elles protègent le défendeur dans les cas où l'intérêt de la société à ce que l'on puisse s'exprimer librement prime sur la protection de la réputation, et où la responsabilité est jugée inappropriée.

L'inscription du droit à la liberté d'expression au paragraphe 2*b*) de la Charte a conduit la Cour suprême du Canada à revoir l'équilibre que permettent d'obtenir ces éléments du délit¹⁹⁸. Elle a renforcé ces dix dernières années la défense de commentaire loyal, et créé celle de la communication responsable, son objet explicite étant de mettre plus de poids du côté de la liberté d'expression, pour mieux la protéger.

La CDO réexamine dans son projet l'équilibre entre réputation et liberté d'expression. Il faut tenir compte de l'incidence de toute réforme éventuelle d'un élément particulier sur l'équilibre que permet d'obtenir l'ensemble des éléments.

La CDO analyse ici comment fonctionnent les éléments du délit quand on les applique aux nouvelles formes de communication diffamatoire que rend possible Internet. Bien avant l'adoption de la Charte et l'avènement d'Internet, le droit de la diffamation était déjà considéré comme irrationnel¹⁹⁹. Les

changements sociaux et technologiques survenus depuis quarante ans ont déstabilisé davantage encore ce droit déjà instable. On peut considérer que ce sont là des conditions idéales de réforme du critère relatif à la diffamation. Or, les éléments qui le constituent sont établis depuis longtemps. Il peut ne pas être pratique ou conseillé de les modifier, ou que la législation ontarienne s'écarte beaucoup de celle des autres provinces et des autres États de common law. La CDO examine ici les éléments constitutifs du critère relatif à la diffamation, ainsi que la façon dont l'évolution de la Charte et celle de l'Internet devraient influencer sur les réformes du droit possibles.

A. Le sens diffamatoire

On débat de la définition de « diffamation » et de sa portée depuis presque aussi longtemps que le délit existe. La CDO se demande ici s'il faudrait réformer le critère relatif au sens de la diffamation, au regard des distinctions entre la communication classique et celle qui se fait par Internet. Internet a été qualifié de [TRADUCTION] « moyen de communication sans ordre aucun, où l'on s'exprime avec grossièreté, rudesse, hargne et emphase »²⁰⁰. Si les attentes de notre société quant à la nature de l'expression en ligne ont changé, il faut alors se demander si la définition juridique de ce qui constitue la diffamation devrait changer de la même façon. Jusqu'à présent la jurisprudence ontarienne ne reflète pas cette position²⁰¹. La CDO s'interroge si des réformes pourraient être menées dans ce domaine, ou si la common law devrait poursuivre son évolution progressive. Dans un domaine du droit qui s'appuie à ce point sur les nuances de la langue et sur le contexte dans lequel l'expression a lieu, c'est une réforme progressive par la jurisprudence qui conviendrait peut-être le mieux pour traiter ces questions²⁰².

1. Critère ancré dans le contexte

Selon la tradition, « une publication qui tend à diminuer une personne dans l'estime des membres bien pensants de la société ou à l'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule, est diffamatoire et engage la responsabilité de son auteur »²⁰³. Cette définition du sens de la diffamation est exprimée dans des termes désuets²⁰⁴. Plus récemment, le juge en chef McLachlin l'a réécrit dans l'arrêt *Grant* en remplaçant « bien pensants » par « raisonnables »²⁰⁵. Cet énoncé est plus adapté à la société moderne et à son pluralisme, mais comporte toujours quelques préjugés dans l'évaluation du segment de la société devant être considéré comme raisonnable²⁰⁶.

L'application de l'élément relatif au sens diffamatoire est compliquée. Le tribunal doit déterminer le sens à partir « de toutes les circonstances de l'affaire, dont les répercussions que les termes peuvent raisonnablement avoir, le contexte dans lequel ils sont utilisés, l'auditoire à qui ils sont destinés et la façon dont ils ont été présentés »²⁰⁷.

Le tribunal peut tenir compte de facteurs contextuels : l'auditoire connaissait-il le demandeur et le défendeur avant la diffusion? Qu'en pensait-il? Quel était l'objet des propos? Quels éléments de la situation de l'auditoire sont pertinents? Quelle a été la forme de la diffusion? Les propos ont-ils exprimé des opinions ou des faits?²⁰⁸

La jurisprudence montre qu'en pratique, on a souvent peu recours aux facteurs contextuels. En cas de propos désobligeants, les tribunaux concluent souvent à la portée diffamatoire²⁰⁹. Selon Hilary Young, ils devraient aller au-delà de la simple désobligeance, et tenir compte de facteurs indiquant la présence

réelle ou l'absence d'atteinte à la réputation. Ils pourraient ainsi pondérer au cas par cas l'équilibre entre protection de la réputation et liberté d'expression, sans nécessité de modification législative²¹⁰.

2. Quand le contexte est sur Internet

Le fait que des propos désobligeants soient été diffusés en ligne est peut-être en doctrine le facteur contextuel le plus important²¹¹, et ce, parce que la cybercommunication est qualitativement ou intrinsèquement différente de la communication sur papier. Il faut donc se demander dans le projet si la cybercommunication s'inscrit bien dans le cadre de la doctrine classique, ou si elle nécessite un nouveau cadre. Indéniablement, elle est appréhendée différemment : ces différences sont-elles compatibles avec les règles en vigueur de la common law? Ou nécessitent-elles une réforme?

La Cour d'appel de l'Ontario a soulevé la question en 2012 dans *Baglow v. Smith* en ordonnant qu'une affaire de diffamation découlant d'un blogue politique incriminant se rende à procès²¹². La décision qui en a résulté est l'arrêt de principe en Ontario sur la portée diffamatoire de la cybercommunication²¹³. Il s'agissait d'un différend entre deux blogueurs politiques notoires. Le défendeur a affiché un billet dans lequel il affirmait que le demandeur était « l'un des plus virulents partisans des Talibans ». La Cour supérieure de justice a donc dû se prononcer sur le point de décider si le billet inclinait des personnes raisonnables à estimer moins le demandeur.

La Cour supérieure de justice a nommé pour l'aider un spécialiste des médias sociaux, de la culture et des communications, le D^r Greg Elmer. Celui-ci a signalé dans son témoignage des différences majeures quant à la façon dont on comprend les communications politiques classiques et celles en ligne :

- a. les blogues sont cumulatifs. Contrairement aux nouveaux articles des médias classiques qui sont indépendants, les nouveaux billets prolongent ceux qui les précèdent. Cette accumulation fournit du contexte;
- b. les attentes des blogueurs vis-à-vis des médias sociaux et des plateformes de blogues diffèrent de celles qu'ils ont pour les médias classiques. On peut bloguer en permanence, les billets et les commentaires apparaissant en temps réel ou presque. La vitesse relative de ces communications favorise les interactions personnelles, « comme dans la vie »;
- c. les médias classiques sont réglementés par des moyens professionnels, des codes déontologiques, des lignes directrices, qui permettent un certain degré de responsabilité, ce à quoi les blogueurs ne sont pas assujettis. De nombreux blogues ont des modérateurs, mais ceux-ci limitent souvent leurs interventions;
- d. les blogueurs insèrent souvent des hyperliens vers des documents, des images et des commentaires qui fournissent du contexte à leurs billets, ce qui leur permet d'axer davantage ceux-ci sur l'opinion, le débat, le sarcasme;
- e. les blogueurs savent pertinemment que les publications politiques en ligne recherchent la confrontation. Ils attendent de l'humour, du sarcasme, de l'ironie, des propos acérés. Ces attentes sont moins courantes dans la doctrine relative aux médias classiques. (Les blogueurs n'attendent pas forcément des attaques plus personnelles, « des guerres d'insulte »);
- f. les blogueurs ont la capacité de mesurer leur popularité et leur influence dans les réponses affichées dans leurs blogues;

- g. l'interprétation des blogues se fonde notamment sur leur structure, leurs babillards, leur appartenance, leur modération, leur mission, leur histoire, la réputation des blogueurs, le contexte plus vaste des partis pris (élections, etc...);
- h. l'anonymat des blogueurs peut être pertinent pour évaluer leur crédibilité; mais ceux qui se servent de pseudonymes deviennent tout aussi crédibles que ceux qui portent leur nom;
- i. les blogues sont souvent courts, pour réduire le défilement vers le bas, et aussi en raison du rythme rapide des échanges entre blogueurs et lecteurs;
- j. on s'attend à ce que les blogueurs répondent quand leurs opinions sont contestées.

Malgré ces déclarations, la Cour a conclu que les propos du blogue étaient diffamatoires. La juge s'est inquiétée des conséquences si l'expression sur Internet devait échapper au droit à la diffamation :

[TRADUCTION] si l'on suit les observations de l'ACLC et les arguments des défendeurs jusqu'à leur conclusion logique, on conclurait, me semble-t-il, que les blogues et les babillards partisans sont peu ou pas diffamatoires²¹⁴.

On peut soutenir que le jugement *Baglow* ne tient pas suffisamment compte de la nature propre à la cybercommunication, en particulier de la nature désordonnée de la blogosphère. Il a été rendu après que Hilary Young a demandé l'application plus contextuelle du critère sur la portée diffamatoire, mais on peut se demander si c'est exactement le genre d'affaire qu'elle avait à l'esprit : « on sait que la personne bien pensante a [...] du bon sens, qu'elle est informée, qu'elle n'est pas naïve »²¹⁵.

Le jugement *Baglow* est conforme à l'arrêt *WIC Radio c. Simpson*, dans lequel la Cour suprême du Canada a conclu que les déclarations dans lesquelles un animateur radio a comparé un militant homophobe à Hitler étaient diffamatoires²¹⁶. On comprend facilement pourquoi la Cour supérieure de l'Ontario s'est sentie obligée de suivre la décision de l'arrêt *WIC Radio*. Les différences entre blogues politiques et médias classiques sont certainement évidentes, mais celles entre les premiers et les émissions de « radio poubelle » ne le sont pas autant²¹⁷.

Dans un article sur la décision *Baglow*, Spencer Keys laisse entendre qu'Internet est plus qu'un nouveau mode de diffusion de messages familiers à des audiences familières²¹⁸. Il permet selon lui une forme de débat plus démocratique dans lequel chaque réponse à des blogues, vidéos ou babillards, chaque billet est soumis au point de vue et aux modifications des autres. Ceci confère une forme de responsabilité interne à la cybercommunication, dont ne disposent pas les communications classiques. Selon Spencer Keys, la préoccupation de la juge dans *Baglow* à propos de l'expérience des lecteurs des blogues ne tient pas compte de la « communauté morale » de ceux-ci : les lecteurs peuvent répondre à leurs billets, ou rechercher d'autres données pour mettre le blogue en contexte. Elle ignore en outre le fait que ces lecteurs entrent en contact avec le blogue uniquement parce qu'ils choisissent activement de participer au babillard²¹⁹.

D'autres distinctions entre les communications par des médias classiques et celles par Internet peuvent aussi être pertinentes pour l'évaluation de la portée diffamatoire. Le contexte de propos exprimés sur Internet peut ne pas être apparent, si les propos ont été diffusés loin du groupe où ils ont été initialement téléchargés. Il est plus facile de mal interpréter des propos exprimés sur Internet car ils peuvent avoir été transmis ou gazouillés hors contexte. Un commentaire censé être une plaisanterie

entre amis peut être compris, à tort, comme une insulte. Les acronymes comme « LOL » et les émoticônes ont été créés à cette fin.

Jusqu'à présent, les tribunaux canadiens ont refusé l'argument que les blogues sont par nature différents des communications classiques, aux fins du droit de la diffamation. S'il était accepté que la liste du D^r Elmer est d'une importance majeure pour déterminer le sens diffamatoire, le critère contextuel en vigueur devra peut-être être adapté aux commentaires diffamatoires exprimés dans la blogosphère. Ceci entraînerait deux questions. Quelle est l'efficacité des mécanismes de responsabilité propres aux cybercommunications pour empêcher des communications irresponsables et préjudiciables? Dans l'hypothèse qu'une forme de réglementation juridique des blogues diffamatoires demeure souhaitable, quels éléments sont à prendre en compte pour formuler un nouveau critère, qui soit respectueux des qualités particulières de la blogosphère et continue de décourager correctement la cyberatteinte à la réputation? Il semble clair que c'est dans les cybercommunications que se livre désormais la bataille de la diffamation, et que les tribunaux canadiens – et peut-être les assemblées législatives – seront très probablement confrontés plus souvent à ces problèmes.

Questions à aborder

7. Convierait-il de réformer le critère à employer pour déterminer s'il y a un sens diffamatoire? Ou ce domaine du droit de la diffamation devrait-il continuer d'évoluer de façon progressive, dans la jurisprudence? Quels éléments devraient constituer le nouveau critère qui serait éventuellement adopté?

B. La common law relative à la diffusion

La diffusion du contenu diffamatoire par un tiers est un élément crucial pour prouver la diffamation. Même si la jurisprudence sur la diffusion est abondante et remonte au 16^e siècle, les principes juridiques demeurent confus. Une raison en est que le droit doit garder le rythme de l'évolution des techniques de diffusion, depuis l'imprimerie jusqu'à Internet. Le degré de participation des personnes à la transmission de propos diffamatoires a varié au cours des siècles, et la notion de participation est devenue essentielle pour prouver que quelqu'un est un diffuseur.

La CDO s'attache dans son projet à la façon dont le droit en matière de diffusion s'adapte à l'ère d'Internet. Jusqu'à présent, les tribunaux ont cherché à appliquer les principes en vigueur aux affaires de cyberdiffamation, en reliant la diffusion en ligne aux formes classiques de diffusion. La CDO se demande si cette démarche est suffisante ou même appropriée. La diffusion en ligne est-elle une nouvelle variante de la diffusion classique, à laquelle le critère traditionnel devrait être adapté? Ou bien est-elle suffisamment distincte pour justifier la réévaluation de ce critère?

On distingue en droit les diffuseurs primaires et les diffuseurs secondaires. Les premiers [TRADUCTION] « connaissent bien le contenu avant de le diffuser, ou peuvent le connaître facilement, ils peuvent en

contrôler et au besoin en empêcher la diffusion²²⁰. Chez les seconds au contraire, il y a un manque relatif de connaissance ou de contrôle du contenu. On examine ici le droit en matière de diffusion qui s'applique traditionnellement aux diffuseurs primaires et aux diffuseurs secondaires; on examine ensuite l'application des principes à la diffusion sur Internet par les diffuseurs *primaires*. On étudie au chapitre VII la responsabilité *secondaire* en cas de diffusion en ligne, dans le cadre de la discussion plus générale des intermédiaires de l'Internet et de la réglementation des contenus sur Internet.

1. Les catégories de diffusion

i. Diffusion primaire, diffusion par omission

En droit canadien, les propos diffamatoires sont diffusés quand ils sont transmis (portés à l'attention de) à un tiers au moins, et que celui-ci les entend et les comprend²²¹. Il appartient au demandeur de prouver que la diffusion a eu lieu, mais traditionnellement ce seuil a été relativement peu élevé²²². Même si le demandeur n'a pas à établir (en première instance) l'intention du défendeur de lui nuire, il doit établir que celui-ci avait l'intention de diffuser les propos en cause ou qu'il les a diffusés par négligence (sans savoir forcément qu'ils étaient diffamatoires)²²³.

En matière de diffamation, la responsabilité peut s'appliquer aux personnes jugées avoir diffusé des propos par omission²²⁴. Un propriétaire peut être responsable par exemple de ne pas avoir retiré une affiche diffamatoire de sa propriété, s'il avait connaissance des propos diffamatoires, et si, de par son inaction, il peut être considéré comme les ayant adoptés ou acceptés, devenant par là un diffuseur²²⁵.

ii. Diffusion secondaire, et moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi

Le droit devient plus confus quand il est appliqué aux diffuseurs secondaires, dont le rôle dans la transmission de propos diffamatoires signés par quelqu'un d'autre est « accessoire »²²⁶. Innombrables sont les affaires dans lesquelles des diffuseurs secondaires – libraires, imprimeurs, distributeurs notamment – ont été reconnus diffuseurs de ce qu'ils avaient eu dans les mains, même s'ils en ignoraient le contenu²²⁷. Selon la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Crookes*, « le champ d'activités visé par la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion est très étendu »²²⁸. En fait, la notion même de « diffusion secondaire » pose problème en droit. On peut soutenir que le fait de rendre les diffuseurs secondaires responsables affaiblit la protection de la liberté d'expression, puisqu'ils sont souvent « peu concernés par le contenu diffusé », et partant, ont peu d'intérêt à le protéger en justice²²⁹.

On a beaucoup travaillé à rationaliser le droit applicable à la diffusion secondaire. Le moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi a été créé en common law pour aider les diffuseurs secondaires qui ignoraient le contenu diffamatoire qu'ils avaient dans les mains et n'ont pas été négligents dans leur ignorance à assumer la responsabilité²³⁰. En Angleterre, ce moyen de défense a été intégré à la *1996 Defamation Act*, puis transformé en régime réglementaire pour les exploitants de site Internet dans la *2013 Defamation Act*²³¹. Au Canada, il se maintient tel qu'il existe en common law.

Même si la diffusion de bonne foi est qualifiée de « défense », il subsiste des doutes quant au fait qu'elle limite la responsabilité pour diffusion en cas de diffusion secondaire, ou qu'elle annule la fonction de diffuseur du défendeur. Dans le premier cas, il s'agit bien d'un moyen de défense, et la charge de la

preuve lui incombe. Sinon, il appartient au demandeur de prouver que le défendeur est le diffuseur²³². Cette confusion qui se maintient dans la jurisprudence témoigne de l'instabilité de la doctrine, et donne à entendre qu'elle ne constitue peut-être pas un fondement solide des principes juridiques visant la diffusion secondaire moderne, comme celle des intermédiaires de l'Internet.

Pour ajouter à la confusion, la notion de diffusion par omission et celle de diffusion secondaire se chevauchent dans une certaine mesure. Dans leur rapport commandé par la CDO, Emily Laidlaw et Hilary Young démêlent ces 2 notions en établissant 3 distinctions. La première est qu'il appartient au demandeur qu'il a diffusé par omission dans le cas où il a adopté une déclaration déjà diffusée. En revanche, les diffuseurs secondaires sont déjà des diffuseurs, et il appartient au défendeur d'établir la défense de diffusion fondée sur la bonne foi. La deuxième distinction est qu'il faut avoir connaissance des propos diffamatoires précis pour être diffuseur par omission, alors qu'il suffit de prouver la connaissance générale de l'existence du libelle pour rejeter une défense de diffusion fondée sur la bonne foi. La troisième est que les diffuseurs par omission sont diffuseurs a posteriori, alors que les diffuseurs secondaires participent à la diffusion primaire²³³. Ce chevauchement des notions, les différences ténues et la jurisprudence inégale conduisent à se demander s'il faut mener des réformes afin d'édifier des principes cohérents en matière de responsabilité de la diffusion en général, et de diffusion par Internet en particulier.

Selon Emily Laidlaw et Hilary Young, il faut redéfinir l'élément de la diffusion dans le délit de diffamation pour toutes les formes de diffusion (en ligne et classique)²³⁴. Elles supprimeraient la distinction entre diffusion primaire et secondaire, et établiraient l'exigence de communication délibérée de propos spécifiques. Selon ce modèle, seuls les diffuseurs primaires présumés seraient tenus responsables de la diffamation, et la catégorie de diffusion par omission serait supprimée. Cette possibilité est détaillée au chapitre sur les intermédiaires de l'Internet.

2. Les éléments nécessaires pour prouver la diffusion en ligne

En Ontario, pour établir qu'il y a eu diffusion de propos diffamatoires en ligne, il faut prouver qu'ils ont été reçus et compris par un tiers. S'ils ont été imprimés dans un journal ou radiodiffusés ou télédiffusés, le demandeur est aidé par la présomption de publication que prévoit la *Loi sur la diffamation*²³⁵. La même présomption n'existe pas pour les propos diffusés en ligne. La Cour supérieure a affirmé que la nature même de la « toile mondiale » suscite la présomption de diffusion pour les propos affichés en ligne²³⁶. Cette présomption a été toutefois rejetée par la Cour suprême du Canada dans *Crookes* avec une grande vigueur, en l'absence de réformes législatives²³⁷.

Les tribunaux ont plutôt tenté s'adapter les principes traditionnels sur ce qui est nécessaire pour établir la diffusion. Dans ses motifs concordants quant à la décision dans *Crookes*, la juge Deschamps énumère les facteurs suivants, pertinents pour déterminer si l'on peut conclure qu'il y a eu diffusion en ligne :

- « s'il s'agissait d'un lien activé par l'utilisateur ou automatique;
- s'il s'agissait d'un lien profond ou superficiel;
- si la page contenait plus d'un hyperlien et, dans l'affirmative, l'endroit où se trouvait le lien contesté par rapport aux autres liens;

- le contexte dans lequel le lien était présenté aux utilisateurs;
- le nombre de visites de la page contenant l'hyperlien;
- le nombre de visites de la page où figurait l'information auquel le lien renvoyait (avant que ce dernier n'ait été affiché et après qu'il l'a été);
- si les sites Web en cause étaient accessibles au grand public ou s'il s'agissait plutôt de sites à accès restreint;
- si des changements avaient été apportés à l'information à laquelle menait le lien et, le cas échéant, le lien qui existait entre ces changements et le nombre de visites de la page dans laquelle se trouvait l'information;
- [...] la preuve relative au comportement des internautes²³⁸.

Même si les éléments analytiques d'Internet – nombre d'utilisateurs et de visites, adresse IP – sont utiles pour prouver qu'il y a eu diffusion en ligne, il demeure qu'ils n'établissent pas combien d'utilisateurs (le cas échéant) ont réellement lu les propos²³⁹. Les tribunaux ont conclu à la diffusion dans le cas des babillards ou des forums, seulement quand des personnes se sont inscrites en tant que membres ou dans des circonstances analogues²⁴⁰.

En Angleterre, les tribunaux ont conclu que la diffusion en ligne doit avoir été faite auprès d'un nombre important de personnes du pays, plutôt que juste une personne comme dans la législation antérieure à Internet. Ceci a été jugé important pour préserver correctement la liberté d'expression aux termes de la *Human Rights Act 1998*²⁴¹.

Le résultat est que la jurisprudence n'apporte pas d'orientations précises sur la preuve à fournir pour établir la diffusion en ligne. Il faut se demander s'il faut admettre que la jurisprudence évolue de façon progressive, ou s'il serait souhaitable de légiférer la présomption de diffusion en ligne dans certains cas.

3. Où se termine une diffusion en ligne, où commence la suivante?

En Ontario, chaque communication de contenu diffamatoire constitue une diffusion distincte, donnant lieu à une cause d'action distincte. Toutefois, ce qui constitue une diffusion unique sur Internet n'est pas tout à fait clair dans le droit en vigueur. Les principes traditionnels ont été appliqués dans un arrêt australien, lequel a conclu que des lettres et des contenus distincts du même site Web constituaient des diffusions distinctes, que les parties du site avaient des identités, des formes et des objets distincts²⁴². Des décisions plus récentes contestent ce raisonnement, affirmant que dans certains cas, des articles relayés par hyperlien font peut-être partie de la même diffusion²⁴³.

On peut attribuer la difficulté de l'application de l'analyse juridique traditionnelle au contexte en ligne à une tendance plus générale des technologies de l'Internet. Dans son ouvrage, *The Inevitable*, Kevin Kelly emploie le terme « flux » pour qualifier le phénomène par lequel des unités discrètes d'informations antérieures à Internet (des encyclopédies par exemple) sont transformées en ligne en collection fluide de contenus connectés par hypertexte, et assujettis à des changements constants (Wikipedia par exemple)²⁴⁴. Si ceci est exact, il sera peut-être toujours problématique d'appliquer des notions antérieures à Internet, comme celle de la diffusion, à la nouvelle réalité de celui-ci.

4. La responsabilité en cas de rediffusion en ligne

La notion de rediffusion peut elle aussi difficile dans le contexte de l'Internet. Traditionnellement, le diffuseur initial n'est pas responsable de la nouvelle diffusion de propos diffamatoires, sauf si celle-ci a été autorisée ou intentionnelle, ou a été de quelque autre façon le résultat naturel et probable de la diffusion initiale²⁴⁵. La responsabilité incombe à l'auteur de la rediffusion. Celui qui cite dans un livre des propos diffamatoires tirés d'un ouvrage antérieur porte, en tant qu'auteur de la rediffusion, la responsabilité de la diffamation.

Sur Internet, où les contenus peuvent être copiés, échangés, reliés ou transmis de façon exponentielle, ce raisonnement traditionnel suscite le spectre de la responsabilité perpétuelle ou illimitée²⁴⁶. Par une décision controversée à cet égard, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu en 2016 dans son arrêt *Van Nes*²⁴⁷ que les commentaires, les échanges et les réactions découlant de billets diffamatoires sur Facebook constituaient des cas distincts de diffamation. Elle est même allée plus loin, et a tenu l'auteur initiale responsable de ces commentaires par des tiers, sur le fondement que [TRADUCTION] « la nature du moyen de communication, et le contenu des billets initiaux, créaient une attente raisonnable que d'autres propos diffamatoires suivraient »²⁴⁸.

Les faits de l'espèce n'étaient pas inhabituels. La défenderesse a affiché dans son compte Facebook plusieurs commentaires insinuant que son voisin était peut-être pédophile. Ces commentaires ont été automatiquement transmis vers le compte Facebook de ses 2059 « amis » Facebook. Trente-six de ceux-ci ont ajouté leurs propres commentaires critiques à son billet. L'une de ses amis l'a copié et l'a transmis à l'école où enseignait le demandeur. Même si la défenderesse a supprimé son billet dans les 30 heures après l'avoir écrit, les billets de deuxième génération demeuraient visibles sur le journal de ses amis. Selon la Cour, les billets sont devenus « viraux », et ont suscité cet effet de cascade²⁴⁹.

Le juge a tenu la défenderesse responsable de la rediffusion de son billet, car elle l'avait implicitement autorisé :

[TRADUCTION] de par la nature de plateforme de média social et de par la structure de Facebook, quiconque y affiche des remarques doit comprendre qu'il y aura ensuite, à tout le moins, un certain degré de diffusion, et peut-être beaucoup de diffusion²⁵⁰.

On peut soutenir que ce raisonnement s'écarte des principes établis en droit de la responsabilité délictuelle à propos de la responsabilité civile, et démontre combien les principes traditionnels relatifs à la diffamation sont peu adaptés à la cybercommunication²⁵¹.

Analysant cet arrêt dans un blogue, Emily Laidlaw discute la nécessité de préciser le droit en matière de diffusion, et les différences entre intermédiaire et fournisseur de contenu. Elle y souligne une différence majeure entre la communication traditionnelle et celle par les médias sociaux, que ne prend pas en compte notre droit de la diffamation :

[TRADUCTION] les meutes en ligne posent un problème grave, qui, au-delà du droit de la diffamation, touche la vie privée, le harcèlement, la pornographie de vengeance et d'autres formes de maltraitance et d'intimidation. Je m'efforce dans mes travaux de réfléchir à la nature de ces meutes, afin de déterminer le

type de réforme du droit qui sera nécessaire pour s'attaquer aux préjudices graves que subissent les victimes. Ceci exige une réforme de grande envergure²⁵².

La confusion analytique qu'illustre l'arrêt *Van Nes* montre elle aussi que les principes traditionnels en matière de rediffusion nécessitent peut-être un nouvel examen de la diffamation sur Internet.

5. La règle de l'unicité de la diffusion

L'omniprésence de la rediffusion sur Internet a des répercussions en matière de procédure. Selon le droit de la diffamation, chaque communication de propos diffamatoires donne lieu à une cause d'action distincte²⁵³. Ceci veut dire qu'un nouveau délai commence à chaque diffusion ou rediffusion, et que le demandeur peut intenter une action pour chaque atteinte à la réputation découlant de l'une comme de l'autre. Cette règle de la multiplicité de la diffusion continue d'être en vigueur en Ontario²⁵⁴.

Avant Internet, la règle de la multiplicité de la diffusion se comprenait, car il était plus difficile de rediffuser des propos diffamatoires (diffuser un autre article de journal par exemple). Les parties pouvaient se faire une idée relativement précise du moment où commençait le délai de prescription et de celui où il expirait. La règle perd son sens dans le contexte de l'Internet, où la rediffusion de propos diffamatoires peut être éternelle ou presque, et impossible à contrôler ou même à suivre, et où la diffusion initiale existe pour toujours. Dans de telles conditions, le fait de rattacher le délai de prescription à chaque nouvelle diffusion lui fait perdre tout son sens ou presque.

C'est aux États-Unis que cette question a été traitée pour la première fois, par l'adoption de la règle de l'unicité de la diffusion²⁵⁵. Selon cette règle, le demandeur a une seule cause d'action, qui survient à la première diffusion de propos présumés diffamatoires, indépendamment du nombre de leurs diffusions ou rediffusions. Il en découle qu'un seul délai de prescription s'applique, et que la responsabilité du défendeur se limite à toutes les rediffusions qui ont lieu dans ce délai. (Les rediffusions ayant lieu après la fin du délai peuvent tout de même être pertinentes pour évaluer les dommages-intérêts).

Plus récemment, le Royaume-Uni a fait de même, et adjoint la règle de l'unicité de la diffusion à l'article 8 de sa *Defamation Act 2013*²⁵⁶. Il est essentiel que les intervenants dans le projet se demandent si l'Ontario devrait également adopter cette règle, afin de restreindre la responsabilité potentielle en cas de diffamation découlant de diffusions multiples et incessantes des mêmes propos.

De très bonnes raisons stratégiques militent en faveur de la règle de l'unicité de la diffusion. Le raisonnement la concernant a été formulé par un tribunal des États-Unis, puis cité par la Cour d'appel de l'Ontario :

[TRADUCTION] la règle de l'unicité de la diffusion empêche l'interruption constante de la prescription, par la mise en œuvre d'une politique législative expresse en faveur d'un délai de prescription qui soit bref pour la diffamation. Elle facilite de plus la gestion, car tous les dommages-intérêts subis par le demandeur sont réunis en une affaire unique, empêchant ainsi toute possibilité de harcèlement par une multiplicité de procès de la part des défendeurs [...] enfin la règle de l'unicité de la diffusion correspond mieux aux méthodes modernes de production en grande série et de distribution à grande échelle des informations imprimées que la règle de la multiplicité de la diffusion²⁵⁷.

L'argument le plus important en faveur de la règle de l'unicité de la diffusion est sans doute qu'elle atténue les craintes vis-à-vis de la liberté d'expression. La règle de la multiplicité de la diffusion expose les diffuseurs au risque de procès permanents, ce qui les incite à retirer d'Internet des propos prêtant à controverse, qu'ils aient été trouvés diffamatoires ou non.

Au Royaume-Uni, la règle de l'unicité de la diffusion a reçu beaucoup de soutien, ce qui a mené à l'adoption de la loi. Ce soutien continue de s'exprimer ailleurs. Le point de vue unanime lors des consultations en Irlande du Nord a été que cette règle est « importante et tout à fait souhaitable »²⁵⁸. Andrew Scott a indiqué dans les recommandations qui ont suivi que le seuil du « préjudice grave » (discuté ci-après) rend peut-être symbolique la règle de l'unicité de la diffusion dans la *Defamation Act 2013*, mais qu'elle doit néanmoins être adoptée en Irlande du Nord²⁵⁹.

On s'inquiète par contre que la règle de l'unicité de la diffusion puisse limiter excessivement pour le demandeur le rétablissement de sa réputation, dans les cas où elle est entachée par des rediffusions. En Ontario, la règle l'empêcherait d'introduire une action plus de trois mois après la date de la diffusion diffamatoire initiale (délai en vigueur pour les libelles diffamatoires imprimés dans un journal ou radiodiffusés ou télédiffusés), quel que soit le nombre des rediffusions subséquentes²⁶⁰. Ceci limiterait sérieusement les demandeurs qui peuvent seulement apprécier dans le temps l'atteinte diffamatoire à leur réputation.

Plusieurs juridictions du Commonwealth ont relaté une règle de l'unicité de la diffusion du fait de cette préoccupation²⁶¹. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé dans *Shtaif* qu'il serait injuste à l'égard du demandeur d'appliquer une règle unique à différents moyens de communication. Une diffusion diffamatoire imprimée peut par exemple ne pas susciter suffisamment d'attention pour justifier que le demandeur intente un procès. En revanche, des diffusions ultérieures sur Internet peuvent avoir beaucoup plus d'ampleur. Le demandeur qui est lié par le délai relevant de la diffusion initiale sera peut-être empêché d'introduire une action ultérieurement. Il convient donc d'aborder dans toute proposition en faveur de la règle de l'unicité de la diffusion le problème de décider de l'application de celle-ci à différents moyens de communication.

Différents pays ont abordé le problème de diverses façons. Au Royaume-Uni, la *Defamation Act 2013* prévoit que la règle de l'unicité de la diffusion ne s'applique pas aux diffusions ultérieures dans des moyens différents de celui de la diffusion initiale²⁶². La différence matérielle est définie en partie par rapport au degré de visibilité de la diffusion subséquente et à l'ampleur de celle-ci.

La Canadian Media Lawyers Association a abordé ce point dans sa présentation au Joint Committee on the Draft Defamation Bill (Royaume-Uni)²⁶³, et a recommandé que la disposition précise que la différence matérielle ne vise pas les archives, les bases de données, l'hypertexte ou l'accès par des technologies nouvelles.

Il faut souligner qu'est en jeu ici *le délai* pendant lequel on peut intenter une action visant des propos diffamatoires. Un compromis possible serait d'adopter la règle de l'unicité de la diffusion et de prolonger le délai de prescription. En Ontario, le délai de trois mois pour les actions visant des libelles diffamatoires imprimés dans un journal ou radiodiffusés ou télédiffusés semble particulièrement

restrictif, par rapport au délai applicable aux actions contre d'autres diffuseurs (deux ans)²⁶⁴. Des provinces ont adopté un délai de prescription de deux ans, mais d'autres ont des délais plus courts. On peut consulter le tableau sur les délais au Canada au chapitre V. Au Royaume-Uni, la *Limitation Act 1980* prévoit un délai d'un an²⁶⁵. Dans la mesure où une prolongation du délai de prescription pourrait résoudre le dilemme de la rediffusion, il importe de réfléchir à la divergence actuelle entre le délai de trois mois que prévoit la *Loi sur la diffamation* pour les libelles diffamatoires imprimés dans un journal ou radiodiffusés ou télédiffusés, et celui de deux ans, applicable à toutes les autres actions en diffamation.

Questions à aborder

- 8. L'Ontario devrait-il adopter par voie législative une définition de « diffuseur », qui exige l'acte intentionnel de diffuser des propos spécifiques? (Voir également le chapitre VII)**
- 9. La présomption que prévoit la loi concernant la diffusion par écrit, la radiodiffusion et la télédiffusion devrait-elle être étendue à quelques formes de diffusion par Internet?**
- 10. Faudrait-il, comme au Royaume-Uni, remplacer par voie législative la règle de la multiplicité de la diffusion par celle de l'unicité de la diffusion? Si oui, quel délai de prescription devrait s'appliquer aux actions en diffamation?**

C. La responsabilité stricte

La responsabilité stricte est la marque distinctive du droit de la diffamation au Canada. Après que le demandeur a fait la preuve des trois éléments du délit – les propos étaient diffamatoires, ils concernaient le demandeur, ils ont été diffusés –, le défendeur est tenu responsable, sauf à pouvoir invoquer des moyens de défense. L'absence d'intention ne constitue pas une défense²⁶⁶. La responsabilité stricte contraste avec le modèle classique en droit de la responsabilité délictuelle, selon lequel une conclusion de négligence est nécessaire avant d'imputer la responsabilité.

À l'origine, la diffamation entraînait une responsabilité délictuelle stricte, du fait des difficultés que le demandeur éprouvait pour établir la signification diffamatoire et pour mesurer l'atteinte à la réputation. La présomption de fausseté et celle de préjudice (discutées ci-dessous) ont été développées pour l'aider à franchir ces obstacles. Il en résulte que le seuil juridique pour prouver la diffamation est très peu élevé. C'est surtout au défendeur qu'il appartient de réfuter ces deux présomptions. Ces éléments du délit privilégient à dessein la protection de la réputation du demandeur par rapport au droit du défendeur de s'exprimer librement. Il est important de se demander si ceci est conforme à la protection de la liberté d'expression et de celle de la presse que garantit le paragraphe 2b) de la Charte.

Depuis la Charte, les tribunaux canadiens ont réévalué les éléments du délit, et donné la prépondérance à la liberté d'expression, et ce, de façon indirecte. Plutôt que de relever le seuil de la preuve de la

diffamation en imposant une exigence de faute ou en inversant la présomption de fausseté ou celle de préjudice, ils ont favorisé la liberté d'expression en renforçant les moyens de défense possibles pour rejeter la responsabilité de la diffamation une fois établie²⁶⁷. La preuve demeure toujours à la charge du défendeur.

La CDO analyse ci-dessous si ces éléments du délit de diffamation s'associent pour concilier protection de la réputation et liberté d'expression. Elle demande aux intervenants d'examiner si la responsabilité stricte en matière de diffamation demeure appropriée à l'époque de la Charte. Cet examen est à mener de façon conjointe avec surtout la section sur les moyens de défense en la matière.

1. Le fondement de la responsabilité stricte

Son fondement le plus courant en matière de diffamation est la nécessité de prévoir de solides garanties juridiques de la réputation. Cette raison d'être est surtout valable quand la société s'intéresse surtout à la protection de la réputation. Quand seuls des intérêts privés sont en jeu, on peut soutenir qu'il ne devrait pas y avoir responsabilité en l'absence d'intention de nuire ou de négligence²⁶⁸.

Du point de vue du droit et de l'économie, les différences entre la responsabilité stricte et celle fondée sur la faute sont importantes :

- le régime de la responsabilité stricte peut inciter les diffuseurs à trop restreindre leurs propos afin d'éviter le risque de procès et d'indemnisation. On qualifie parfois cet effet de « crainte paralysante du libelle »;
- le régime fondé sur la faute peut encourager les victimes possibles de diffamation à se protéger de préjudices possibles en limitant leurs activités publiques;
- les tribunaux sont tenus, de par la fonction relative au bien-être social du régime fondé sur la faute, d'évaluer la norme de diligence afin de refléter les avantages pour la société découlant de propos diffamatoires, outre les pertes pour celle-ci. Selon le régime de la responsabilité stricte, les tribunaux doivent évaluer uniquement les pertes sociales;
- les frais de justice sont peut-être moins élevés selon le régime de la responsabilité que selon celui fondé sur la faute, car les procès peuvent être plus courts et moins complexes²⁶⁹.

Cette analyse permet de mettre au jour quelques-unes des stratégies implicites sur lesquelles repose le droit, sans toutefois donner à entendre que la responsabilité stricte est préférable à celle fondée sur la faute, ou vice-versa. La première risque de paralyser les diffuseurs, et la seconde, les citoyens qui veulent participer au débat public. Les deux formes de responsabilité peuvent empiéter sur l'intérêt de la société en matière de vie publique.

2. L'alternative fondée sur la faute : Québec, États-Unis

Contrairement à l'Ontario, le Québec et les États-Unis ont adopté un régime fondé sur la faute, mais pour des raisons différentes. Au Québec, le régime fondé sur la faute est conforme au droit civil, selon lequel les défis sont des « fautes civiles ». Aux États-Unis, la Cour suprême a renversé la responsabilité

stricte, pour incompatibilité avec la protection de la liberté d'expression inscrite au premier amendement de la Constitution²⁷⁰.

i. Au Québec – le modèle en droit civil

En droit civil québécois, il n'y a pas d'action propre à la diffamation, l'article 1457 du *Code civil du Québec* fixant « les règles générales applicables en matière de responsabilité civile »²⁷¹.

« Le demandeur doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité » entre les deux²⁷². En matière de diffamation, le demandeur doit d'abord établir que les propos litigieux sont diffamatoires. Cette analyse se fait à peu près comme en common law. La deuxième exigence en revanche, celle de la commission d'une faute, s'écarte de la common law. Le défendeur doit établir que le diffuseur a agi soit par malveillance (diffusion avec intention de nuire ou d'humilier la victime), soit par négligence (diffusion sans intention de nuire, mais avec négligence et incurie). Pour évaluer la négligence, le tribunal tient compte de la norme de la personne raisonnable agissant dans un contexte déterminé²⁷³. Il s'agit là d'un raisonnement extrêmement adaptable. Le tribunal peut par exemple examiner si le diffuseur a vérifié les faits avant de les diffuser, la nature du forum où a eu lieu la diffusion, le temps et la possibilité qu'a eue le diffuseur de raconter toute l'histoire²⁷⁴.

Il n'existe pas de présomption de fausseté en droit civil, et le fait de prouver la véracité de propos diffusés n'est pas toujours une défense automatique. Ainsi, les journalistes qui n'ont pas respecté des normes professionnelles et ont de ce fait provoqué un préjudice peuvent faire l'objet d'une action pour atteinte à la réputation même si ce qu'ils ont diffusé est exact²⁷⁵.

La norme de la négligence au Québec est suffisamment contextuelle et souple pour l'emporter sur les nombreux moyens de défense dont on dispose en common law²⁷⁶. Du fait de la décision de la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Prud'homme* par exemple, la défense du commentaire loyal et celle de l'immunité relative ont pratiquement disparu²⁷⁷. Selon Joseph Kary, si tous les propos diffamatoires étaient évalués selon la norme de la décision raisonnable, les défenses spéciales seraient « inutiles et superflues », car « la latitude qu'elles autorisent dans des cas particuliers fait déjà partie de la norme de la responsabilité civile »²⁷⁸.

ii. Aux États-Unis – le modèle du Premier amendement

Aux États-Unis, la responsabilité stricte en droit de la diffamation a été éliminée en 1974 par la Cour suprême dans son arrêt *Gertz*²⁷⁹. La Cour craignait que le fait que la règle de la responsabilité stricte oblige les médias à garantir l'exactitude d'affirmations factuelles « entraîne une auto-censure intolérable », et a conclu que le Premier amendement exige de protéger « une certaine fausseté afin de protéger les propos importants »²⁸⁰.

Le fait que les fonctionnaires soient tenus à une norme juridique supérieure pour avoir gain de cause dans les actions en diffamation est un autre aspect particulier du droit de la diffamation aux États-Unis. La Cour suprême a établi en 1964 dans son arrêt *Sullivan* que les fonctionnaires doivent prouver qu'il y a

eu malveillance véritable afin d'avoir gain de cause dans des actions en diffamation contre des médias²⁸¹.

Ces deux arrêts, *Gertz* et *Sullivan*, portent sur le droit à la liberté d'expression, inscrit au Premier amendement. Celui-ci a fait évoluer le droit de la diffamation aux États-Unis d'une façon bien différente qu'au Canada : il est difficile d'évaluer en elle-même la norme de la faute aux États-Unis, sans tenir compte de l'histoire particulière et du libellé de ce Premier amendement. La réforme du droit de la diffamation au Canada doit se fonder sur les traditions juridiques et les principes constitutionnels canadiens.

3. Évolution récente vers l'analyse de la faute en droit de la diffamation

La possibilité d'ajouter la norme de la faute à la législation ontarienne concernant la diffamation n'est peut-être pas aussi radicale qu'il y paraît. La réalité est que l'Ontario et d'autres ressorts de common law ont déjà introduit dans leur droit des éléments d'un régime fondé sur la faute. On peut soutenir par exemple qu'avec la défense de la communication responsable que la Cour suprême du Canada a établie dans son arrêt *Grant*, le délit de diffamation ne relève plus de la responsabilité stricte, mais est fondé sur la faute pour la communication de questions d'intérêt public, dans son acception large²⁸².

La CSC a conclu dans son arrêt *Grant* qu'il faut une exigence d'absence de responsabilité (faute) pour concilier l'intérêt social dans la couverture de questions d'intérêt public, et un degré de responsabilité imposé aux médias notamment qui couvrent de telles questions²⁸³. Le défendeur peut prouver que la communication a été responsable à l'aide de plusieurs facteurs pertinents, notamment : la gravité de l'allégation, l'importance de la question pour le public, l'urgence de la question, la nature et la fiabilité des sources, si on a demandé et rapporté fidèlement la version des faits du demandeur, si l'inclusion de l'énoncé diffamatoire se justifiait, si la relation de propos était légitime²⁸⁴.

Selon Hilary Young, la façon dont la CSC analyse la responsabilité dans *Grant* diffère peu de l'analyse du caractère raisonnable²⁸⁵. Elle avance qu'il serait approprié de mettre l'accent sur celui-ci pour la diffusion non médiatisée de questions d'intérêt public, et propose une application plus générale du principe de la faute afin que davantage de formes de diffusion soient prises en compte.

Eric Descheemaeker préconise d'ajouter la norme de la négligence en droit de la diffamation, au motif que la distinction entre la protection de la réputation, et celle des droits en jeu en cas de délit fondé sur la négligence ne se justifie plus (si tant qu'elle ait jamais été justifiée) :

[TRADUCTION] la réputation ne diffère pas en nature d'autres droits comme l'intégrité physique ou la propriété : tous sont précieux, et s'ils sont lésés, ils méritent d'être protégés. Dans l'ensemble, le droit se fonde depuis des siècles sur la faute, la négligence pour déterminer la norme de la responsabilité requise pour les recours en cas d'atteinte à ces droits; il n'existe pas de bonne raison semble-t-il qui justifierait de traiter la réputation plus ou moins favorablement²⁸⁶.

Dans le rapport que lui a commandé la CDO, Karen Eltis soutient que le critère de droit civil qui se fonde sur la faute pour la diffamation est particulièrement adapté à l'époque de l'Internet²⁸⁷. L'accent que met le droit civil sur le caractère raisonnable de l'expression contestée, remise en contexte, permettrait une analyse contextuelle de l'expression sur Internet, dont on a tant besoin. Elle propose que soit adoptée la communication responsable « en tant que norme de conduite plutôt que comme simple défense »²⁸⁸.

Il faut donc se demander s'il conviendrait d'ouvrir l'analyse menée par la CSC dans *Grant*, au-delà de la diffusion de questions d'intérêt public, en ajoutant l'analyse de la responsabilité (ou du caractère raisonnable) à toutes les affaires de diffamation²⁸⁹.

Il faut par ailleurs se demander si, dans le cas où si la norme fondée sur la faute était ajoutée à la législation ontarienne, on devrait continuer de l'évaluer dans le cadre de la défense, la preuve étant à la charge du défendeur. On pourrait aussi charger le demandeur de prouver la faute, en tant qu'élément visant à prouver la diffamation en première instance, comme l'exige le droit au Québec et aux États-Unis. Cette possibilité est intéressante. Selon Karen Eltis, cet inversement de la charge de la preuve exigeant que le défendeur évalue le caractère raisonnable dans sa défense constitue un « fardeau excessif » sur les droits garantis par la Charte²⁹⁰. Selon Eric Descheemaeker, la notion de « véracité raisonnable » », qu'elle se limite ou non aux questions d'intérêt public, pourrait constituer un nouveau délit de diffamation, qui se fonderait sur la négligence²⁹¹.

C'est peut-être du fait de sa nature de responsabilité stricte que la législation ontarienne sur la diffamation se trouve excessivement alourdie par les catégories²⁹². Une démarche plus contextuelle est peut-être souhaitable, à mesure que se diversifie notre société et que continuent d'évoluer les nouvelles formes de la cybercommunication. La CDO sollicite des observations sur la possibilité que la transformation du délit de façon à le fonder sur la faute permettrait une démarche plus contextuelle, qui puisse prendre en compte les changements sociaux et technologiques qui se poursuivront à l'avenir.

Question à aborder

11. Devrait-on introduire une exigence de faute dans le délit de diffamation en Ontario? Si oui, à quelle étape de l'analyse faudrait-il prendre la faute en compte?

D. La présomption de fausseté

Le souci de la véracité ou de la fausseté des propos en cause sous-tend le délit de diffamation en common law. Seules les fausses déclarations peuvent être diffamatoires en droit, sur le fondement que celui-ci protège la réputation seulement dans les cas où c'est mérité²⁹³. La règle classique a été énoncée dans la décision *Reynolds* en 2001 :

[TRADUCTION] « le droit ne permet pas de recevoir des dommages-intérêts à propos d'une atteinte à une qualité que l'on n'a pas, ou que l'on ne devrait pas avoir. La vérité est une défense

complète. Le défendeur qui prouve la véracité absolue des propos en cause établit la défense de justification »²⁹⁴.

La question de savoir qui devrait avoir la charge d'établir la véracité ou la fausseté est distincte de l'exigence de fausseté en tant qu'élément du délit de diffamation. Pour l'instant, la fausseté est présumée, sauf si le défendeur invoque la défense de la justification. Cette inversion de la charge est fermement établie car elle remonte au 16^e siècle²⁹⁵. La présomption protège les demandeurs d'avoir à prouver la fausseté. Il peut être difficile de prouver « une proposition négative ». En cas d'atteinte flagrante à la réputation, il peut s'avérer pratiquement impossible d'exiger du demandeur qu'il prouve la fausseté de l'allégation, ce qui l'empêche de recevoir des dommages-intérêts²⁹⁶. On jugeait de plus que la présomption « inculquait la prudence aux diffuseurs » quant à la diffusion de propos dont ils ne pouvaient établir la véracité²⁹⁷.

La présomption de fausseté est l'un des signes que le droit de la diffamation situe l'équilibre entre protection de la réputation et liberté d'expression plus près de la première que de la seconde. Il s'agit de savoir si, à l'époque de la Charte et de l'Internet, cette présomption est dépassée.

La présomption de fausseté est propre à la common law²⁹⁸. En droit civil au contraire, la possible véracité des propos en cause n'empêche pas une conclusion de diffamation²⁹⁹. Selon Karen Eltis, dans les pays de droit civil, « la question n'est pas de savoir si les propos diffamatoires sont vrais ou faux, mais si leur expression en l'espèce a été raisonnable d'après un critère objectif »³⁰⁰. « Un mensonge proféré ne satisfait pas au critère de la diffamation, alors qu'une vérité, diffusée publiquement *de façon déraisonnable*, qui porte ainsi atteinte à une réputation, y satisfait »³⁰¹.

Le droit commence désormais à reconnaître et à protéger le droit à la vie privée, et l'exigence de fausseté en common law a été récemment mise en cause. Il importe de comprendre que le droit à la vie privée peut s'appliquer, que les propos soient vrais ou faux. Qu'elle soit vraie ou fausse, une déclaration diffusée à propos de quelqu'un peut porter gravement atteinte à sa réputation. En cas de fausseté, il s'agit d'une action en diffamation. En cas de véracité, l'action peut être intentée pour plusieurs délits touchant la vie privée qui ont été reconnus dans divers ressorts. Dans un cas comme dans l'autre, le tribunal doit établir le juste équilibre entre la protection de la réputation, le droit à la vie privée et la liberté d'expression que garantit la Charte³⁰². Le chevauchement entre diffamation et vie privée est débattu plus avant au chapitre VI.

Selon Karen Eltis, le fait que le droit de la diffamation soit catégoriquement axé sur la véracité ou la fausseté ne peut plus se maintenir à l'époque d'Internet. En effet, même des propos exacts diffusés sur Internet peuvent présenter « une perception fausse de la personne, du fait de la décontextualisation de bribes d'information, que l'on craint davantage que les mensonges »³⁰³. Elle fait valoir que le fait qu'en droit de la diffamation, la charge de prouver la vérité incombe au défendeur est « disproportionné », et « fait excessivement » obstacle à la liberté d'expression³⁰⁴. Elle recommande que l'analyse contextuelle civiliste du contexte de l'expression des propos soit le critère pour imputer la responsabilité.

Questions à aborder

12. La présomption de fausseté en droit de la diffamation est-elle toujours appropriée? La loi devrait-elle obliger les demandeurs à faire la preuve de la fausseté?

13. L'accent mis en droit de la diffamation sur la distinction entre la vérité et la fausseté de la communication est-il toujours approprié à l'époque d'Internet?

E. La présomption de préjudice

La doctrine en matière de diffamation présume, outre la fausseté, le préjudice qui résulte de la diffusion diffamatoire. Tout comme pour la présomption de fausseté, il y a dans celle portant sur le préjudice inversion de la charge de la preuve : c'est le défendeur qui doit prouver l'absence de préjudice. On affirme que la présomption de préjudice est justifiée par la difficulté pratique de prouver l'atteinte à la réputation. La présomption de fausseté et celle de préjudice, ensemble, protègent rigoureusement le droit à la réputation.

La présomption de préjudice, tout autant que celle de fausseté, suscite la controverse. Propre au droit de la responsabilité délictuelle, contestée dès 1812 en Angleterre, dans un arrêt de principe³⁰⁵, elle est à présent fortement remise en cause³⁰⁶.

Avec la présomption de préjudice, l'objectif du droit passe de l'établissement du préjudice *réel* des propos diffamatoires à la prise en compte du préjudice *possible* ou *théorique*, ce qui constitue un problème. La présomption de préjudice semble ainsi incompatible avec l'objet traditionnel du droit de la responsabilité délictuelle, qui est de limiter les dommages-intérêts au préjudice réellement subi. Si le demandeur était tenu d'établir le préjudice *réel*, on éviterait cette généralisation artificielle sur ce que pense un groupe donné des propos contestés³⁰⁷. Selon David Rolph,

[TRADUCTION] dans les cas où l'on s'attache à la tendance objective du préjudice à la réputation plutôt qu'à sa réalité, le défendeur peut éviter d'être tenu responsable du préjudice réel, et le demandeur peut être dédommagé pour un préjudice qu'il n'a pas subi. La disparité entre la façon dont le droit de la diffamation protège la réputation, et la façon dont celle-ci est ressentie dans la réalité souligne l'artificialité de la diffamation, et en mine la légitimité³⁰⁸.

On a pensé un moment que la présomption de préjudice avait été inversée au Royaume-Uni par la norme des dommages sérieux qu'a introduit la *Defamation Act 2013*³⁰⁹. Cette norme vise à décourager les actions futiles, car elle prévoit qu'il n'y a pas diffamation, sauf si la diffusion des propos « a causé ou est susceptible de causer des dommages sérieux à la réputation du demandeur ». Dans les cas où le demandeur « exerce un commerce lucratif », les dommages ne sont pas « sérieux », sauf « s'ils ont causé ou sont susceptibles de lui causer une perte financière importante »³¹⁰. Cette nouvelle norme vise à apprécier la gravité de l'atteinte à la réputation, en prenant en compte la gravité du sens diffamatoire des propos exprimés, et le contexte de leur expression³¹¹.

La norme des dommages sérieux a situé l'équilibre entre réputation et liberté d'expression plus près de la protection de celle-ci³¹². Son introduction a certainement ajouté des exigences pour les personnes envisageant d'intenter une action en diffamation³¹³. Récemment cependant, la Cour d'appel de l'Angleterre a conclu que cette norme n'avait pas inversé la présomption de préjudice classique³¹⁴ : elle a raisonné que celle-ci demeure, mais qu'« il n'existe pas en droit de présomption de dommages *sérieux* dans les affaires de libelle »³¹⁵.

La CDO se demande si l'Ontario devrait revoir la présomption de préjudice, ou introduire la norme des dommages sérieux, afin de renforcer les exigences d'introduction des actions en diffamation. Cette question exige un examen attentif de l'équilibre entre protection de la réputation et liberté d'expression, au regard de tous les enjeux exposés au présent chapitre.

Comme pour la présomption de fausseté, l'analyse de celle de préjudice exige que la CDO examine si ou comment elle est touchée par la nature de la cybercommunication. La difficulté pratique de prouver le préjudice, s'agissant d'une notion aussi éphémère que la réputation, était initialement la raison d'être de la présomption de préjudice. Or, en cas de cyberdiffamation, cela est semble-t-il moins problématique. Les outils analytiques sur Internet permettent de rassembler des preuves empiriques de la présence ou de l'absence de dommages d'une façon qui n'est pas possible ailleurs³¹⁶. L'idée est intéressante, mais a été peu discutée jusqu'à présent.

Questions à aborder

14. La présomption de préjudice en droit de la diffamation est-elle toujours appropriée?

15. L'Ontario devrait-il adopter un critère de préjudice grave, semblable à celui que prévoit la *Defamation Act 2013* (R.-U.)?

F. Moyens de défense en matière de diffamation

Les tribunaux ont travaillé activement à des réformes des moyens de défense, et il se peut que des recommandations précises de la CDO ne soient pas nécessaires. En Ontario, les moyens de défense relèvent de la common law, et on s'interroge sur le point de savoir s'il conviendrait de les codifier, comme cela a été en partie le cas avec la *Defamation Act 2013* (R.-U.). On examine brièvement ici la défense en tant qu'élément visant à concilier protection de la réputation et liberté d'expression. On prie les intervenants de se demander s'il convient de réformer davantage les moyens de défense ou de les codifier.

1. Justification

Selon la défense de justification en common law, il appartient au défendeur de rejeter la présomption de fausseté, et d'établir comme une question de fait la véracité substantielle de l'offense des propos en cause³¹⁷. L'article 22 de la *Loi sur la diffamation* complète la justification et prévoit qu'elle peut aboutir

contre une allégation de diffamation, même si elle n'aboutit pas contre d'autres allégations distinctes, si celles-ci n'ont pas causé un préjudice substantiel à la réputation du demandeur³¹⁸.

Au Royaume-Uni, la *Defamation Act 2013* a supprimé ce moyen de défense et l'a remplacé par une variante, la « défense de véracité ». Selon son article 2, [TRADUCTION] « le fait de démontrer la véracité substantielle de l'imputation du propos en cause constitue pour le défendeur un moyen de se défendre dans une action en diffamation »³¹⁹. Cet article est une codification d'un élément de common law³²⁰.

La défense de justification a notamment pour inconvénient la difficulté que les défendeurs des médias peuvent éprouver pour prouver la véracité de leurs propos, au moment d'aller en justice dans une action en diffamation. La CSC a souligné dans *Grant* que « [l']absence d'adéquation entre la vérification responsable et la capacité de prouver la véracité en cour beaucoup plus tard fait en sorte que, d'un point de vue pratique, la défense de justification s'avère souvent très peu utile aux journalistes et à ceux qui diffusent leurs reportages³²¹.

2. Immunité relative, immunité absolue

La défense d'immunité en common law, protège l'immunité circonstancielle : le défendeur a un intérêt ou une obligation légale, sociale ou morale de donner des renseignements au destinataire, lequel a un intérêt ou une obligation réciproque de les recevoir³²².

La raison d'être de cette défense est « que des propos faux et diffamatoires peuvent parfois contribuer à l'atteinte de fins sociales souhaitables³²³. En common law, la catégorie de l'immunité absolue et celle de l'immunité relative visent à s'appliquer aux situations dans lesquelles la société a intérêt à protéger des communications sans tenir compte d'atteintes possibles à la réputation.

L'immunité relative circonstancielle a pour effet de créer la présomption que le défendeur a communiqué de bonne foi, en croyant honnêtement à la véracité des propos. Aucune responsabilité n'existe à l'égard de la diffamation, sauf si le demandeur peut prouver une malveillance ou si le défendeur a outrepassé la portée de l'immunité³²⁴. On entend par malveillance le fait que le défendeur s'est irrégulièrement prévalu de l'immunité relative liée aux propos. Il peut ne pas avoir cru à leur véracité quand il les a proférés ou peut avoir agi par dépit, par vengeance ou quelque autre motif répréhensible³²⁵.

L'article 3 de la *Loi sur la diffamation* prévoit l'immunité relative pour le compte rendu juste et fidèle, imprimé dans un journal, ou radiodiffusé ou télédiffusé, des débats, réunions ou décisions, s'ils sont publics, de divers organismes d'intérêt public³²⁶. L'immunité ne s'applique pas a) s'il est établi que le rapport a été publié dans l'intention de nuire, b) s'il est blasphématoire, séditieux ou indécent, c) s'il n'est pas d'intérêt public, ou si sa « diffusion n'est pas faite pour le bien public ».

Il est établi qu'il existe dans la défense d'immunité absolue en common law des situations bien circonscrites dans lesquelles la communication ne devrait entraîner aucune responsabilité. L'article 4 de la *Loi sur la diffamation* complète la défense d'immunité absolue pour les comptes rendus justes et fidèles des délibérations judiciaires, publiés pendant que se déroule l'instance³²⁷.

L'application de la défense d'immunité relative aux affaires de cyberdiffamation s'est avérée problématique, car quelques tribunaux ont présumé que la diffusion sur Internet équivaut à diffuser dans le monde entier, et ont ainsi empêché les défendeurs de se fonder sur l'immunité relative³²⁸.

Les intervenants pourront se demander s'il faut réexaminer cette défense dans le contexte de la cybercommunication.

3. *Commentaire loyal*

La défense de commentaire loyal exonère les déclarations d'opinion (par opposition aux exposés de fait) de responsabilité en matière de diffamation. Andrew Scott a récemment expliqué la raison d'être de cette défense établie depuis longtemps :

[TRADUCTION] le principe sous-jacent semble être que l'expression d'opinions est différente de l'affirmation de faits, et – surtout – elle n'est pas traitée en tant que celle par les destinataires. Quand seuls des faits sont exposés, la vérité est affirmée, et les lecteurs ne sont pas invités à être en désaccord. En cas d'opinion diffamatoire, la possibilité que des lecteurs raisonnables soient induits en erreur par le point de vue exprimé ne se pose pas de la même façon, à condition que la qualité déductive de l'opinion soit claire, et que l'on dispose des faits qui la fondent³²⁹.

Les expressions d'opinion s'entendent des « déductions, inférences, conclusions, critiques, jugements, remarques et observations, dont il est généralement impossible de faire la preuve »³³⁰. La défense de commentaire loyal comporte les éléments suivants : a) le commentaire doit porter sur une question d'intérêt public; b) il doit être fondé sur des faits; c) il doit être reconnaissable en tant que commentaire; d) il a pu être exprimé honnêtement vu les faits prouvés? e) le défendeur n'était pas animé par la malice³³¹. Cette jurisprudence, qui relève de la common law, est complétée par les articles 23 et 24 de la *Loi sur la diffamation*³³².

Dans son arrêt *WIC Radio*, la Cour suprême du Canada a adapté la défense de commentaire loyal pour l'époque de la Charte³³³. Elle l'a élargie, en remplaçant l'exigence traditionnelle de déterminer si l'opinion a été celle qu'« un esprit juste pouvait honnêtement exprimer vu les faits prouvés » par celle de déterminer « si on pouvait honnêtement exprimer le commentaire diffamatoire vu les faits prouvés »³³⁴. Ainsi que l'a affirmé le juge Binnie, « [n]ous vivons dans un pays libre, où il est permis d'énoncer des opinions outrancières et ridicules tout autant que des vues modérées »³³⁵.

Au Royaume-Uni, l'article 3 de la *Defamation Act 2013* a mis fin à la défense de commentaire loyal, et l'a remplacée par celle de l'opinion honnête. La loi élargit les applications possibles de la défense, et supprime l'exigence relative à l'intérêt public ainsi que les références à la malveillance limitant les possibilités d'invoquer cette défense³³⁶. Par ailleurs, elle assouplit l'exigence que le commentaire soit fondé sur des faits³³⁷.

La défense que prévoit la *Defamation Act 2013* (R.-U.) est beaucoup plus large que celle de commentaire loyal établie par la Cour suprême du Canada dans *WIC Radio*. L'Ontario devrait-elle revoir elle aussi cette défense, surtout son mode de fonctionnement dans le contexte de la cybercommunication? Dans son arrêt *Spiller v. Joseph*, la Cour suprême du Royaume-Uni a souligné en

2010 le problème des commentaires en ligne, qui peuvent être sortis de leur contexte de sorte que les faits sous-jacents n'apparaissent plus :

[TRADUCTION] avec Internet, Monsieur tout le monde peut à présent faire publiquement des commentaires sur les autres d'une façon qui n'existait pas quand les principes du droit relatif au commentaire loyal ont été formulés, et des millions de personnes en profitent. Quand des commentaires sont désobligeants, ceux qui les lisent sont souvent dans l'impossibilité de les évaluer sans information détaillée sur les faits qui leur ont donné lieu³³⁸.

4. Communication responsable

La nouvelle défense de communication responsable, que la Cour suprême du Canada a adoptée en 2009 dans son arrêt *Grant* était depuis quelque temps en cours d'élaboration dans d'autres ressorts³³⁹. Le problème était largement reconnu – l'absence relative de protections juridiques pour les reportages « responsables », diffusés sur Internet dans l'intérêt général.

La CSC a jugé dans *Grant* qu'il fallait « un moyen de défense qui permettrait aux diffuseurs de s'exonérer en établissant qu'ils ont agi de façon responsable en tentant de vérifier l'information communiquée au sujet d'une question d'intérêt public »³⁴⁰, et que ce moyen était nécessaire pour « protéger les réputations tout en permettant l'échange public d'information fondamental pour la société canadienne moderne »³⁴¹.

S'éloignant de la jurisprudence britannique, la CSC a créé une défense qui ne se limite pas aux médias, que peut invoquer « quiconque diffuse du matériel d'intérêt public, quel que soit le média »³⁴². Le défendeur doit prouver qu'il s'agissait d'une diffusion d'une question d'intérêt public, et qu'il a agi de façon responsable pour tenter de vérifier l'exactitude de l'énoncé, d'après une liste de facteurs³⁴³.

Dans son étude de la jurisprudence appliquant la nouvelle défense, Hilary Young fait valoir que ces facteurs sont plus logiques dans le contexte du journalisme, et qu'il faudra peut-être les modifier pour les appliquer à des formes différentes de communication, dont celle par Internet³⁴⁴. Un « gazouillis » responsable peut sembler différent d'un « blogue » responsable, lequel peut sembler différent d'un « article de presse » responsable. Elle propose que le critère à préférer quand le contexte n'est pas celui des médias serait de remplacer la notion de responsabilité par celle du caractère raisonnable. Le tribunal pourra demander s'il a été raisonnable de diffuser les propos diffamatoires en prenant le risque qu'ils soient faux, quel degré de préjudice entraînerait le fait qu'ils le soient, et quels ont été les avantages de la diffusion, malgré le risque. Selon elle, une norme du caractère raisonnable serait plus souple et mieux adaptée à la complexité et à la diversité de la communication à l'époque d'Internet.

Question à aborder

16. Les moyens de défense de la common law en matière de diffamation devraient-ils faire l'objet de réformes ou de codifications, comme cela a été le cas avec la *Defamation Act 2013* (R.-U.)?

G. Recours judiciaire en cas de diffamation

Le procès en diffamation a pour objet de rétablir la réputation du demandeur, ce qui s'obtient traditionnellement par l'adjudication de dommages-intérêts. D'autres recours sont possibles – injonction, rétractation, excuses – seulement dans certains cas. Depuis quelque temps, les tribunaux élargissent semble-t-il la doctrine traditionnelle relative au recours, afin d'assurer une réparation efficace en cas de cyberdiffamation. Mais jusqu'à présent, ces autres recours ont été employés avec peu de méthode, et il n'est pas clair si on peut les employer au-delà du contexte des médias traditionnels³⁴⁵.

Selon quelques commentateurs, il faudrait pouvoir avoir davantage recours à d'autres mesures³⁴⁶. Il est souvent peu question d'argent dans les actions en diffamation, et des mesures telles que la rétractation ou la rectification et des excuses peuvent mieux convenir en matière de cyberdiffamation.

La CDO examine ci-après les mesures de recours – traditionnelles et nouvelles, pouvant être accordées dans des actions en diffamation. La réparation la plus efficace pour le demandeur, s'il s'agit d'Internet, sera peut-être une ordonnance contre un intermédiaire tiers qui héberge le contenu diffamatoire. Les recours contre les intermédiaires sont brièvement discutés. Leur responsabilité quant aux contenus diffamatoires présents dans leurs plateformes est détaillée plus loin au chapitre VII.

1. *Les recours en matière de diffamation – tradition et nouveauté*

i. Les dommages-intérêts

Les dommages-intérêts sont traditionnellement la première réparation en cas de diffamation. Les dommages-intérêts généraux visent à dédommager les dommages à la réputation et le préjudice social, à rétablir la réputation du demandeur et à prendre en compte la détresse, la souffrance et l'humiliation causées par les propos diffamatoires³⁴⁷. Les dommages-intérêts majorés peuvent être accordés dans les cas où le défendeur a agi de façon particulièrement malveillante ou cavalière³⁴⁸.

L'atteinte à la réputation ne se convertit pas facilement en termes monétaires. C'est pourquoi le montant des dommages-intérêts accordés se mesure en fonction de plusieurs facteurs – « situation et qualité du demandeur, nature et gravité des propos diffamatoires, mode et ampleur de la diffusion, absence de rétractation ou d'excuses ou refus de le faire, ensemble des agissements et des motifs du défendeur de la diffusion au jugement, toute preuve de circonstance aggravante ou atténuante »³⁴⁹.

Le fait que la diffamation ait souvent lieu en ligne suscite au moins deux groupes de questions : les dommages-intérêts peuvent-ils rétablir la réputation du demandeur? Conviennent-ils à cette fin?

Internet a ajouté beaucoup de complexité à la mesure des dommages-intérêts en cas de diffamation. Un blogue diffamatoire peut aller très loin, très vite. Il peut être repris en dehors de son contexte, lui donnant ainsi plus (ou moins) de crédibilité qu'il n'en mérite. Même si son auteur le retire, son « écho numérique » peut être indéfiniment audible pour tous³⁵⁰. Et il est plus difficile d'atténuer l'atteinte à la réputation du fait de cet écho, lequel facilite en revanche l'évaluation de celle-ci avec des algorithmes d'analyse des sentiments³⁵¹.

La Cour d'appel de l'Ontario a jugé dès 2004 que l'attribution de dommages-intérêts en cas de cyberdiffamation doit tenir compte « de l'ubiquité, de l'universalité et de l'utilité d'Internet »³⁵². Les tribunaux se sont ultérieurement appuyés sur cette affirmation pour justifier qu'ils accordaient des dommages-intérêts supérieurs en cas de cyberdiffamation, sur le fondement que la réputation du demandeur avait subi un préjudice relativement plus grave³⁵³. D'où l'inquiétude que ce raisonnement puisse parvenir à paralyser la liberté d'expression³⁵⁴.

On se demande par ailleurs si les dommages-intérêts versés dans le contexte d'Internet sont efficaces pour rétablir la réputation du demandeur. Leur pertinence en tant que recours en cas de diffamation est contestée depuis longtemps, et la nature de la cyberdiffamation a apporté de nouveaux éléments au débat³⁵⁵. On s'inquiète surtout de ce que le message porté par leur attribution (les propos diffamatoires sont sans fondement) puisse ne pas être associé à ces propos, qui demeurent publics. Un blogue diffamatoire pourra par exemple continuer de caracoler en tête des résultats de recherche, alors que les rectifications, excuses ou comptes rendus de procès sont enterrés des pages plus loin. Selon David Potts, « dans le cyberspace, l'atteinte à la réputation peut être indélébile, même si la personne visée est entièrement disculpée »³⁵⁶. Ce phénomène, qu'il qualifie de « permanent », laisse entendre lui aussi qu'il convient peut-être de revoir les mesures de recours possibles en cas de diffamation au 21^e siècle.

ii. L'injonction

[TRADUCTION] On peut raisonnablement avancer l'hypothèse que beaucoup de demandeurs dans des affaires de libelle se satisferaient de faire taire leur diffamateur, tout simplement, même si cela voulait dire renoncer à des dommages-intérêts. Et tous ou presque voudraient bien, si cela était possible, que les propos offensants n'aient jamais été diffusés. Bref, si cela leur est possible, la plupart des demandeurs préfèrent l'injonction au procès³⁵⁷.

Malgré les limites des dommages-intérêts en cas de diffamation, et les avantages relatifs des mesures injonctives rapides, l'injonction interlocutoire est exceptionnelle dans les actions en diffamation. Elle ne devrait être prise que « lorsque les propos reprochés sont si manifestement diffamatoires que tout verdict à l'effet contraire d'un jury serait considéré abusif »³⁵⁸. Le fait de réserver l'injonction aux « cas les plus rares et les plus évidents » empêche toute « restriction préalable », et est compatible avec le droit à la liberté d'expression³⁵⁹.

Le même critère rigoureux touchant l'injonction a été jugé applicable aux cas de cyberdiffamation du fait de blogueurs anonymes³⁶⁰. Des jugements portent à croire cependant que les tribunaux pourront appliquer le critère de façon plus libérale, afin d'empêcher ce type de blogueur de se soustraire à la procédure judiciaire³⁶¹. En 2010, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu ainsi dans *Canadian National Railway Co. v. Google Inc.* que le critère était respecté dans les affaires dans lesquelles des blogueurs anonymes ayant affiché des propos manifestement diffamatoires dans un blogue hébergé par Google n'avaient pas produit de défense. Elle a ordonné une injonction interlocutoire à l'égard de Google et des blogueurs, ainsi que le retrait du blogue³⁶².

Contrairement à l'injonction interlocutoire, l'injonction permanente peut être rendue après une conclusion de responsabilité, dans les cas où 1) le défendeur continuera de diffuser les propos

diffamatoires même s'il a été reconnu responsable, ou 2) l'attribution de dommages-intérêts est peu susceptible d'être exécutoire, le défendeur manquant de ressources³⁶³. En 2015, un jury a ainsi conclu dans *Warman v. Fournier* que deux administrateurs d'un babillard politique étaient responsables de 41 déclarations diffamatoires à l'égard du demandeur. Ils ont été reconnus coupables d'actes malveillants, et ont refusé de s'excuser ou de se rétracter. La Cour supérieure de justice a donc rendu une injonction permanente leur interdisant de diffuser les propos qu'elle a jugés diffamatoires à l'égard du demandeur³⁶⁴.

L'injonction peut être inefficace dans les actions en diffamation, car elle peut ne pas être exécutoire. Le défendeur qui affiche de la diffamation en ligne est moins susceptible de se trouver dans le ressort de la juridiction, contrairement à la même situation dans la réalité physique. Traditionnellement en pareil cas, les tribunaux ont été moins enclins à rendre des injonctions. La jurisprudence en matière de cyberdiffamation indique toutefois que les tribunaux peuvent faire une interprétation libérale des principes traditionnels, afin de façonner des réparations efficaces. En 2004, la Cour d'appel de l'Ontario a ainsi confirmé l'injonction dans *Barrick*, alors même que le défendeur résidait dans une autre province canadienne. Elle a conclu que « la nature hautement transmissible » des billets diffamatoires sur Internet devrait être pertinente pour ordonner l'injonction permanente :

[TRADUCTION] les tribunaux sont confrontés à un dilemme. D'un côté, ils peuvent désespérer, et juger qu'appliquer la loi contre des transmissions si éphémères est inefficace, et donc, que seul le ressort où l'on peut trouver l'auteur de la communication peut sanctionner son comportement offensant. De l'autre, ils peuvent au moins protéger leur propre ressort contre de nouvelles occurrences des actes reprochés³⁶⁵.

En 2017, la CSC a confirmé dans *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.* une injonction contre Google l'enjoignant de délistier des pages Web précises de l'ensemble de ses résultats de recherche dans le monde entier³⁶⁶. Il s'agissait d'un différend dans lequel la défenderesse se cachait dans le cyberspace pour y vendre comme les siens des éléments de la propriété intellectuelle du demandeur. Frustré de ne pas obtenir de réparation directe de la part de la défenderesse, il a demandé une injonction contre Google Inc., pour qu'elle retire le site Web de la défenderesse de l'ensemble de ses résultats de recherche dans le monde entier³⁶⁷. La juge Abella a ainsi motivé sa décision de confirmer l'injonction :

Le problème en l'espèce se pose en ligne et à l'échelle mondiale. L'Internet n'a pas de frontières — son habitat naturel est mondial. La seule façon de s'assurer que l'injonction interlocutoire atteint son objectif est de la faire appliquer là où Google exerce ses activités, c'est-à-dire mondialement³⁶⁸.

La décision de l'arrêt *Equustek* ne peut s'appliquer directement au contexte de la cyberdiffamation, la CSC ayant appliqué le critère moins élevé touchant les actes délictueux, lequel ne fait pas intervenir de considération touchant la liberté d'expression³⁶⁹.

En 2015, la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait refusé dans une affaire de cyberdiffamation de rendre une injonction pour que Google retire des pages de ses résultats de recherche. Il s'agissait dans *Nielema v. Malamas* d'un avocat qui subissait une campagne de diffamation nourrie de la part d'un

ancien client. Google avait volontairement retiré 146 pages Web de Google.ca, mais l'avocat a demandé une ordonnance élargissant le retrait au-delà de la compétence territoriale de la Cour³⁷⁰. Celle-ci a rejeté la demande pour des motifs de compétence, et conclu qu'elle « hésitait à rendre une ordonnance qui ne peut être exécutée »³⁷¹. Elle renvoyait à l'immunité dont bénéficient les intermédiaires aux États-Unis en vertu de l'article 230 de la *Communications Decency Act*, et de la *SPEECH Act*, interdisant aux tribunaux de ce pays d'exécuter des jugements étrangers qui contreviendraient au Premier amendement³⁷². Elle a refusé de rendre une ordonnance qui ne serait pas exécutoire aux États-Unis.

Malgré la décision de l'arrêt *Equustek* en 2017, la valeur pratique du retrait comme réparation en cas de cyberdiffamation est limitée par des considérations de compétence³⁷³. Néanmoins, les arrêts *Equustek* et *Barrick* indiquent tous deux que les tribunaux s'efforcent d'adapter les principes traditionnels afin de proposer des mesures injonctives qui soient efficaces à l'époque de l'Internet.

iii. La rétractation, les excuses, et autres nouvelles mesures de recours

Selon les recherches et les consultations préliminaires de la CDO, de nombreux demandeurs dans des actions en diffamation ne recherchent pas tant la réparation monétaire que le rétablissement de la vérité. Le droit subit donc de plus en plus de pressions, de même que les tribunaux, pour que soit reconnue une plus grande variété de recours qui soient mieux adaptés au rétablissement de la réputation et aux qualités uniques de la cyberdiffamation.

La rétractation qu'impose le tribunal est une mesure qui vise à rétablir la réputation³⁷⁴. Le demandeur réclamait dans *Fournier* 2014 que les défendeurs se voient ordonner de diffuser une rétractation sur leur page d'accueil, là où ils avaient affiché les commentaires diffamatoires³⁷⁵. Le juge a conclu qu'il avait compétence pour rendre cette ordonnance, qui s'apparentait à une injonction obligatoire, mais a refusé d'accorder la réparation, car selon lui, les dommages-intérêts ont suffi à rétablir la réputation, et le refus des défendeurs de s'excuser ou de se rétracter a été pris en compte dans l'attribution des dommages-intérêts.

On peut soutenir que la rétractation convient mieux aux actions en diffamation, car elle vise à rétablir la réputation du demandeur là même où sa réputation a été atteinte. Celle qu'impose le tribunal a toutefois ses limites en tant que mesure de recours. Elle n'est pas considérée comme adaptée au contexte des opinions : « par la réfutation, le débat continu y sert mieux l'intérêt public que son achèvement imposé », et on peut considérer qu'il est injuste de revenir sur des opinions sincères »³⁷⁶. C'est pour cette raison que la doctrine se prononce contre la rétractation judiciaire³⁷⁷.

La *Defamation Act 2013* a créé deux nouvelles mesures de recours en cas de diffamation. Son article 12 prévoit que le tribunal peut ordonner au défendeur n'ayant pas eu gain de cause de diffuser le résumé du jugement³⁷⁸, ce qui ressemble à la rétractation et peut être précieux quand les parties ne peuvent s'entendre sur le libellé des excuses ou de la rectification. Son article 13 prévoit que le tribunal peut ordonner aux intermédiaires de l'Internet de retirer le contenu qu'il a jugé diffamatoire³⁷⁹.

Dans le cas où le demandeur a gain de cause dans sa requête en règlement sommaire, la *Defamation Act 1996* prévoit des mesures nouvelles³⁸⁰ - déclaration, rectification, excuses. Les excuses sont intéressantes. Les tribunaux ne sont généralement pas compétents pour les ordonner à titre de réparation d'une diffamation³⁸¹, et ce parce que d'une part, elles violent la liberté d'expression, et d'autre part, il est impossible de garantir que des excuses imposées soient sincères. On assure parfois cependant qu'elles peuvent constituer une réparation simple et efficace de la cyberdiffamation, car elles permettent d'exercer concrètement « un degré de civilisation et de responsabilité » dans les réseaux des médias sociaux sans décourager leur utilisation³⁸².

La marque à joindre au contenu en ligne dont la véracité est contestée en justice est une mesure de recours propre à Internet qui a été proposée, mais rejetée lors de la réforme britannique³⁸³.

Selon Alastair Mullis et Andrew Scott, les réformes britanniques des recours ne sont pas allées assez loin, et une plus grande variété de mesures exprimées par écrit seraient plus utiles pour rétablir la réputation, favoriser la liberté d'expression ainsi que l'accès public aux informations d'intérêt général³⁸⁴ :

[TRADUCTION] ce que veulent la plupart des demandeurs dans des affaires de libelle, c'est une rectification rapide ou un droit de réponse. Ils ne veulent pas être entraînés dans des actions coûteuses et longues. Le plus efficace pour rétablir la réputation est de s'assurer que la vérité est diffusée, et que les fausses déclarations sont corrigées. La plupart des défendeurs responsables devraient être disposés à diffuser une rectification rapide quand on leur montre la vérité [...] Quand celle-ci est contestée, le droit de réponse peut apaiser le sentiment de chaque partie qu'elle a la justice pour elle³⁸⁵.

La CDO doit se demander si ou comment il faudrait adapter les recours classiques à la diffamation sur Internet.

2. Les limites de mesures judiciaires de recours en cas de cyberdiffamation

La discussion ci-dessus appelle d'autres questions quant à décider si les mesures judiciaires de recours conviennent à la réparation de la cyberdiffamation. Il y en a au moins quatre.

En premier lieu, la publicité ou la notoriété des actions en diffamation peuvent en réalité empirer la réputation du demandeur, même s'il a gain de cause. Et ce parce que, du fait du caractère public du procès, les propos diffamatoires peuvent se trouver diffusés à une audience plus vaste encore (par les médias sociaux par exemple). Un commentateur se demande :

[TRADUCTION] combien de temps il va falloir aux avocats pour comprendre que le simple fait de tenter de réprimer ce qui n'est pas à leur goût en ligne transforme ce que la plupart des gens ne verraient jamais en quelque chose qui est à présent vu par beaucoup de monde³⁸⁶.

En deuxième lieu, les jugements peuvent ne pas être assez publics pour neutraliser l'atteinte à la réputation causée par la cyberdiffamation. La publicité (éventuelle) d'une action en diffamation réussie n'aura pas toujours la même audience qu'un billet des médias sociaux par exemple³⁸⁷. La justice ne dispose d'aucun moyen direct pour diffuser le résultat; néanmoins quelques-uns des nouveaux recours

discutés précédemment auraient cet effet. À tout le moins, le demandeur qui a eu gain de cause doit pouvoir diffuser lui-même la décision ou espérer que celle-ci attire l'intérêt des médias.

En troisième lieu, on peut soutenir que la procédure judiciaire est trop lente pour réellement réparer la cyberdiffamation. Le problème n'est pas propre à ce domaine, mais il s'y trouve peut-être exacerbé. En 1979, la Commission de réforme du droit de l'Australie a estimé que la justice ne permet pas de réaliser l'objet du droit de la diffamation, qui est de réparer les atteintes à la réputation :

[TRADUCTION] le véritable rétablissement de la réputation dépend de la rapidité. La vérité doit être affirmée quand le contexte est encore frais, avant que le mensonge ne devienne un fait dans l'esprit des lecteurs. Or, la rapidité brille par son absence³⁸⁸.

Elle a cité des exemples d'actions en diffamation dont le règlement a duré jusqu'à cinq ans. Des exemples similaires existent en Ontario³⁸⁹.

En quatrième lieu, le procès peut être un processus trop formel, trop punitif pour certaines formes de communication ou de diffamation par Internet. L'accessibilité et la durabilité de l'expression sur Internet peuvent « permettre au droit de régir des types de commentaire et de conversation auxquels il s'appliquait peu auparavant »³⁹⁰. Un commentaire idiot exprimé à ses amis ou à ses proches n'aurait jamais suscité une attention énorme, encore moins une responsabilité en droit. À présent, le même commentaire affiché en ligne peut vite gagner en notoriété et donner lieu à une action en diffamation. Les recours et les processus judiciaires sont-ils la réponse qui convient à ces communications? Ou bien est-ce que la légalisation de celles-ci porterait-elle atteinte à « la liberté, dans la vie de tous les jours, de converser, de prendre des risques, de faire des erreurs »³⁹¹.

Dans ces conditions, la CDO se demande si des mesures qui pourraient se substituer à l'action en justice seraient plus efficaces pour la cyberdiffamation. Par exemple, Internet permet les réfutations concomitantes et accessibles. On peut soutenir que cet élément propre à Internet devrait être pris en compte dans l'évaluation des dommages-intérêts³⁹². Le demandeur peut afficher une réfutation aux accusations, ou même ne pas aller en justice pour limiter l'atteinte à sa réputation³⁹³.

Le chapitre VIII expose des mesures qui pourraient se substituer à l'action en justice pour régler la cyberdiffamation. La CDO prie les intervenants de réfléchir aux réformes qui pourraient être apportées aux mesures actuellement possibles dans les actions en diffamation, de façon à améliorer quelques-unes des limites examinées ci-dessus.

Questions à aborder

17. Quels principes faudrait-il appliquer si l'on adapte les dommages-intérêts et les injonctions à la diffamation par Internet?

18. L'Ontario devrait-il instituer par voie législative de nouveaux recours en cas de diffamation, qui permettent de défendre plus directement la réputation des demandeurs ayant gain de cause et qui tiennent compte de la nature de la diffamation par Internet?

H. Distinction entre libelle et diffamation verbale

Terme générique, la diffamation comprend deux délits – le libelle et la diffamation verbale. Le libelle fournit une cause d'action pour les faux propos diffusés avec un certain degré de permanence – ils sont écrits ou imprimés par exemple. C'est ce terme qui s'applique légalement à ce qui est radiodiffusé ou télédiffusé. La diffamation verbale s'entend des faux propos exprimés verbalement, de façon non durable, la cause d'action découlant en général uniquement si le demandeur peut prouver des dommages spéciaux (réellement mesurables).

Apparue seulement à la fin du 17^e siècle, la distinction entre libelle et diffamation verbale a été critiquée dès 1812³⁹⁴. Depuis, la réforme du droit et la doctrine la dénoncent régulièrement³⁹⁵. Le Comité Faulks a soutenu en 1975 que la distinction n'a plus de sens à notre époque de communications technologiques perfectionnées³⁹⁶.

La plupart des provinces et des territoires ont supprimé la distinction³⁹⁷. La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada l'a éliminée de sa loi uniforme sur la diffamation³⁹⁸. Seuls l'Ontario, la Colombie-Britannique et la Saskatchewan l'ont maintenue dans leur législation³⁹⁹.

L'Australie l'a également éliminée⁴⁰⁰. Elle n'a pas été abordée dans la *Defamation Act 2013*, et perdue donc dans les législations anglaise et galloise⁴⁰¹. Ce maintien de la distinction a été critiqué, étant donné les autres dispositions de cette loi⁴⁰².

La *Loi sur la diffamation* modifie dans une certaine mesure la distinction entre libelle et diffamation verbale qui existe en common law, en ce qu'elle élimine l'obligation classique de faire la preuve de dommages spéciaux dans l'action en diffamation verbale, dans les cas où celle-ci serait constituée de :

- « mots visant à dénigrer le demandeur dans l'exercice de sa charge, de sa profession, de son métier, ou dans l'exploitation de son commerce ou de son entreprise »⁴⁰³;
- « discrédit de titre, discrédit de marchandise ou d'autres mensonges malveillants »⁴⁰⁴.

Sous réserve de ces subtilités législatives, les tribunaux observent toujours la distinction en Ontario⁴⁰⁵.

L'argument stratégique en faveur du maintien de la distinction semble être l'inquiétude que les tribunaux soient inondés de petites actions triviales en diffamation verbale, sans exigence relative aux dommages spéciaux⁴⁰⁶. Selon l'argument contraire, le coût élevé du contentieux exclut probablement cette possibilité. On s'inquiète aussi de la capacité de prouver le contenu éphémère de la diffamation verbale. Plus on peut prouver avec certitude ce qui a été diffusé – en produisant le document écrit par exemple, plus on peut sans risque estimer ou présumer en droit l'atteinte à la réputation qui a résulté.

On peut se demander, de façon plus prospective, si la cybercommunication donne lieu à une nouvelle justification du maintien de la distinction. La doctrine soutient parfois que même si les propos exprimés dans les médias sociaux sont permanents à beaucoup d'égards, ils possèdent un degré de familiarité qui frise la diffamation verbale. On a donc fait valoir que l'action en diffamation portant sur de tels propos devrait ne concerner que les affaires dans lesquelles le demandeur peut prouver des dommages

spéciaux⁴⁰⁷. Cette idée a été implicitement rejetée par la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande dans *Karam*⁴⁰⁸ : elle a certes reconnu le caractère informel et immédiat du blogue, mais a jugé que sa permanence continue d'exposer le demandeur au même risque de préjudice, et que le blogue doit être soumis au même critère juridique que la communication imprimée classique. De plus, contrairement aux ragots dans la réalité physique, les communications électroniques sont plus faciles à prouver car elles laissent souvent des traces difficiles à effacer.

Question à aborder

19. L'Ontario devrait-il maintenir la distinction entre libelle et diffamation? Si oui, les communications par Internet devraient-elles relever du premier ou de la seconde?

V. ACCÈS À LA JUSTICE ET PROCÉDURE JUDICIAIRE

A. Introduction

En sa qualité d'organisme de réforme du droit dont le mandat est de favoriser l'accès à la justice, la CDO s'inquiète de facteurs qui y sont liés et qui sous-tendent bon nombre des questions de ce projet. L'accès à la justice est une question complexe qui se pose aussi bien dans le cadre judiciaire habituel que dans le contexte du règlement extrajudiciaire des différends en marge du système judiciaire. Le présent document de travail examine la question de l'accès à la justice de ces deux points de vue. Le présent chapitre est axé sur les procédures judiciaires et les règles des tribunaux pour le règlement des différends portant sur la diffamation. Le chapitre VIII porte sur les mécanismes de rechange pour le règlement de ces différends.

Les règles qui régissent les procédures judiciaires sont exposées, en grande partie, dans la *Loi sur la diffamation* de l'Ontario et dans les différentes règles des tribunaux⁴⁰⁹. Cela signifie, en théorie du moins, que les règles qui régissent l'accès au règlement judiciaire des différends s'appliquent équitablement à tous et que le règlement des différends est du domaine public. Cependant, les systèmes légaux et judiciaires actuels ont été conçus en grande partie pour résoudre des différends entre des demandeurs habituels (personnalités publiques) et des défendeurs habituels (entreprises médiatiques, journaux, radiodiffuseurs et télédiffuseurs) dans des procès en diffamation. Aujourd'hui, avec la démocratisation de l'information qu'a permise l'Internet, un éventail beaucoup plus large de personnes et d'entreprises cherchent à régler des différends portant sur la diffamation.

Même en l'absence de questions relatives à Internet, notre système judiciaire est soumis à des pressions considérables, en Ontario et ailleurs, en raison des coûts élevés des actions en diffamation et de la lenteur des décisions, ce qui pose des difficultés d'accès à la justice⁴¹⁰. Ces préoccupations peuvent s'aggraver dans le cadre de ces litiges qui coûtent souvent très cher en raison de la grande complexité juridique et du dossier factuel de preuves complexes nécessaire pour étayer des allégations de diffamation ou présenter une défense. En outre, les parties à une action en diffamation peuvent avoir des objectifs et des intérêts divergents. Par exemple, outre les objectifs de toutes les parties (et du grand public) d'assurer l'équité de la procédure, l'obtention de résultats équitables, le règlement rapide des questions et le règlement rentable des différends, les demandeurs dans des actions en diffamation peuvent viser également à rétablir leur réputation.

En plus de ces préoccupations, les allégations de cyberdiffamation soulèvent souvent des questions uniques de droit et d'accès à la justice qui remettent en cause le paradigme traditionnel ainsi que les règles législatives et celles des tribunaux qui encadrent le règlement des actions en diffamation. Par exemple, des questions complexes de nature juridictionnelle se posent couramment ou encore des questions de savoir s'il faut (ou comment) démasquer des défendeurs anonymes, sinon les deux.

Les actions en diffamation comportent donc plusieurs aspects procéduraux qui peuvent représenter des obstacles considérables à l'accès à la justice, aussi bien pour les demandeurs que pour les défendeurs. Malgré l'étendue et la complexité des problèmes de fond liés au délit de diffamation, un grand nombre

de parties prenantes se sont dit d'avis, lors des consultations préliminaires, que le problème de réforme le plus pressant avait trait à la procédure par laquelle les actions en diffamation sont actuellement résolues⁴¹¹. De fait, il a été avancé que [TRADUCTION] « le déséquilibre majeur » dans le droit en matière de diffamation « n'est pas celui qui favorise la réputation au détriment de la liberté de parole, ou vice versa... [mais plutôt] celui qui favorise les demandeurs qui ont les moyens de défendre leurs diffusions ou de soutenir leur réputation au détriment de ceux qui n'en ont pas⁴¹² ». En Ontario, ces questions sont exacerbées par la présente *Loi sur la diffamation* qui est largement reconnue comme étant désuète et impuissante à résoudre les litiges en matière de cyberdiffamation.

Dans son projet, la CDO vise à réexaminer plusieurs de ces questions de procédure à partir des principes fondamentaux, c'est-à-dire en examinant comment la nature des allégations de diffamation a changé à l'époque de l'Internet et en recensant les procédures qui assurent le mieux l'accès à la justice dans ce nouvel environnement. Dans le cadre de cette démarche, elle reviendra sur les dispositions de la *Loi sur la diffamation* et proposera des réformes visant des dispositions particulières ou une réforme en profondeur de la loi dans son ensemble.

Le présent chapitre est axé sur les actions en diffamation qui sont engagées devant les tribunaux. Cependant, comme on le verra ci-dessous, il y a des limites inhérentes à la procédure judiciaire comme moyen d'établir la justice dans certains cas, et il est peu probable, peu importe la réforme, que l'on puisse les contourner dans la pratique. En même temps, l'Internet a rendu possible d'autres mécanismes informels de règlement des différends qui sont déjà à l'œuvre et qui doivent être pris en compte comme solution de rechange au paradigme de justice traditionnel axé sur les tribunaux. Dans le chapitre VIII, la perspective est élargie et des mécanismes extrajudiciaires qui permettraient de résoudre des affaires de diffamation à l'époque de l'Internet sont pris en considération.

B. Coûts et complexité des actions en diffamation

Avant de s'intéresser à quelques-uns des éléments propres aux actions en diffamation, il importe de se pencher sur l'ensemble du processus, et de déterminer dans quelle mesure les coûts et la complexité de ces actions compromettent l'accès à la justice.

1. Contexte : réforme de la justice civile en Ontario

Les actions en diffamation fournissent un exemple parmi d'autres d'une justice civile qui ne réussit pas, selon une opinion très répandue, à servir les intérêts des Canadiens. En 2013, le Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale a constaté l'évidence : le système de justice en matière civile « est trop complexe, trop lent et trop cher⁴¹³ ». Selon son rapport intitulé *Une feuille de route pour le changement*, seulement 6,5 % des problèmes juridiques se rendent jusqu'au niveau du système de justice officiel⁴¹⁴. Dans le 2016 World Justice Project Rule of Law Index, le Canada s'est classé au 12^e rang des 36 pays à revenu élevé où l'accessibilité et le coût abordable de la justice civile constituent des lacunes particulières par rapport à d'autres mesures⁴¹⁵.

Alors qu'autrefois, la réforme de la justice était axée principalement sur le système judiciaire officiel, le Comité d'action a recommandé la mise en place d'un système plus global axé sur l'utilisateur :

Nos procédures officielles actuelles semblent devenir sans cesse plus compliquées et disproportionnées par rapport aux besoins des plaideurs et des questions en cause. Les problèmes juridiques de la vie quotidienne nécessitent des solutions en temps opportun, justes et d'un bon rapport qualité-prix. Les procédures doivent être simples et proportionnelles afin que le système dans son ensemble soit soutenable. Pour améliorer le système, nous avons besoin d'une nouvelle façon de penser qui soit axée sur la simplicité, la cohérence, la proportionnalité et la soutenabilité à tous les stades du processus⁴¹⁶.

La CDO est d'avis que ce sont des conseils utiles, même dans le contexte d'actions en diffamation qui se situent généralement à l'extrême technique de l'échiquier des instances civiles. Dans le cadre du présent projet, elle invite les parties prenantes à remettre en question les hypothèses traditionnelles relatives aux actions en diffamation et à examiner toutes les façons possibles de simplifier la procédure et de réduire les coûts, tout en assurant l'équité de la procédure dans son ensemble.

2. Coût et complexité des actions en diffamation

De l'avis des parties prenantes, les actions en diffamation sont considérées, parmi les actions civiles en général, comme étant particulièrement onéreuses et complexes, tant pour les parties concernées que pour le système de justice en général.

Les causes de cette situation ne sont pas simples. La grande complexité du droit en matière de diffamation et des procédures à suivre pour plaider une cause en la matière contribue à accroître les coûts et à former des obstacles à l'accès à la justice. Lorsque les propos contestés ont été diffusés dans Internet, les coûts peuvent s'avérer encore plus importants. Par exemple, la facilité avec laquelle les propos qui y sont diffusés sont reproduits fait en sorte qu'une déclaration diffamatoire initiale se répande pour composer une masse ingérable de communications qu'un demandeur doit tenter d'identifier dans un acte de procédure⁴¹⁷. Toute innovation en matière de procédure visant à améliorer l'accès à la justice doit prendre en compte la nature unique de la cause d'action.

La complexité des actions en diffamation découle également du fait qu'elles visent plus souvent à rétablir la réputation qu'à réparer un préjudice pécuniaire. Un demandeur peut donc être motivé à faire valoir ses droits devant les tribunaux même si ce n'est pas avantageux sur le plan financier. Les frais judiciaires peuvent rapidement éclipser le montant en cause⁴¹⁸. De plus, l'animosité personnelle entre les plaideurs peut mener à des procédures préparatoires et des interrogatoires préalables controversés, ainsi qu'à des procès plus longs⁴¹⁹. Il y a des exemples de diffamateurs récalcitrants qui poursuivent une campagne acharnée contre un demandeur dans Internet, sans se soucier des procédures judiciaires, des injonctions, d'une faillite ou de procédures pour outrage au tribunal⁴²⁰.

3. L'objectif de proportionnalité

Le principe de la proportionnalité s'est imposé comme une mesure propre à modérer les étapes procédurales excessives et les coûts afférents dans les procès civils. Principe souhaitable, il trouve son

expression dans les *Règles de procédure civile* de la Cour de justice de l'Ontario, et la Cour suprême du Canada y a souscrit dans l'arrêt *Hryniak c. Maudlin*⁴²¹. La Cour a statué que « les règles régissant les jugements sommaires doivent recevoir une interprétation large et propice à la proportionnalité et à l'accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes⁴²² ». Bien que l'objectif soit d'assurer un procès juste et équitable, la Cour a souligné que, « tout comme l'on ne s'attend pas à la tenue d'un procès avec jury dans le cas d'une contravention de stationnement contestée, les procédures en place pour trancher des litiges civils doivent être adaptées à la nature de la demande⁴²³ ».

L'objectif de proportionnalité a aussi été pris en compte dans des actions en diffamation. Dans *Jameel v. Dow Jones*, le juge Phillips MR a écrit :

[TRADUCTION] Le rôle du tribunal n'est plus simplement d'assurer l'équité des règles du jeu, mais d'arbitrer le conflit dans lequel les parties s'engagent. Le tribunal doit s'assurer que les ressources judiciaires sont utilisées adéquatement et proportionnellement suivant les besoins de la justice⁴²⁴.

Un exemple particulièrement frappant du besoin de proportionnalité dans les actions en diffamation en Ontario est celui du célèbre procès *Warman v. National Post* au cours duquel des escarmouches concernant la production de documents dans un procès en diffamation se sont produites pendant six ans malgré une décision complète par le protonotaire sur l'importance de la proportionnalité dans le procès⁴²⁵.

Le principe de la proportionnalité est relativement facile à énoncer, mais plus difficile à appliquer dans des situations où il pourrait compromettre le droit du demandeur d'être entendu à fond ou le droit absolu de réponse du défendeur. De plus, dans un contexte de diffamation, il ne faut pas perdre de vue [TRADUCTION] « qu'il pourrait s'avérer approprié de prendre en compte le principe de proportionnalité en appliquant des critères différents de ceux qui sont utilisés dans d'autres litiges civils »⁴²⁶. Dans le présent projet, la question est de savoir si des réformes de procédure permettraient d'atteindre la proportionnalité dans des différends portant sur la diffamation, tout en poursuivant l'objectif sous-jacent d'assurer une procédure juste et équitable⁴²⁷. Ces thèmes sous-tendent les discussions portant sur des procédures judiciaires spécifiques dans les pages qui suivent.

C. Capacité des personnes morales d'intenter une action en diffamation

Comme le sait tout propriétaire d'entreprise ayant fait l'objet d'une critique diffamatoire sur Internet, une atteinte à la réputation de l'entreprise peut avoir un effet dévastateur. Au Canada et au Royaume-Uni, les personnes morales ont le droit d'intenter une action en diffamation au même titre que les particuliers⁴²⁸. Une distinction s'établit seulement lorsqu'il est question de dommages-intérêts. Les personnes morales ne peuvent subir que des préjudices commerciaux⁴²⁹. Comme l'a statué la Chambre des lords dans *Lewis v. Daily Telegraph Ltd.* :

[TRADUCTION] Une entreprise ne peut pas être blessée dans son amour-propre. Elle ne peut subir que des préjudices pécuniaires. Un libelle diffamatoire peut porter atteinte à sa réputation, mais ce préjudice doit être évalué en espèces sonnantes⁴³⁰.

Par conséquent, les personnes morales peuvent se voir accorder des dommages-intérêts généraux, mais pas des dommages-intérêts majorés qui sont destinés à réparer un préjudice moral⁴³¹.

Bien que le droit des personnes morales d'intenter des actions en diffamation soit acquis depuis longtemps, beaucoup sont d'avis que la protection de la réputation des sociétés empiète indûment sur la liberté d'expression. En Australie, les législateurs ont aboli ce droit de la plupart des personnes morales, et l'ont conservé uniquement pour les sociétés sans but lucratif et les sociétés ayant moins de 10 employés⁴³². On examine ici les arguments pour et contre ce droit des personnes morales, et la CDO demande aux parties prenantes de déterminer s'il convient de le modifier.

1. Arguments en faveur de la suppression du droit des personnes morales d'intenter des actions en diffamation

Dans un article très exhaustif sur ce sujet, Hilary Young avance de nombreux arguments en faveur de la réforme⁴³³. En voici trois.

i. La réputation des personnes morales est moins digne de protection.

La réputation des personnes morales fait appel à une échelle de valeurs plus restreinte que la réputation d'un particulier. Le chapitre III a abordé le concept de réputation sur le plan de la propriété, de l'honneur et de la dignité. À l'époque moderne, la diffamation est entendue principalement comme la protection de l'estime de soi et de la dignité. Cependant, la réputation des personnes morales comprend exclusivement des intérêts de propriété. Les pertes économiques subies par des entreprises diffamées se rapportent davantage « à la publicité, aux relations publiques et à l'image » qu'aux relations sociales⁴³⁴. Par conséquent, certains spécialistes soutiennent que la réputation d'une société doit peser moins sur l'équilibre entre liberté d'expression et protection de la réputation⁴³⁵.

ii. Critiquer les personnes morales est une expression ayant un fondement valable.

Permettre aux entreprises d'intenter des actions pour diffamation peut avoir pour effet de modérer des propos utiles⁴³⁶. La critique des entreprises et de leurs activités favorise la prise de décisions éclairées par les consommateurs, régule le comportement abusif des entreprises et renforce la transparence. Les actions en diffamation peuvent empêcher cette critique. Ce risque est particulièrement élevé lorsqu'il est question de propos visant des personnes morales, et ce pour deux raisons. Premièrement, les entreprises sont souvent – mais pas toujours – bien pourvues en ressources, et elles sont disposées à intenter des actions pour préserver leur réputation⁴³⁷. Deuxièmement, dans un même ordre d'idées, les entreprises sont plus portées à les intenter contre la participation aux affaires publiques (poursuites-bâillons) pour faire taire les critiques, même pour des propos qui ne sont pas diffamatoires⁴³⁸. Les problèmes liés à de telles actions et la réponse législative de l'Ontario sont examinés plus loin.

iii. Les personnes morales disposent d'autres options pour protéger leur réputation.

Les personnes morales disposent d'autres options pour protéger leur réputation. Selon Howarth, la protection de la réputation des entreprises est assurée d'une manière plus convenable par les recours existants en cas de délits économiques comme les mensonges malveillants, la conspiration pour causer un préjudice, une rupture de contrat et l'interférence commerciale par des moyens illégaux⁴³⁹. Bien entendu, des prétentions comme des mensonges malveillants ne sont pas aussi avantageuses pour les

demandeurs puisqu'il n'y a pas de présomption de préjudice et de fausseté étant donné qu'il n'y a pas de diffamation⁴⁴⁰. Une personne morale peut d'intenter des actions pour négligence si elle peut établir que le diffamateur présumé avait une obligation de diligence à son égard⁴⁴¹. L'alinéa 7a) de la *Loi sur les marques de commerce* prévoit d'autres recours pour les entreprises en limitant les types de propos qu'elles peuvent tenir légitimement à l'égard de leurs concurrents⁴⁴². Les administrateurs d'une personne morale peuvent intenter une action en diffamation à titre personnel si les propos au sujet de l'entreprise ont aussi pour effet de les diffamer personnellement⁴⁴³. En dernier lieu, les entreprises peuvent choisir de rétablir leur réputation par des voies non judiciaires. Elles peuvent lancer une campagne de publicité, faire appel à des consultants en gestion de la réputation et influencer l'opinion publique d'une manière beaucoup plus large que le demandeur traditionnel en diffamation⁴⁴⁴.

2. Arguments en faveur de la conservation du droit des personnes morales d'intenter des actions en diffamation

Contre ces arguments en faveur de la suppression du droit des personnes morales d'intenter des actions pour diffamation, il y a une préoccupation à l'égard de l'atteinte à la réputation que peuvent subir des personnes morales, en particulier par la diffamation en ligne compte tenu du foisonnement de sites d'avis et de conseils comme TripAdvisor, Homestars et d'autres. Une critique diffamatoire transmise instantanément dans le cyberspace peut causer un préjudice irréparable à une entreprise. En outre, les entreprises ne constituent pas une classe homogène de demandeurs, mais représentent des entités hétérogènes allant d'entreprises à propriétaire unique à des sociétés multinationales. McDonalds dispose de moyens beaucoup plus considérables pour protéger sa réputation par voie judiciaire ou par ses pratiques commerciales qu'un gîte touristique familial. Des considérations différentes peuvent aussi s'appliquer aux sociétés à but lucratif et aux organismes sans but lucratif⁴⁴⁵.

3. Trois options pour la réforme

Dans son analyse de la question, Young conclut que le droit des personnes morales d'intenter des actions en diffamation doit être supprimé. Toutefois, il y a deux autres options de réforme qui ne vont pas jusqu'à la suppression pure et simple de ce droit et que Young a examinées à fond. Les voici :

i. Supprimer le droit des personnes morales d'intenter des actions en diffamation

Cette proposition contre efficacement l'effet paralysant du droit en matière de diffamation. Young estime qu'il s'agit de l'option la plus appropriée, du moins pour les entreprises à but lucratif moyennes et grandes⁴⁴⁶. L'Australie a adopté cette solution pour toutes les sociétés à but lucratif qui ont plus de 10 employés⁴⁴⁷. Toutefois, la limite de « 10 employés » a été qualifiée d'arbitraire par certains critiques⁴⁴⁸.

ii. Supprimer la présomption de préjudice

La deuxième option proposée par Young consiste à supprimer la présomption traditionnelle de préjudice du droit en matière de diffamation. La raison d'être de cette présomption tient du fait que l'atteinte à la réputation comporte souvent des effets non tangibles sur la dignité qui ne sont pas facilement démontrables devant un tribunal. Toutefois, cette question ne se pose pas, de toute évidence, dans le cas de la perte de réputation par des entreprises qui doit être « évaluée en espèces sonnantes⁴⁴⁹ ».

Ainsi, il pourrait sembler indiqué d'exiger que les personnes morales prouvent l'existence d'un préjudice réel dans des actions en diffamation.

Le Royaume-Uni a abordé cette question dans la *Defamation Act 2013* en exigeant que les sociétés demandereses fassent état de [TRADUCTION] « graves pertes financières » selon la prépondérance des probabilités⁴⁵⁰. Cela concorde avec les normes de preuves employées dans d'autres délits portant atteinte à la réputation d'une entreprise, comme le mensonge préjudiciable⁴⁵¹.

iii. Supprimer la présomption de fausseté

La troisième option proposée par Young consiste à supprimer la présomption traditionnelle de fausseté du droit en matière de diffamation. Dario Milo soutient que la présomption de fausseté reflète la [TRADUCTION] « primauté de la réputation sur la liberté de parole en common law⁴⁵² ». Dans la mesure où cela s'avère, la question est de savoir si cette primauté est défendable dans le contexte de la diffamation des personnes morales étant donné que le droit à la réputation en jeu concerne exclusivement des intérêts de propriété. Dans le cadre d'autres délits où la réputation d'une personne morale est en cause, comme le mensonge préjudiciable, il incombe aux demandeurs de prouver la fausseté. Une option serait donc de mettre la diffamation sur le même pied que d'autres délits portant atteinte à des personnes morales en éliminant la présomption de fausseté pour les sociétés demandereses.

Question à aborder

20. À l'époque de l'Internet, les personnes morales devraient-elles conserver le droit d'intenter des actions en diffamation? Devraient-elles continuer d'avoir le droit d'invoquer la présomption de préjudice et celle de fausseté?

D. Compétence et choix de la loi applicable dans les actions en cyberdiffamation

L'Internet relie des personnes et des communautés au-delà des frontières géographiques. Par conséquent, les actions en cyberdiffamation ont souvent des liens avec plus d'un ressort. Dans ces cas, une question fondamentale est de voir si un tribunal de l'Ontario devrait ou non se déclarer compétent à l'égard de l'action.

La complexité de la question des champs de compétence dans les actions en cyberdiffamation est illustrée par les faits d'une affaire qui est actuellement devant la Cour suprême du Canada, à savoir *Haaretz.com c. Goldhar*⁴⁵³. Monsieur Goldhar est un homme d'affaires canadien de renom qui a acheté et géré une équipe de soccer. *Haaretz* est un quotidien israélien qui a publié un article dans ses éditions papier et en ligne dans lequel il critiquait la gestion de l'équipe par Goldhar. La version en ligne de l'article a été publiée en anglais et a été lue par 200 à 300 personnes au Canada. Dans l'économie mondialisée d'Internet où des gens d'affaires de l'Ontario dirigent des entreprises en Israël et où les

journaux israéliens sont lus aussi facilement en Ontario qu'en Israël, comment un tribunal ontarien doit-il trancher la question des champs de compétence?

En 2012, la Cour suprême du Canada a rendu trois décisions qui ont abordé le critère de compétence pour les actions en diffamation faisant intervenir plusieurs ressorts. Toutefois, des questions subsistent en ce qui concerne l'application actuelle de ce critère, à savoir s'il est approprié pour les affaires de cyberdiffamation. La CDO a entendu des craintes voulant que ce critère favorise indûment les demandeurs et suscite une crainte paralysante du libelle. Certaines parties prenantes ont prétendu que le critère actuel favorise la recherche du ressort le plus favorable pour les actions en diffamation, les demandeurs choisissant stratégiquement celui dont les lois sur la diffamation leur semblent favorables.

Le critère pour déterminer la compétence en Ontario relève de la common law. En revanche, d'autres administrations comme les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Australie ont adopté des critères législatifs dans le but exprès d'empêcher la recherche du ressort le plus favorable pour les actions en diffamation. Dans la présente section, la CDO se penche sur l'état du droit en Ontario et sur la possibilité que la Cour suprême du Canada réforme le droit à la suite de *Goldhar*. Elle passe en revue les solutions adoptées par d'autres administrations dans le cadre des efforts continus visant à établir un équilibre entre protection de la réputation et liberté d'expression. Elle examine également la pertinence pour l'Ontario de réformer la *Loi sur la diffamation* afin d'introduire des dispositions législatives sur les questions de compétence en matière de diffamation.

1. Le critère déterminatif de la compétence en vigueur en Ontario

Le critère déterminatif de la compétence relevant de la common law et utilisé actuellement en Ontario a été défini par la Cour suprême du Canada dans l'un des trois arrêts en la matière, soit *Club Resorts Ltd c. Van Breda*⁴⁵⁴. La Cour a soutenu qu'un tribunal peut se déclarer compétent à l'égard d'une action :

- si les demandeurs peuvent prouver qu'il existe un lien réel et substantiel entre le litige et le tribunal;
- si le défendeur peut démontrer l'existence quelque part d'un « tribunal plus approprié »⁴⁵⁵.

Le premier volet de ce critère, connu comme le critère du lien réel et substantiel, est rempli dans une action en responsabilité civile délictuelle lorsque le tribunal conclut qu'au moins un des quatre facteurs de rattachement créant une présomption existe, à savoir :

- le défendeur a son domicile dans la province ou y réside;
- le défendeur exploite une entreprise dans la province⁴⁵⁶;
- le délit a été commis dans la province;
- un contrat lié au litige a été conclu dans la province⁴⁵⁷.

Des principes généraux comme l'équité, l'efficacité et la courtoisie sous-tendent le critère déterminatif de la compétence. Ces valeurs peuvent influencer sur la sélection de nouveaux facteurs créant une présomption ou de la méthode de règlement des conflits⁴⁵⁸.

Dans deux actions en diffamation faisant partie des trois arrêts de la Cour suprême du Canada en la matière, le critère du lien réel et substantiel a été facilement rempli par l'existence du troisième facteur créant une présomption, à savoir que le délit a été commis dans la province⁴⁵⁹. Dans des actions en diffamation, le délit est commis là où il y a diffusion de propos diffamatoires destinée à un tiers. On a vu au chapitre IV qu'il y a diffusion chaque fois que des propos diffamatoires en ligne sont lus, téléchargés ou publiés de nouveau par un tiers. Par conséquent, du moment que des propos diffamatoires sont lus par un tiers en Ontario, le délit est commis en Ontario et le critère du lien réel et substantiel est rempli.

Une fois que la compétence est établie en vertu du critère du lien réel et substantiel, le tribunal peut encore ordonner l'arrêt des procédures si le défendeur peut démontrer pourquoi un autre tribunal est manifestement plus approprié pour entendre l'affaire⁴⁶⁰. L'analyse relative au *forum non conveniens* constitue un exercice du pouvoir discrétionnaire déterminé en fonction d'une liste non exhaustive de facteurs visant à assurer l'équité envers les deux parties et l'efficacité de la démarche menant au règlement du litige⁴⁶¹. Ces facteurs peuvent comprendre, par exemple :

- dans quel ressort il serait plus commode et moins coûteux pour les parties à l'instance et leurs témoins d'être entendus;
- la loi à appliquer aux questions en litige;
- le fait qu'il est préférable d'éviter la multiplicité des instances judiciaires;
- le fait qu'il est préférable d'éviter que des décisions contradictoires soient rendues par différents tribunaux;
- l'exécution d'un jugement éventuel;
- le fonctionnement juste et efficace du système judiciaire canadien dans son ensemble⁴⁶².

En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit procéder à une analyse contextuelle tout en respectant le principe de la courtoisie et en évitant de pencher trop instinctivement en faveur de sa propre compétence⁴⁶³.

2. Trois domaines d'incertitude liés au critère déterminatif de la compétence

La jurisprudence et des commentaires récents remettent en question au moins trois aspects du critère déterminatif de la compétence pour des actions en cyberdiffamation faisant intervenir plusieurs ressorts⁴⁶⁴. Ces trois questions font l'objet de l'appel imminent devant la Cour suprême du Canada dans *Goldhar* et elles indiquent que le droit dans ce domaine demeure incertain⁴⁶⁵. Elles sont examinées brièvement ci-dessous tour à tour.

i. Application du critère du lien réel et substantiel aux actions en cyberdiffamation

Dans une action en cyberdiffamation, le critère servant à établir le facteur de rattachement créant une présomption qu'un délit a été commis en Ontario est très souple. Puisque les diffusions en ligne sont accessibles partout dans le monde, établir que les propos diffamatoires ont été communiqués à au moins une personne en Ontario (autre que le demandeur) est [TRADUCTION] « quasi automatique⁴⁶⁶ ». On craint que le rôle des facteurs créant une présomption, qui sont censés imposer un frein à la déclaration automatique de compétence, devienne [TRADUCTION] « illusoire⁴⁶⁷ ».

Par exemple, dans *Goldhar*, la majorité des juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont statué que la compétence avait été déterminée lorsqu'un article affiché dans le site Web d'un journal israélien a été consulté par 200 à 300 personnes au Canada⁴⁶⁸. (En revanche, l'article a été lu par des dizaines de milliers de personnes en Israël.) L'une des questions en litige dans l'appel interjeté devant la Cour suprême du Canada consiste à savoir si la diffusion limitée en Ontario constitue un lien réel et substantiel établissant une présomption de compétence ou, autrement, si la diffusion limitée doit servir à réfuter une présomption de compétence qui en résulte⁴⁶⁹. On craint que la règle actuelle empiète indûment sur la liberté d'expression et suscite une crainte paralysante du libelle en imposant aux défendeurs une action dans un ressort avec lequel ils n'ont que peu ou pas de lien.

ii. Application du critère du *forum non conveniens* aux actions en cyberdiffamation

L'incertitude entoure aussi l'application correcte des facteurs discrétionnaires du critère du *forum non conveniens* et leur rapport au critère du lien réel et substantiel. Dans chacun des trois arrêts de la Cour suprême du Canada, l'application des facteurs de la doctrine du *forum non conveniens* a donné lieu à la conclusion que le ressort le plus approprié pour trancher le litige était le tribunal local. Ce fut également la conclusion de la décision de la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Goldhar*. Toutefois, la juge Pepall dissidente a estimé qu'un « examen rigoureux et minutieux de la question du *forum non conveniens* » s'avérerait nécessaire, étant donné surtout le caractère souple du critère du lien réel et substantiel⁴⁷⁰. La juge Pepall aurait choisi Israël comme le forum le plus approprié dans les circonstances de l'espèce.

Une question est de faire intervenir la commodité relative et les dépenses des témoins qui comparaissent au procès. Dans *Goldhar*, le demandeur a financé le coût des déplacements et de l'hébergement des témoins israéliens qui ont comparu au procès en Ontario. En appel, la question est de savoir s'il est permis de tenter d'utiliser son [TRADUCTION] « poids financier » pour « se payer un billet d'entrée à un forum⁴⁷¹ ».

iii. La règle du choix de la loi applicable aux actions en cyberdiffamation

Une troisième zone d'incertitude entoure le choix de la loi applicable, l'un des facteurs à prendre en compte dans l'analyse du *forum non conveniens*. La loi à appliquer aux questions en litige est déterminée traditionnellement en fonction de la *lex loci delicti*, c'est-à-dire, la loi du lieu du délit.

La justification de cette règle générale « tient à ce que, dans la plupart des cas de délit, la faute qui constitue le délit est l'élément le plus substantiel ou le plus caractéristique⁴⁷² ». Toutefois, la Cour suprême du Canada a reconnu que des difficultés peuvent se présenter lorsque les conséquences du délit se font sentir ailleurs, comme c'est le cas dans les affaires de cyberdiffamation⁴⁷³. Pour cette raison, une solution de rechange a été proposée pour ces affaires, à savoir le principe de la loi du lieu où la réputation a subi l'atteinte la plus substantielle⁴⁷⁴.

Le critère du préjudice le plus grave reconnaît l'importance de permettre aux demandeurs d'intenter une action en diffamation dans le lieu où ils ont établi leur réputation⁴⁷⁵. Il est aussi perçu comme un moyen de restreindre la recherche du ressort le plus favorable pour les actions en diffamation et de promouvoir la liberté d'expression⁴⁷⁶.

Les tribunaux canadiens ayant considéré le critère du préjudice le plus grave comme une solution de rechange à la *lex loci delicti* ont tenu compte d'un test légal semblable adopté en Australie qui est appliqué en fonction de quatre facteurs :

- le lieu de résidence habituelle du demandeur au moment de la diffusion ou, s'agissant d'une société qui peut faire valoir une cause d'action en diffamation, le lieu où se trouvait le principal établissement de la société à ce moment;
- la portée de la diffusion dans chaque ressort australien pertinent;
- la gravité du préjudice causé au demandeur dans chaque ressort australien pertinent;
- toute autre question jugée pertinente par le tribunal⁴⁷⁷.

Toutefois, les tribunaux sont incertains de l'importance à accorder à ce second facteur, à savoir la portée de la diffusion, dans le choix de la loi applicable. On craint que sa prise en compte comme facteur décisif pour déterminer l'atteinte la plus substantielle à la réputation soit incompatible avec la règle traditionnelle de la preuve selon laquelle un cas isolé de diffusion suffit pour que le délit se cristallise⁴⁷⁸. De plus, les effets sur la réputation ne tiennent pas uniquement au nombre de diffusions, mais ils peuvent découler également de l'influence qu'exercent certains lecteurs.

3. Actions internationales de réforme pour restreindre la recherche du ressort le plus favorable pour les actions en diffamation

Les États-Unis, l'Angleterre et le Pays de Galles, ainsi que l'Australie, ont entrepris des réformes législatives visant leurs critères respectifs de détermination de la compétence à l'égard d'actions en diffamation. C'est la crainte du phénomène de la recherche du ressort le plus favorable qui a donné lieu à ces efforts de réforme⁴⁷⁹. Toutefois, la mesure dans laquelle celle-ci se pratique dans ces pays est un sujet de débat récurrent⁴⁸⁰.

Aux États-Unis, les tribunaux des États peuvent se déclarer compétents d'entendre des actions en cyberdiffamation impliquant des défendeurs qui ne sont pas des résidents de l'État uniquement lorsque la diffusion électronique cible expressément un lectorat local⁴⁸¹. En 2010, les États-Unis se sont penchés sur la menace de la recherche du ressort le plus favorable pour les actions en diffamation, et ont promulgué la *Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act (SPEECH Act)*⁴⁸². Celle-ci rend inéxecutoires les décisions en matière de libelle rendues par un tribunal étranger, sauf si la législation sous-jacente est conforme au premier amendement de la constitution des États-Unis. Cela a pour effet de protéger les journalistes, les blogueurs, les auteurs, les universitaires et les éditeurs américains contre les jugements en diffamation rendus par des tribunaux étrangers, pourvu qu'ils ne détiennent pas d'actifs dans le pays étranger concerné.

L'Angleterre et le Pays de Galles ont promulgué l'article 9 de la *Defamation Act 2013* dans le but d'endiguer la recherche du ressort le plus favorable pour les actions en diffamation⁴⁸³. En vertu de cette disposition, le demandeur doit démontrer que l'Angleterre et le Pays de Galles sont le ressort le plus approprié pour entendre l'action. C'est le contraire en Ontario. Au lieu d'exiger que le défendeur démontre qu'un tribunal nettement plus approprié existe ailleurs, il incombe au demandeur de démontrer que le tribunal local est le plus approprié. Les facteurs pertinents consistent à déterminer, entre autres, si les propos diffamatoires ont visé le ressort, si la gravité du préjudice était plus importante dans un ressort que dans l'autre, l'importance de la diffusion des propos diffamatoires dans les deux ressorts, et la preuve que le demandeur n'obtiendrait pas une audience équitable ailleurs⁴⁸⁴. En appliquant le critère, le tribunal doit prendre en compte tous les ressorts où les propos diffamatoires ont été publiés⁴⁸⁵. Par conséquent, le demandeur doit apporter des éléments de preuve relatifs à la portée de la diffusion dans chaque ressort où il pourrait subir un préjudice.

Dans sa réforme du droit en matière de diffamation entreprise en 2005, l'Australie a cherché à restreindre la recherche du ressort le plus favorable pour les actions en diffamation entre les États australiens en unifiant la législation sur tout le territoire et en adoptant le critère du préjudice le plus grave pour déterminer le choix de la loi applicable au sein de la fédération⁴⁸⁶.

Ces modifications font état d'une tendance internationale favorisant le resserrement des règles de compétence pour limiter la recherche du ressort le plus favorable pour les actions en diffamation. Le droit de l'Ontario est actuellement relativement favorable aux demandeurs. Cela soulève la question de savoir si, ou dans quelle mesure, la recherche inappropriée d'un tribunal favorable est un problème en Ontario. Cette préoccupation se retrouve également au niveau interprovincial. Par exemple, comme en Ontario les exigences en matière d'avis sont plus strictes et les délais de prescription plus serrés que ceux de la Colombie-Britannique, il est possible que des actions en diffamation ayant autrement un lien avec l'Ontario soient plutôt intentées en Colombie-Britannique. Il se peut donc que l'harmonisation du droit de l'Ontario avec la législation d'autres provinces et pays soit à considérer. Par conséquent, la CDO cherche à savoir dans quelle mesure cette préoccupation à l'égard de la recherche inappropriée d'un tribunal favorable est fondée en Ontario, tant sur le plan international qu'interprovincial.

4. Possibilités de réforme du critère déterminatif de la compétence

Les trois éléments d'incertitude reliés au critère déterminatif de la compétence de l'Ontario conduisent à un manque de prévisibilité dans le droit qui mine sans doute l'accès à la justice. Au moment de décider de diffuser des propos en ligne, le diffuseur doit avoir une idée raisonnable des ressorts devant lesquels il pourrait être tenu de se défendre contre une action en diffamation. Aussi, un demandeur potentiel devrait être en mesure de déterminer le ressort le plus approprié où introduire une instance.

Ces éléments d'incertitude ont aussi des répercussions importantes sur l'équilibre entre protection de la réputation et liberté d'expression et la prévention de la recherche inappropriée d'un tribunal favorable. Premièrement, la formulation actuelle du critère du lien réel et substantiel fait en sorte que les

tribunaux ontariens peuvent se déclarer compétents à l'égard de diffuseurs étrangers lorsqu'il y a relativement peu d'éléments de preuve de diffusion en Ontario⁴⁸⁷. Selon les principes de la courtoisie et de la réciprocité, les diffuseurs de l'Ontario pourraient devoir se soumettre à la juridiction de tribunaux étrangers dans des circonstances analogues, ce qui aurait un effet paralysant sur leur liberté d'expression⁴⁸⁸. Deuxièmement, le critère actuel du *forum non conveniens* permet, de toute évidence, aux demandeurs d'influer sur les actions en diffamation en recherchant stratégiquement un ressort où les lois sur la diffamation leur sont favorables. Troisièmement, le critère traditionnel du choix de la loi applicable, à savoir la règle de la *lex loci delicti*, permet aussi la recherche du ressort le plus favorable alors que le critère du préjudice le plus grave apporterait une plus grande certitude en matière législative. La CDO sollicite des commentaires sur chacune de ces questions et, en particulier, de savoir si l'article 9 de la *Defamation Act 2013* (R.-U.) représente un modèle utile à suivre. La CDO sollicite aussi des avis sur l'orientation que doit prendre la réforme du critère déterminatif de la compétence. L'Ontario devrait-il conserver une conception axée sur la common law ou adopter une disposition législative spécifique?

Questions à aborder

21. Qu'est-ce qui prouve que la recherche du ressort le plus favorable ou la recherche inappropriée d'un tribunal favorable se pratiquent en Ontario?

22. Le critère actuel en common law pour déterminer la compétence établit-il un juste équilibre entre protection de la réputation et liberté d'expression? L'Ontario devrait-il adopter une disposition législative semblable à l'article 9 de la *Defamation Act 2013* (R.-U.) pour les actions en diffamation faisant intervenir plusieurs ressorts?

E. Délais d'avis et de prescription

1. Les délais actuels d'avis et de prescription en Ontario

À plusieurs reprises dans le présent document, la CDO a traité du fait que le droit en matière de diffamation en Ontario est « favorable aux demandeurs ». Toutefois, il est facile d'exagérer cet aspect puisque la *Loi sur la diffamation* comporte plusieurs dispositions importantes qui visent à protéger les journaux, les radiodiffuseurs et les télédiffuseurs contre la responsabilité pour diffamation, dont les principales sont les délais d'avis et de prescription pour introduire une action découlant d'un libelle diffamatoire imprimé dans un journal, radiodiffusé ou télédiffusé.

Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la diffamation* dispose qu'un demandeur doit signifier au défendeur un avis écrit de six semaines avant d'introduire une action découlant d'un libelle diffamatoire imprimé dans un journal, radiodiffusé ou télédiffusé⁴⁸⁹. Lorsqu'un avis n'est pas signifié dans les délais prévus, le demandeur n'a aucun droit d'action et l'action est radiée⁴⁹⁰.

Le délai d’avis a pour but de donner aux médias défendeurs l’occasion d’enquêter sur l’allégation et de se rétracter ou de diffuser une rectification, limitant ainsi l’atteinte à la réputation du demandeur ainsi que les dommages-intérêt à verser. Lorsque le défendeur publie une « rétractation complète et honnête » dans les trois jours qui suivent la réception de l’avis, l’application du paragraphe 5(2) de la Loi est déclenchée. Selon ce paragraphe, du moment que le défendeur a agi de bonne foi et « que la diffusion du libelle diffamatoire allégué s’est faite par erreur ou par suite d’une mauvaise compréhension des faits », le demandeur n’obtient que des dommages-intérêts compensatoires⁴⁹¹. Comme il est souvent difficile pour les demandeurs de prouver des dommages réels dans le cadre d’une action en diffamation, une rétractation peut [TRADUCTION] « équivaloir en pratique à empêcher le droit d’action⁴⁹² ». En revanche, il pourrait s’avérer difficile pour les défendeurs de respecter le délai de trois jours pour la diffusion d’une rétractation.

Outre la période d’avis, l’article 6 de la *Loi sur la diffamation* impose un délai de prescription de trois mois pour une action découlant d’un libelle diffamatoire imprimé dans un journal, radiodiffusé ou télédiffusé⁴⁹³. En revanche, les actions en diffamation contre d’autres défendeurs sont assujetties à un délai de prescription de deux ans en vertu de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*⁴⁹⁴.

Le tableau suivant illustre le manque actuel d’uniformité dans ce domaine du droit. Les façons différentes dont les délais d’avis et de prescription sont calculés ajoutent à la complexité.

Délais d’avis et de prescription pour les actions en diffamation dans les provinces et les territoires du Canada

Province/Territoire	Délai d’avis	Délai de prescription
Ontario ⁴⁹⁵	Journaux/radiodiffuseurs et télédiffuseurs ⁴⁹⁶ : 6 semaines	Journaux/radiodiffuseurs et télédiffuseurs : 3 mois Délai général : 2 ans
Alberta ⁴⁹⁷	Délai général : 3 mois Quotidien : 7 jours Autres journaux/radiodiffuseurs et télédiffuseurs : 14 jours	Délai général : 2 ans
Manitoba ⁴⁹⁸	Délai général : 3 mois Quotidien : 7 jours Autres journaux/radiodiffuseurs et télédiffuseurs : 14 jours	Délai général : 2 ans
Terre-Neuve ⁴⁹⁹	Délai général : 3 mois Quotidien : 7 jours Autres journaux/radiodiffuseurs et télédiffuseurs : 14 jours	Journaux/radiodiffuseurs et télédiffuseurs : 4 mois Délai général : 2 ans
Nouvelle-Écosse ⁵⁰⁰	Délai général : 3 mois Quotidien : 7 jours Autres journaux/ radiodiffuseurs et	Journaux/radiodiffuseurs et télédiffuseurs : 6 mois Délai général : 2 ans

	télédiffuseurs : 14 jours	
Territoires du Nord-Ouest, Nunavut, Yukon⁵⁰¹	Délai général : 14 jours	Journaux/radiodiffuseurs et télédiffuseurs : 6 mois Délai général : 2 ans
Île-du-Prince-Édouard⁵⁰²	Quotidien : 5 jours Autres journaux/ radiodiffuseurs et télédiffuseurs : 14 jours	Journaux/radiodiffuseurs et télédiffuseurs : 6 mois Délai général : 2 ans
Québec⁵⁰³	Journal : 3 jours	Journal : 3 mois Délai général : 1 an
Saskatchewan⁵⁰⁴	Quotidien : 5 jours Hebdomadaire : 14 jours	Délai général : 2 ans
Colombie-Britannique⁵⁰⁵	Aucun avis requis	Délai général : 2 ans
Nouveau-Brunswick⁵⁰⁶	Aucun avis requis	Délai général : 2 ans

2. La fonction et la durée du délai d'avis

Les lois en matière de diffamation dans la plupart des provinces et territoires divergent quelque peu de la législation ontarienne en ce qui concerne le délai d'avis⁵⁰⁷. Par contre, il n'y a pas de délai d'avis en Colombie-Britannique et la commission de réforme de cette province, la Law Reform Commission of British Columbia, a écarté complètement l'idée d'en adopter un dans son rapport de 1985 intitulé *Report on Defamation*⁵⁰⁸. La Commission a souligné que le délai d'avis favorisait les défendeurs plutôt que les demandeurs qui n'avaient pas besoin de délai légal pour tenter d'obtenir une rétractation ou des excuses, ajoutant qu'un délai d'avis n'aurait [TRADUCTION] « aucune utilité » et servirait uniquement à imposer un nouveau délai de prescription et « à augmenter les difficultés et les coûts d'un litige, ainsi que la complexité technique du droit⁵⁰⁹ ». La *Loi uniforme sur la diffamation* publiée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a déjà comporté une disposition sur le délai d'avis, mais elle a été supprimée à la suite d'un examen du rapport de la Commission⁵¹⁰. De son côté, le Comité consultatif du ministère du Procureur général de l'Ontario a traité brièvement de cette question dans son rapport de 1990, mais il n'a pas étudié l'option de le supprimer⁵¹¹. Les parties prenantes pourraient se pencher sur la question de savoir si le délai d'avis trouve encore son utilité à l'époque de l'Internet.

Plusieurs des provinces ayant adopté un délai d'avis ont opté pour une période plus longue de trois mois. Si l'Ontario décide d'y donner suite, il faudrait étudier l'opportunité de l'allonger. Une question connexe est de savoir si le délai de trois jours accordé aux médias défendeurs pour se rétracter doit être allongé en conséquence.

3. Possibilité d'avis/de rétractation à l'égard d'un éventail plus large de diffusions

En Ontario, on peut se prévaloir de l'option d'avis ou de rétractation uniquement pour les libelles diffamatoires publiés dans des journaux, radiodiffusés ou télédiffusés, comme le précise la *Loi sur la diffamation*. Par conséquent, cette option favorise nettement les diffuseurs défendeurs classiques⁵¹². Cette politique a pour fondement de donner aux défendeurs la possibilité de diffuser des rectifications ou une rétractation des propos prétendument diffamatoires dans des circonstances appropriées.

Toutefois, la *Loi sur la diffamation* n'a pas prévu l'époque de l'Internet et il y a eu des litiges visant à déterminer les circonstances dans lesquelles s'applique la diffusion d'une rectification ou d'une rétractation dans ce contexte. Récemment, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé qu'un journal en ligne pouvait se prévaloir du délai d'avis⁵¹³. Toutefois, le flou persiste quant à savoir dans quelle mesure d'autres formes de diffusions dans Internet sont assujetties à la loi⁵¹⁴.

Aujourd'hui, l'éventail de diffuseurs en mesure de diffuser une rectification ou une rétractation à la suite de la réception d'un avis opportun d'un demandeur est beaucoup plus large. Avant l'avènement d'Internet, la limitation du délai d'avis relatif à un libelle publié dans un journal, radiodiffusé ou télédiffusé se justifiait du fait que les horaires de diffusion étaient fréquents et permettaient une rétractation en temps opportun⁵¹⁵, mais il n'est plus logique de faire une distinction basée sur la fréquence de diffusion. La diffusion en ligne est quasi instantanée. Bien entendu, la question de savoir si le contenu peut être supprimé définitivement d'Internet revient toujours⁵¹⁶. Néanmoins, l'avis et la rétractation constituent une solution pratique et peu coûteuse qui peut s'avérer avantageuse pour les deux parties et que le droit devrait sans doute encourager. On peut se demander s'il y a encore une raison qui justifie l'établissement d'une distinction entre différentes catégories de diffusions.

L'un des problèmes liés à l'application de l'avis/la rétractation aux diffusions en ligne tient au fait que les demandeurs doivent pouvoir trouver le diffuseur afin de lui signifier un avis. Actuellement, la *Loi sur la diffamation* de l'Ontario prévoit que les demandeurs doivent avoir accès aux noms et adresses des propriétaires de médias et des diffuseurs⁵¹⁷. De plus, bon nombre de diffuseurs en ligne ne publient pas leurs coordonnées, notamment dans le cas de communications anonymes. Toutefois, la possibilité de disposer d'un délai d'avis pourrait encourager certains diffuseurs de le faire.

4. Harmonisation et simplification des délais de prescription

On peut soutenir à juste titre que le temps est venu d'harmoniser les différents délais de prescription en Ontario pour la diffamation et d'adopter un seul délai qui serait applicable aux actions contre tous les défendeurs, quel que soit le média, et que la diffusion se fasse ou non en ligne. Même en 1989, le Comité consultatif du ministère du Procureur général de l'Ontario a écrit dans son *Issues Paper* que les délais de prescription [TRADUCTION] « disparates » du droit de la diffamation étaient « difficiles à justifier »⁵¹⁸.

Dans plusieurs provinces, dont l'Alberta, la Colombie-Britannique, le Manitoba, la Saskatchewan et le Nouveau-Brunswick, il n'y a pas de délai de prescription particulier pour les actions en diffamation. Elles sont plutôt assujetties à un délai de prescription de deux ans⁵¹⁹. Il a été proposé que l'Ontario adopte un délai de prescription uniforme [TRADUCTION] « neutre sur le plan des médias » pour toutes les actions en diffamation⁵²⁰. Un délai plus long aurait aussi l'avantage de permettre une période de réflexion au cours de laquelle le demandeur pourrait décider si l'atteinte à sa réputation justifie l'engagement de dépenses pour une action en diffamation.

Actuellement, le délai de prescription commence à courir lorsque « la personne visée a eu connaissance du libelle diffamatoire »⁵²¹. De même, le délai de prescription ordinaire de la *Loi de 2002 sur la*

prescription des actions est basé sur la règle de la « possibilité de découvrir⁵²² ». En 1990, le Comité consultatif du MPG a étudié la possibilité d'imposer un délai de prescription absolu qui commence à courir à partir de la date de diffusion du libelle⁵²³. Toutefois, le Comité siégeait principalement avant l'avènement d'Internet où [TRADUCTION] « plus les propos diffamatoires étaient loin dans le temps, moins il y avait de chances de préjudice permanent⁵²⁴ ». Ce n'est plus nécessairement le cas lorsqu'il s'agit de cyberdiffamation et la CDO est d'avis que la règle de la « possibilité de découvrir » devrait s'appliquer, quel que soit le délai de prescription choisi.

Toute modification du délai de prescription doit être harmonisée avec le délai d'avis, comme on l'a examinée ci-dessus. Elle doit aussi prendre en compte la possibilité d'adopter la règle concernant la diffusion unique, abordée au chapitre III dans la section sur la diffusion.

Questions à aborder

23. Faut-il éliminer la période d'avis prévue au paragraphe 5(1) de la *Loi sur la diffamation de l'Ontario*? Sinon, quelle devrait être la durée du délai d'avis, et de celui de la réponse du diffuseur à l'avis? L'option d'avis/de rétractation devrait-elle être proposée à propos d'un éventail plus large de diffusions?

24. Le délai de prescription particulier prévu à l'article 6 de la *Loi sur la diffamation* devrait-il être éliminé pour que toutes les actions en diffamation soient assujetties au délai de prescription uniforme de deux ans que prévoit la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* de l'Ontario?

F. Réformes procédurales possibles

La CDO invite les parties prenantes à lui proposer des réformes procédurales possibles en vue de limiter les coûts et réduire la complexité des actions en diffamation tout en assurant l'équité et la justesse des décisions. Sans limiter la portée du processus de consultation, elle examine dans la présente section deux possibilités : celle de doter les juges de pouvoirs étendus de gestion des actions en diffamation⁵²⁵ et celle de prévoir une enquête préliminaire au début de l'action afin de régler une ou plusieurs questions en litige. Actuellement, la gestion des instances et les enquêtes préliminaires sont utilisées plus largement dans la pratique du droit anglais en matière de diffamation qu'en Ontario. Dans la présente section, la CDO appelle les parties prenantes à examiner la question de savoir s'il y a des leçons à tirer de l'expérience anglaise pour la réforme procédurale des actions en diffamation en Ontario.

1. Gestion des actions en diffamation

Actuellement en Ontario, les actions en diffamation se déroulent comme toute autre procédure au civil. La règle 77 des *Règles de procédure civile* comporte des dispositions pour la gestion des instances, mais il n'y a pas d'outils procéduraux destinés à gérer spécifiquement les coûts et la complexité des actions en diffamation⁵²⁶. Une des questions sur lesquelles se penche le présent projet consiste à savoir si une

forme quelconque de gestion des actions en diffamation contribuerait à réduire les coûts, à introduire la proportionnalité et à faciliter le règlement rapide des différends.

L'Ontario pourrait se tourner du côté du Royaume-Uni où les règles confèrent aux tribunaux des pouvoirs étendus de gestion des instances dans les actions au civil d'une manière générale et où la question de la gestion des actions en diffamation s'est posée spécifiquement⁵²⁷. En vertu de la règle 3.1 des *Civil Procedure Rules*, le tribunal peut, dans toute action au civil :

[TRADUCTION]

- allonger ou raccourcir le délai pour se conformer à une règle;
- ajourner ou avancer une audition;
- tenir une audience par téléphone;
- ordonner la suspension de la totalité ou d'une partie d'une instance;
- ordonner un procès distinct pour le jugement de n'importe quelle question;
- écarter une question de toute considération;
- rejeter une demande ou rendre un jugement après une décision rendue sur une question préliminaire;
- ordonner à l'une ou l'autre des parties de déposer et d'échanger une analyse des coûts;
- prendre d'autres mesures visant la gestion de l'instance, y compris la tenue d'une audience d'évaluation neutre à un stade précoce dans le but d'aider les parties à régler l'affaire⁵²⁸.

En 2000, l'Angleterre a mis en place un protocole spécial visant la période précédant une action en diffamation intitulé *Pre-Action Protocol for Defamation*⁵²⁹ dont [TRADUCTION] « le but est de favoriser l'échange d'information entre les parties à un stade précoce et de fournir un cadre clair sur lequel les parties à une action en diffamation, agissant de bonne foi, peuvent s'appuyer pour étudier le règlement rapide et approprié de l'action⁵³⁰ ». Le protocole prévoit un code de bonne pratique comportant un échange préalable de lettres détaillant l'action ainsi que la réponse à la plainte, un engagement d'agir raisonnablement pour [TRADUCTION] « faire en sorte que les coûts soient proportionnels à la nature et à la gravité de l'action et à l'étape à laquelle elle est rendue », ainsi qu'un examen des mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends, au lieu d'aller en justice. Les mécanismes possibles sont énumérés : discussion et négociation, évaluation initiale impartiale par une tierce partie indépendante, médiation et renvoi à la Press Complaints Commission. Bien que le protocole reconnaisse qu'il n'est pas possible de rendre le règlement extrajudiciaire obligatoire, les paragraphes 3.1(4) et 3.1(5) de la règle 3.1 des *Civil Procedure Rules* exigent que le tribunal prenne en compte le respect du protocole en donnant des directives et en rendant une ordonnance relative aux dépens⁵³¹.

Les coûts et la complexité des actions en diffamation au Royaume-Uni demeurent inquiétants malgré le *Pre-Action Protocol*⁵³². Dans le cadre du processus de réforme ayant conduit à la *Defamation Act 2013*, le comité mixte de la Chambre des lords et de la Chambre des communes avait réclamé une application plus rigoureuse du protocole ainsi qu'une gestion plus serrée des instances afin de minimiser les

coûts⁵³³. En fin de compte, le gouvernement a refusé d'inscrire des dispositions relatives à la gestion des instances dans sa réforme législative⁵³⁴.

Dans l'intervalle, le Civil Justice Council a mis sur pied en 2013 un groupe de travail sur les coûts des actions en diffamation, le Defamation Costs Working Group. Dans son rapport final, le groupe de travail a formulé plusieurs recommandations pour la mise en place d'une gestion serrée de ces actions afin d'en contrôler les coûts⁵³⁵. Il a recommandé que des juges spécialisés soient nommés pour assurer la gestion des actions en diffamation à chaque étape du processus. Ces juges seraient dotés de pouvoirs étendus leur permettant de fixer des délais pour l'avancement de la procédure, d'établir un régime budgétaire de contrôle des coûts, de déterminer les questions de fond, à savoir « établir le bien-fondé d'une action » au moyen d'une démarche documentaire et faciliter un règlement rapide. Des conférences téléphoniques de gestion des actions auraient lieu dès que celles-ci sont intentées⁵³⁶.

À ce jour, ces propositions n'ont pas encore été adoptées au Royaume-Uni⁵³⁷. En fait, certaines personnes soutiennent que le problème du coût et de la complexité des actions en diffamation n'a jamais été aussi grave⁵³⁸.

Il y a au moins deux leçons potentielles à tirer ici pour l'Ontario. Premièrement, des commentaires d'intervenants en Angleterre laissent entendre que le *Pre-Action Protocol for Defamation* n'est pas très efficace. Toutefois, le problème tiendrait apparemment à l'application, et les propositions de réforme de la procédure prévoient généralement le protocole comme le fondement d'une gestion et d'un contrôle plus rigoureux des actions en diffamation. La réforme de la procédure en Ontario pourrait être semblable, mais avec la mise en place d'un outil performant de gestion des instances.

Deuxièmement, de solides arguments sont avancés aussi bien par des décideurs que des commentateurs voulant que la nature unique des actions en diffamation justifie la nomination de juges spécialisés qui assureraient la surveillance de tous les aspects de ces actions. C'est une possibilité qui pourrait être examinée dans le cadre du contexte plus large des objectifs stratégiques pour l'administration de la justice en Ontario.

Comme on l'a noté plus haut, certains se demandent s'il ne faudrait pas nommer des juges spécialisés pour les actions en diffamation. Cela soulève la question connexe de la formation spécialisée et de l'agrément des avocats pour ce type d'action. La réglementation de la profession relève du Barreau du Haut-Canada. De plus, des organismes comme l'Association du Barreau de l'Ontario proposent une formation juridique continue pour les avocats en Ontario. La CDO sollicite des avis sur la question de savoir si l'amélioration de l'agrément et de la formation pour les avocats du domaine de la diffamation répondrait à un besoin et, si c'est le cas, quelle forme pourrait prendre des initiatives dans ce sens.

Question à aborder

25. Quelles sont les meilleures options qui s'offrent pour réduire le coût et la complexité et pour favoriser l'accès à la justice dans les actions en diffamation?

2. Requêtes et enquêtes préliminaires dans les actions en diffamation

i. Ontario

Les enquêtes préliminaires offrent la possibilité de résoudre une ou plusieurs questions en litige dans une action. Cela pourrait avoir pour résultat de simplifier les autres points litigieux en cause et, dans certains cas, favoriser le règlement de la totalité de l'action. Il n'existe pas en Ontario de procédure préalable au procès propre aux actions en diffamation. Il y a plutôt deux types de requêtes préliminaires que peuvent présenter les parties à une procédure civile afin d'établir les questions à trancher au début d'une instance.

Premièrement, la règle 21.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario prévoit qu'une partie peut présenter une requête pour qu'un acte de procédure soit radié parce qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense fondée. Lors d'une requête en radiation, les faits sont tenus pour avérés et le critère vise à déterminer s'il n'y a aucune chance raisonnable de succès sur le plan juridique⁵³⁹. Ces requêtes ne sont pas courantes dans les actions en diffamation⁵⁴⁰.

Deuxièmement, la règle 20 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario prévoit une requête en jugement sommaire sur la totalité ou une partie d'une demande lorsqu'elle « ne soulève pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction »⁵⁴¹. Cette règle a été modifiée en 2010 dans le but d'améliorer l'accès à la justice⁵⁴². En vertu de la nouvelle règle, le tribunal peut ordonner que des témoignages oraux soient présentés par les parties et il peut apprécier la preuve, évaluer la crédibilité des déposants et tirer une conclusion raisonnable de la preuve (sauf s'il est dans l'intérêt de la justice d'exercer ces pouvoirs pendant un procès)⁵⁴³. Depuis l'arrêt *Hryniak*, des requêtes en jugement sommaire ont été accueillies dans plusieurs actions en diffamation en Ontario en vue de déterminer le sens ainsi que l'applicabilité des moyens soulevés par le défendeur⁵⁴⁴.

ii. Royaume-Uni

L'enquête préliminaire est plus courante dans les actions en diffamation au Royaume-Uni qu'en Ontario. Un éventail d'options sont disponibles, aussi bien pour les actions civiles en général que les actions en diffamation plus spécifiquement.

Questions préliminaires – La partie 3 des *Civil Procedure Rules* du Royaume-Uni octroie aux tribunaux une série de pouvoirs pour la gestion des actions civiles d'une manière générale, notamment le pouvoir [TRADUCTION] « d'ordonner un procès distinct de n'importe quel litige » et « d'examiner une action ou de rendre jugement après avoir décidé d'une question préliminaire⁵⁴⁵ ». Il n'y a pas de pouvoirs semblables en Ontario en ce moment. Au Royaume-Uni, ces pouvoirs peuvent être exercés sur l'initiative du tribunal⁵⁴⁶. Les enquêtes préliminaires sont utilisées régulièrement pour déterminer les principales questions en litige dans une action en diffamation, notamment la viabilité des moyens soulevés par le défendeur, ainsi que la question de savoir si la déclaration contestée a un sens diffamatoire⁵⁴⁷.

Depuis l'introduction de la norme des dommages graves dans la *Defamation Act 2013*, des enquêtes préliminaires ont aussi été tenues pour déterminer si des dommages graves peuvent découler de propos

diffamatoires⁵⁴⁸. L'on considère que ces questions conviennent à une détermination préliminaire, surtout depuis que la Loi a fait en sorte que les procès devant jury [TRADUCTION] « demeurent sans contredit l'exception » dans les actions en diffamation⁵⁴⁹. Récemment, des tribunaux ont encouragé les parties à demander une enquête préliminaire pour déterminer la question des « dommages graves » en même temps que les questions de sens et d'allégations d'abus de procédure⁵⁵⁰.

Règlement sommaire – L'Angleterre a instauré un régime de jugement sommaire en vertu de la partie 4 des *Civil Procedure Rules* qui s'apparente à la règle 20 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Toutefois, il y a également une procédure de règlement sommaire plus spécialisée établie par les articles 8, 9 et 10 de la *Defamation Act 1996*⁵⁵¹.

Le règlement sommaire permet à un juge d'apprécier la valeur des demandes et des défenses et de trancher la demande en faveur de l'une ou l'autre des parties lorsqu'il n'y a aucune possibilité raisonnable de succès et qu'il n'y a aucune raison d'instruire l'affaire⁵⁵². Le premier élément de ce critère, à savoir qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable de succès, est le même que celui utilisé pour les requêtes en jugement sommaire⁵⁵³. Le deuxième volet, soit qu'il n'y a aucune raison d'instruire l'affaire, est propre aux requêtes en règlement sommaire et prend en compte des facteurs comme les parties en litige, les contradictions de la preuve et la gravité du tort présumé⁵⁵⁴. La procédure de règlement sommaire prévoit un ensemble restreint de mesures de réparation, dont une déclaration, une rectification, la présentation d'excuses, une injonction et des dommages-intérêts ne dépassant pas 10 000 £⁵⁵⁵.

Le règlement sommaire était destiné à servir de solution rapide, peu coûteuse (avec dommages-intérêts peu élevés). L'idée était d'insister pour que les deux parties [TRADUCTION] « mettent toutes leurs cartes sur la table » et règlent rapidement le litige⁵⁵⁶. Le règlement sommaire n'est pas aussi souple que la requête en jugement sommaire puisqu'il ne peut pas résoudre des questions particulières. Les requêtes en règlement sommaire ont été utilisées pour juger les moyens de défense⁵⁵⁷, déterminer le sens⁵⁵⁸ et fixer les dommages-intérêts⁵⁵⁹. Dernièrement, elles ont été déposées pour obtenir réparation contre des défendeurs anonymes sur Internet⁵⁶⁰. La section ci-après sur l'anonymat traite de cette jurisprudence.

iii. Comparaison des enquêtes préliminaires

L'Ontario et l'Angleterre disposent d'outils procéduraux distincts dans leur arsenal respectif pour l'enquête préliminaire dans les actions en diffamation. Le pouvoir des tribunaux anglais de tenir une enquête préliminaire dans le cadre de la gestion des instances fait en sorte qu'un vaste éventail de questions puissent être déterminées avant le procès, y compris le sens, la norme des dommages sérieux et la disponibilité de moyens de défense particuliers. L'Ontario ne dispose pas du pouvoir général de tenir des enquêtes préliminaires relatives à des actions en diffamation ou autre. Il ne dispose pas non plus d'une procédure de règlement sommaire simplifiée. Dans les deux cas, l'Ontario a recours au jugement sommaire à ces fins.

En somme, la question est de savoir si le mécanisme existant de règlement sommaire de l'Ontario, tel qu'amendé en 2010 et interprété par la Cour suprême du Canada en 2014, permet le règlement juste et équitable des actions en diffamation ou si la CDO devrait envisager de recommander des pouvoirs de tenir des enquêtes préliminaires spécialisées en diffamation comme c'est prévu dans le droit anglais⁵⁶¹.

Question à aborder

26. La règle 20 des *Règles de procédure civile* constitue-t-elle un mécanisme approprié et suffisant pour l'enquête préliminaire dans les actions en diffamation? L'Ontario devrait-il adopter l'enquête préliminaire ou des mesures de règlement sommaire comme celles en vigueur au Royaume-Uni?

G. Les procès stratégiques et la Loi de 2015 sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques

Les expressions « poursuites stratégiques contre la mobilisation publique » ou « poursuites-bâillons » désignent les procès intentés [TRADUCTION] « contre un ou plusieurs groupes ou personnes qui s'expriment ou prennent position dans un débat de société sur une question d'intérêt public⁵⁶² ». Ces procès sont une forme d'abus de procédure. Des demandeurs s'en servent pour [TRADUCTION] « limiter la liberté d'expression des défendeurs et neutraliser leur action en ayant recours aux tribunaux pour les intimider, épuiser leurs ressources et leur enlever leurs moyens d'action⁵⁶³ ». De nombreuses poursuites-bâillons sont formulées comme des actions en diffamation. Un exemple typique est celui de l'action intentée par un promoteur pour empêcher les environnementalistes de s'exprimer au sujet d'un projet de développement immobilier. Leurs conséquences vont bien au-delà de l'impact sur les parties concernées. Elles représentent un abus de justice, et peuvent avoir pour effet d'escamoter les débats sur des affaires d'intérêt public⁵⁶⁴.

En 2015, l'Ontario a promulgué la *Loi de 2015 sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques* (LPDPAP), qui a mis en place une procédure de requête accélérée pour repérer et rejeter les poursuites-bâillons⁵⁶⁵. Cette procédure représente un autre outil implanté récemment (comme la défense de communication responsable) pour renforcer la protection de la liberté d'expression sur des questions d'intérêt public. En règle générale, la nouvelle procédure a reçu un fort appui des commentateurs, et les tribunaux ont commencé à l'interpréter. Toutefois, des réserves ont aussi été soulevées à propos de l'équité du critère juridique utilisé pour évaluer le bien-fondé des demandes des demandeurs à un stade précoce de la procédure, ainsi que d'autres aspects de la procédure. Dans la présente section, la CDO examine la jurisprudence la plus récente sur la nouvelle procédure et elle demande aux parties prenantes de déterminer si la procédure établit un juste équilibre entre liberté d'expression et protection de la réputation.

1. *Loi de 2015 sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques*

En 2010, le Procureur général de l'Ontario a demandé à un comité consultatif d'experts de se pencher sur le problème des poursuites-bâillons⁵⁶⁶. Le comité a conclu que les recours juridiques actuels pour

lutter contre les abus de procédure n'étaient pas efficaces pour contrer les poursuites-bâillons et qu'il serait nécessaire de mettre en place une solution plus ciblée pour protéger la participation aux affaires publiques.

Le comité a mis au point une procédure sommaire rapide pour déceler et rejeter les poursuites-bâillons. Elle fait partie de la LPDPAP, qui a été adoptée en 2015 et a modifié la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, de façon à y adjoindre la « Prévention des instances limitant la liberté d'expression sur des affaires d'intérêt public (poursuites-bâillons) »⁵⁶⁷. L'objet de cette section est défini à l'article 137.1 :

137.1 1) Les objets du présent article et des articles 137.2 à 137.5 sont les suivants :

- a) encourager les particuliers à s'exprimer sur des affaires d'intérêt public;
- b) favoriser une forte participation aux débats sur des affaires d'intérêt public;
- c) décourager le recours aux tribunaux comme moyen de limiter indûment l'expression sur des affaires d'intérêt public;
- d) réduire le risque que la participation du public aux débats sur des affaires d'intérêt public ne soit entravée par crainte d'une action en justice⁵⁶⁸.

Cet article prévoit une motion en rejet d'une instance lorsqu'elle « découle du fait de l'expression de la personne relativement à une affaire d'intérêt public »⁵⁶⁹. Surtout, le critère juridique met l'accent sur l'effet objectif de l'expression plutôt que sur l'intention subjective de l'auteur⁵⁷⁰. Toutefois, les motifs de l'auteur seront pertinents afin d'établir l'équilibre entre la valeur de l'expression et le préjudice qu'a subi le demandeur.

Une fois que l'effet sur l'intérêt public est établi, le juge doit ordonner le rejet, sauf si l'intimé peut remplir un critère en deux volets. Premièrement, l'intimé doit établir qu'il « existe des motifs de croire d'une part, que le bien-fondé de l'instance est substantiel, d'autre part, que l'auteur de la motion n'a pas de défense valable dans l'instance ». Deuxièmement, l'intimé doit établir que le préjudice résultant de l'expression est « suffisamment grave pour que l'intérêt public à permettre la poursuite de l'instance l'emporte sur l'intérêt public à protéger cette expression »⁵⁷¹. Il n'est pas nécessaire que le requérant démontre que l'intimé a agi pour des motifs illicites pour que l'action soit rejetée. Il s'agit d'une caractéristique unique de la loi ontarienne.

Une motion en rejet d'une instance peut être présentée à n'importe quel moment après l'introduction de l'instance. Il n'est pas nécessaire d'attendre pour déposer une défense⁵⁷². La motion est entendue au plus tard 60 jours après le dépôt de l'avis de motion⁵⁷³. Pendant ce temps, aucune autre étape ne peut être engagée dans l'instance tant que le tribunal ne s'est pas prononcé de façon définitive sur la motion et tout appel de celle-ci⁵⁷⁴.

La Loi prévoit des dispositions au sujet des coûts qui visent à encourager les parties à recourir à la nouvelle procédure⁵⁷⁵. Si un juge rejette une instance, l'auteur de la motion a droit aux dépens afférents à la motion et à l'instance sur une base d'indemnisation intégrale⁵⁷⁶. Si un juge ne rejette pas une instance, la partie intimée n'a pas droit aux dépens afférents à la motion⁵⁷⁷. Les deux présomptions sont subordonnées au pouvoir discrétionnaire du juge.

Selon le paragraphe 137.1 (9), le juge qui conclut que la partie intimée a introduit l'instance de mauvaise foi ou à une fin illégitime peut accorder à l'auteur de la motion les dommages-intérêts qu'il estime appropriés⁵⁷⁸.

2. Jurisprudence portant sur l'interprétation de la LPDPAP

Jusqu'à présent, les tribunaux n'ont pas craint de recourir à la nouvelle procédure pour rejeter des actions en diffamation lorsqu'ils étaient satisfaits que le critère légal avait été rempli. Ce qui n'a peut-être rien d'étonnant, les tribunaux ont été disposés à rejeter les actions fondées sur des scénarios classiques de poursuite-bâillon où les parties n'ont manifestement pas les mêmes moyens pour financer un litige. Ce sont des actions intentées par de grandes sociétés qui visent des personnes qui se sont exprimées au sujet de leurs activités commerciales pour des raisons d'intérêt public⁵⁷⁹. Par exemple, dans *United Soils Management Ltd. v. Mohammed*, une entreprise exploitant une gravière a intenté une action contre une enseignante locale relativement aux commentaires qu'elle a publiés dans Facebook à propos de la contamination possible des sources d'eau locales par la gravière. Des preuves montraient clairement que la société cherchait à intimider la défenderesse, entre autres en la submergeant de requêtes de nature procédurale inutiles. Le tribunal a rejeté l'action et a pris en compte le comportement abusif de la société en octroyant des dommages-intérêts de 7 500 \$ à la défenderesse.

Toutefois, les tribunaux ont aussi été disposés à rejeter des actions en diffamation même dans les cas où il n'y avait pas de déséquilibre apparent de pouvoir entre les parties⁵⁸⁰. Dans *Able Translations Ltd. v. Express International Translations Inc.*, le tribunal a rejeté une action en diffamation intentée par un traducteur relativement à des commentaires faits par un concurrent⁵⁸¹. Dans *Platnick v. Bent*, le tribunal a rejeté une action intentée par un médecin contre un avocat spécialisé en blessures corporelles qui avait envoyé un courriel à un serveur de liste, dans lequel il l'accusait d'inconduite⁵⁸².

Dans une minorité de cas, les tribunaux ont refusé de rejeter des actions en diffamation. Par exemple, dans *Thompson v. Cohodes*, le tribunal a refusé de rejeter une action en diffamation contre un ancien gestionnaire de fonds spéculatif qui avait allégué que le demandeur, PDG d'une société publique, avait commis une fraude⁵⁸³. Le tribunal a conclu que l'allégation de fraude était sans fondement et que l'action en diffamation pouvait donc se poursuivre.

La loi est toute récente et il y a des appels en suspens qui faciliteront son interprétation et son application. Néanmoins, il est évident que la Loi vise à renforcer la protection de la liberté d'expression.

3. Questions relatives à l'équilibre obtenu par la LPDPAP

La LPDPAP favorise clairement les personnes ou les parties qui se sont exprimées sur des questions d'intérêt public par rapport à d'autres pour qui il en aurait résulté une atteinte présumée à la réputation. Comme l'a fait remarquer le juge Dunphy dans l'une des premières décisions interprétant la nouvelle procédure :

[TRADUCTION] En mettant en place intentionnellement une procédure rapide et relativement sommaire, le législateur a accepté implicitement que *quelques* actions en diffamation potentiellement valables en droit puissent néanmoins être rejetées sans la tenue d’une audience en bonne et due forme sur le fond. On pourrait dire qu’à ce niveau, la LPDPAP lutte contre la « crainte paralysante du libelle » avec sa propre forme de « crainte paralysante du litige »⁵⁸⁴.

Dans *United Soils Management v. Mohammed*, le juge Lederer a décrit avec plus de précision le changement apporté par la nouvelle loi :

[TRADUCTION] J’ai tendance à penser que le législateur a voulu faire plus que « faire pencher la balance quelque peu ». Il a plutôt créé une « pente raide » que le demandeur devra gravir avant qu’une action comme celle-ci soit autorisée. Le législateur nous enjoint d’accorder une valeur considérable à la liberté d’expression par rapport à la diffamation dans la sphère publique⁵⁸⁵.

La norme de preuve et le fardeau de la preuve relativement lourds qui sont imposés au demandeur dans une poursuite-bâillon fournissent un exemple éloquent de la modification de l’équilibre apportée par la loi en faveur du défendeur et de la liberté d’expression. C’est au demandeur qu’incombe la charge de démontrer des « motifs de croire » que le bien-fondé de l’action en diffamation contre le défendeur est substantiel et qu’il n’y a pas de défense valable en l’instance. Il s’agit d’un renversement du fardeau de la preuve dans une action en diffamation en vertu de la common law.

La LPDPAP a engendré ses propres complexités juridiques. Par exemple, la norme de preuve des « motifs de croire » a été interprétée comme exigeant davantage que la preuve que l’action n’est pas frivole ou vexatoire, mais elle reste moins élevée que la preuve selon la prépondérance des probabilités. Une norme intermédiaire [TRADUCTION] « d’éléments de preuve concluants et dignes de foi » a été adoptée⁵⁸⁶. Des critiques ont soutenu que cette norme est trop contraignante pour les demandeurs à un stade aussi précoce du procès⁵⁸⁷.

Des réserves ont aussi été exprimées à l’égard de l’exigence énoncée au paragraphe 137.1 (4) voulant que le demandeur fournisse la preuve que le préjudice subi est « suffisamment grave ». C’est une norme plus élevée que celle requise en common law où le préjudice est présumé une fois que le demandeur a établi les éléments du délit⁵⁸⁸.

Les dispositions relatives aux dépenses et aux dommages-intérêts favorisent manifestement les défendeurs⁵⁸⁹.

Certains commentateurs prédisent que la Loi entraînera un [TRADUCTION] « effet paralysant sur les actions fondées qui sont intentées pour des motifs valables » et ils n’écartent pas la possibilité que les diffamateurs bénéficient d’une « crédibilité injustifiée » au motif qu’ils défendent la liberté d’expression constitutionnelle⁵⁹⁰. On estime qu’il sera assez facile pour certains défendeurs de satisfaire au critère de l’« intérêt public », ce qui ferait en sorte que la Loi deviendrait une stratégie que privilégieraient les personnes contre qui une action en diffamation a été intentée⁵⁹¹.

L’orientation favorable aux défendeurs de la nouvelle Loi a déjà fait l’objet d’une contestation fondée sur la Charte du fait qu’il s’agit d’un manquement à l’équité procédurale ayant pour effet de nier des

droits de justice fondamentale. Le tribunal en première instance a rejeté ces arguments au motif que le droit à la réputation ne constitue pas un droit protégé en vertu de l'article 7⁵⁹². Ce jugement a été instruit récemment en appel, mais la décision n'a pas encore été rendue publique.

Certaines poursuites-bâillons représentent un abus grave du système judiciaire et elles ont des répercussions considérables sur la liberté d'expression. Les faits et l'historique des procédures dans *United Soils Management v. Mohammed* illustrent avec éloquence le problème que la Loi a pour objet de régler. Toutefois, la question qui sous-tend une bonne partie des commentaires et de la jurisprudence et que la CDO pose aux parties prenantes à ce projet est de savoir si la Loi réussit à cibler les poursuites-bâillons « véritables », sans compromettre indûment les actions en diffamation légitimes. Autrement dit, la *Loi sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques* réussit-elle à établir un juste équilibre entre liberté d'expression et protection de la réputation?

4. Les trois caractéristiques uniques de la Loi sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques

La LPDPAP a pour fondement les recommandations du Comité consultatif pour contrer les poursuites-bâillons. En formulant la loi, le Comité a effectué des choix au plan de la politique à établir qui la distinguent d'autres mesures législatives contre les poursuites-bâillons dans d'autres administrations. Quelques-unes d'entre elles méritent qu'on s'y attarde pour constater dans quelle mesure la législation a atteint son objectif.

Premièrement, la LPDPAP opte pour une définition relativement large de l'activité qu'elle prétend protéger, c'est-à-dire, toute expression d'une personne « relativement à une affaire d'intérêt public ». Le Comité a aussi étudié, mais écarté, un éventail plus restreint d'options visant à influencer sur l'action des autorités⁵⁹³. Il a insisté également sur l'importance de cibler « toute participation légitime aux affaires d'intérêt public »⁵⁹⁴.

Deuxièmement, la LPDPAP vise le caractère abusif des procès stratégiques contre la participation aux affaires publiques, contrairement à la législation de plusieurs autres administrations qui vise les motifs inappropriés des demandeurs pour tenter de telles actions⁵⁹⁵. Le Comité a soutenu qu'il serait difficile de juger du motif ou de la mauvaise foi, particulièrement dans le cas d'une instance accélérée.

Troisièmement, le Comité a examiné la possibilité de limiter les types de défendeurs qui pourraient jouir d'une protection en vertu de cette loi et l'a rejetée⁵⁹⁶. Les sociétés, les médias et les personnes ont tous le droit d'introduire une requête dans la mesure où leur expression est réellement liée à l'intérêt public.

La CDO demande à recevoir des observations sur ces caractéristiques de la LPDPAP et sur ses répercussions à ce jour.

Question à aborder

27. Quelles ont été les répercussions de la *Loi de 2015 sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques* sur le déroulement et l'issue des actions en diffamation en Ontario? Cette loi réussit-elle à établir un juste équilibre entre les intérêts des parties à une action en diffamation?

H. Le rôle du jury

Les procès devant jury pour des actions en diffamation ont une longue tradition dans les administrations en régime de common law, mais elle s'est graduellement perdue. Dans la *Defamation Act 2013*, l'Angleterre a renversé de manière décisive la présomption pour des procès devant jury dans les affaires de diffamation. Le projet de loi, *Defamation and Malicious Publications (Scotland) Bill*, renverserait de la même façon cette présomption en Écosse⁵⁹⁷. La CDO rend compte ici de cette tendance, et demande aux parties prenantes de se pencher sur le rôle des jurys en Ontario dans les actions en diffamation. C'est une question de procédure classique qui a échappé à l'influence de l'Internet.

Actuellement en Ontario, les actions en diffamation sont traitées généralement comme toute autre action civile, avec une présomption de procès devant juge seul, sauf si une partie demande une autre procédure⁵⁹⁸. Toutefois, l'article 14 de la *Loi sur la diffamation* prévoit des jurys qui peuvent rendre un verdict général ou particulier⁵⁹⁹. Dans d'autres provinces canadiennes, les règles varient. Au Québec, les procès en diffamation devant jury ne sont pas prévus⁶⁰⁰. Au Manitoba et en Nouvelle-Écosse, il y a une présomption de procès devant jury, sauf si les parties en décident autrement⁶⁰¹. D'autres provinces prévoient des procès devant jury à la demande de l'une des parties, sauf si le juge en décide autrement⁶⁰².

La CDO ne dispose pas de statistiques sur le nombre de procès en diffamation devant jury. Il n'est pas clair non plus dans quelle mesure les parties prenantes s'entendent sur la question du jury. La CDO convie les praticiens et les parties prenantes à lui faire part de leurs observations sur ces questions.

Traditionnellement, les procès devant jury sont considérés comme appropriés pour les actions en diffamation parce qu'ils font appel aux valeurs sociales⁶⁰³. C'est tout particulièrement le cas lorsque le sens diffamatoire est en cause puisque le critère pour le déterminer repose sur ces valeurs. Les demandeurs peuvent privilégier un procès devant jury s'ils estiment que leurs chances d'obtenir des dommages-intérêts plus élevés augmentent. Toutefois, un procès devant jury peut comporter un processus juridique plus onéreux et plus long qu'un procès devant juge seul. Par exemple, au Royaume-Uni, il a été constaté que les procès devant jury augmentaient les coûts de 20 % à 30 % et doublaient la durée des procédures judiciaires⁶⁰⁴.

Il y a des raisons de croire que les jurys augmentent les coûts ainsi que la complexité des actions en diffamation. Les procès devant jury s'avèrent généralement complexes et chargés en fin de procès. Par exemple, lorsque de présumés propos diffamatoires peuvent prendre plusieurs sens, il se peut qu'un

jury privilégie un sens sur d'autres seulement à la fin du procès. Il faut donc que les avocats développent des arguments subsidiaires qui tiennent compte des sens différents⁶⁰⁵. Par contre, lors d'un procès devant juge seul, le sens peut être déterminé dès le début dans le cadre d'une requête préliminaire⁶⁰⁶. Selon Alastair Mullis et Andrew Scott, les coûts peuvent « diminuer considérablement » et les affaires se régler plus rapidement⁶⁰⁷.

À l'époque de la Charte, les procès en diffamation soulèvent d'importantes questions qui relèvent des droits constitutionnels, en particulier le droit à la liberté d'expression, et certains soutiennent qu'il n'est pas approprié que ces questions de droit soient laissées à des profanes⁶⁰⁸. De plus, l'évolution de la procédure, comme la création de la défense de communication responsable, conduit à un [TRADUCTION] « partage confus des fonctions de juge et jury », ce qui complique encore davantage la tâche du jury⁶⁰⁹.

La question est de savoir si les gains d'efficacité de la procédure découlant d'un procès devant juge seul l'emportent sur la possibilité qui s'offre aux demandeurs de faire déterminer le sens par un jury formé de leurs pairs. Lord Denning a fait les remarques suivantes dans *Rothermere v. Times Newspaper* :

[TRADUCTION] Il est vrai qu'un procès devant juge seul comporterait de nombreux avantages. Notamment, un juge serait peut-être plus en mesure de traiter de la masse de documents et il exposerait des motifs qu'une cour d'appel pourrait examiner. Cela ne donne pas toujours une meilleure justice. [...] Un jury examine un cas d'une manière plus générale. Il accorde plus d'importance à des facteurs qui influencent plus le profane que le juriste⁶¹⁰.

Comme l'a suggéré Andrew Scott dans ses recommandations à l'intention du gouvernement de l'Irlande du Nord, [TRADUCTION] « en particulier, lorsque les décisions que doit prendre le tribunal ont un caractère factuel, leur légitimité aux yeux du grand public pourrait dépendre, singulièrement, dans certains contextes sociopolitiques, de la participation de la collectivité pour trouver une issue⁶¹¹ ».

Question à aborder

28. Dans quelle mesure recourt-on au procès avec jury dans les actions en diffamation en Ontario? Dans celles-ci, le droit à un procès avec jury devrait-il être restreint?

I. Identification des défendeurs anonymes

Le chapitre III traite du rôle important que joue l'anonymat pour protéger la vie privée et la liberté d'expression. Cependant, l'anonymat est une arme à deux tranchants. D'un côté, il y a le dénonciateur vulnérable qui se lance dans des dénonciations bénéfiques du point de vue social (par exemple, des pratiques inéquitables en milieu de travail) et qui échappe à la punition en raison de son anonymat. Dans ces circonstances, l'anonymat peut s'avérer indispensable pour protéger la liberté d'expression. De l'autre côté, il y a l'auteur de propos anonymes qui propage des mensonges diffamatoires. Dans *Manson v. John Doe*, le tribunal a statué qu'il s'agissait de [TRADUCTION] « liberté de diffamation » n'ayant pas

droit à la protection juridique⁶¹². La tension qui oppose la valeur et les risques de propos anonymes est particulièrement pertinente dans le contexte d'Internet où il est plus facile de s'exprimer dans l'anonymat que dans le monde réel. Dans certaines circonstances, l'atteinte à la réputation peut s'avérer moins grave dans un contexte où les propos sont moins crédibles justement parce qu'ils sont anonymes.

Les communications anonymes par Internet créent des obstacles procéduraux considérables à une action en diffamation, qui peuvent entraver l'accès à la justice. Karen Eltis prévient que [TRADUCTION] « l'anonymat a la capacité de miner et même d'affaiblir les tribunaux (canadiens), les réparations qu'ils accordent et le système lui-même⁶¹³ ». Le problème c'est que, peu importe l'odieux des propos diffamatoires et l'importance des recours que notre système de justice peut rendre disponibles, il pourrait y avoir déni de justice si le défendeur ne peut pas être identifié.

Le problème pratique se situe au niveau de l'identification des auteurs anonymes pour que ceux qui sont responsables de diffamation et d'autres formes d'expression « illégale » puissent être nommés comme défendeurs dans une action en justice. Dans la présente section, la CDO demande à recevoir des observations sur la façon de pondérer la valeur de s'exprimer dans l'anonymat avec la nécessité d'empêcher les diffamateurs de se dissimuler derrière un « rideau électronique » afin d'éviter d'être tenus responsables de leurs actes⁶¹⁴.

Cette question est soulevée dans le contexte où un demandeur veut intentar une action en diffamation directement contre un auteur de propos anonymes. Souvent, le demandeur intentera plutôt une action contre le site Web ou l'intermédiaire de l'Internet qui « héberge » les propos diffamatoires. Le chapitre VII traite de cette possibilité et vise à déterminer dans quelle mesure les intermédiaires doivent être tenus responsables de propos diffamatoires d'autres auteurs.

Souvent, le problème lié à des propos anonymes diffamatoires ne se règle pas devant un tribunal. Un demandeur sera davantage porté à faire appel à un mécanisme de plainte mis en place par l'intermédiaire qui héberge le site. Ces mécanismes extrajudiciaires pour le règlement des différends sont approfondis au chapitre VIII.

1. Requêtes visant à identifier les auteurs de propos anonymes (ordonnances de type Norwich)

L'anonymat rendu possible dans les communications par Internet pourrait tenir de l'illusion. Les fournisseurs de services d'hébergement, y compris les plateformes de médias sociaux, disposent de renseignements signalétiques qui ont été fournis par les usagers comme condition d'inscription au service⁶¹⁵. Lorsque ces renseignements ne sont pas disponibles directement, les hébergeurs peuvent faire le lien entre un contenu particulier et l'adresse de protocole Internet (IP) de l'ordinateur ou d'un autre appareil utilisé pour afficher le contenu. Une fois l'adresse IP connue, le fournisseur de services Internet (FSI) pourra faire le lien entre cette adresse et l'abonné ayant enregistré l'ordinateur ou l'appareil en question⁶¹⁶.

Par conséquent, les hébergeurs de sites Web et les FSI ont souvent accès à des renseignements signalétiques à propos des auteurs de propos anonymes. L'expérience démontre toutefois qu'il est peu

probable qu'ils divulguent ces renseignements à un demandeur sans ordonnance d'un tribunal, et ce, pour deux raisons. D'abord, ils ont, dans l'ensemble, un devoir de confidentialité à l'égard de leur clientèle en vertu des conditions d'utilisation du service. De plus, ils sont assujettis à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDÉ)⁶¹⁷. Selon celle-ci, les FSI ne peuvent divulguer les renseignements personnels d'un abonné à l'insu et sans le consentement de ce dernier, sauf dans certaines circonstances précises, notamment pour se conformer à l'ordonnance d'un tribunal⁶¹⁸.

Donc, d'une manière générale, un demandeur faisant l'objet de propos anonymes prétendument diffamatoires doit déposer une requête pour obtenir une ordonnance obligeant l'hébergeur du site Web et le FSI à communiquer les renseignements permettant d'identifier un abonné⁶¹⁹. La règle 31.10 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario prévoit que le tribunal peut accorder l'autorisation d'interroger au préalable une personne « s'il a des raisons de croire que cette personne possède des renseignements pertinents sur une question importante en litige » pour autant que l'information ne puisse pas être obtenue autrement et que, tout compte fait, l'équité l'impose⁶²⁰.

Il est également possible, avant d'introduire une action, de déposer une requête pour obtenir une ordonnance d'interrogatoire préalable en équité que l'on appelle une ordonnance de type *Norwich*. La raison d'être de cette ordonnance a été expliquée dans l'arrêt qui lui a donné son nom :

[TRADUCTION] On y trouve le principe très raisonnable voulant que si une personne est mêlée aux actes délictuels d'autres personnes, sans que ce soit sa faute, et facilite ainsi le préjudice causé, elle n'engage peut-être pas sa responsabilité personnelle, mais elle est tenue d'aider la personne lésée en lui donnant tous les renseignements et en lui divulguant l'identité de l'auteur du préjudice... Mais la justice exige qu'elle coopère afin de réparer le préjudice causé si, sans le vouloir, elle l'a facilité⁶²¹.

Les tribunaux ontariens ont eu recours aussi bien à la réglementation qu'à l'ordonnance de type *Norwich* pour contraindre des intermédiaires à divulguer l'identité d'auteurs de propos anonymes dans certaines circonstances⁶²². En fait, il n'est pas évident que ce soient des procédures séparées⁶²³. La jurisprudence établie ultérieurement les a traitées comme une démarche unique et, aux fins des présentes, nous faisons de même. Lorsque nous faisons référence à une ordonnance de type *Norwich*, nous désignons ce concept unifié.

L'arrêt *Warman v. Fournier* est la cause faisant jurisprudence en Ontario⁶²⁴. Le tribunal a statué que les *Règles de procédure civile* doivent être interprétées d'une façon qui respecte les droits et les valeurs de la Charte, aussi bien le droit à la liberté d'expression que celui à la vie privée. Il a énoncé un critère à quatre étapes pour déterminer s'il pouvait ordonner à une tierce partie de divulguer l'identité d'un utilisateur anonyme en ligne. Le tribunal doit déterminer :

- 1) si le présumé auteur du préjudice pouvait avoir une expectative raisonnable d'anonymat dans les circonstances;

- 2) si l'intimé a fait la preuve *prima facie* contre l'auteur présumé du préjudice et agissait de bonne foi;
- 3) si l'intimé a pris des mesures raisonnables pour identifier la partie anonyme et a été incapable de le faire;
- 4) si l'intérêt public l'emporte sur les intérêts légitimes de la liberté d'expression et du respect de la vie privée des personnes dont on demande la divulgation de l'identité si l'ordonnance est rendue⁶²⁵.

Ces requêtes en ordonnance obligeant à divulguer l'identité visent à établir un équilibre entre la valeur reconnue depuis longtemps d'un processus d'interrogatoire préalable élargi, que l'on peut constater dans toute la procédure judiciaire de la common law, et les valeurs importantes de la Charte qui sous-tendent la question des propos anonymes⁶²⁶. Comme le fait remarquer Robert J. Currie, notre procédure civile reflète d'une manière générale [TRADUCTION] « le droit de confronter l'accusateur », ce qui est contraire à l'idée que les propos diffamatoires anonymes puissent échapper aux lois⁶²⁷. Currie poursuit en écrivant que [TRADUCTION] « la relation infiniment complexe et potentiellement explosive entre la technologie et la vie privée influe sur bon nombre des rouages de l'administration de la justice, dont la procédure, et les réorganise parfois⁶²⁸ ».

2. Obstacles procéduraux à l'obtention d'ordonnances de type Norwich

Actuellement, les tribunaux qui se penchent sur la possibilité de rendre une ordonnance de type *Norwich* tentent d'établir un équilibre juste entre la liberté d'expression et la vie privée de l'auteur de propos anonymes, le droit à la réputation du demandeur et l'intérêt pour la société d'instaurer un interrogatoire préalable élargi qui facilite l'administration de la justice. Dans la pratique, des parties prenantes ont affirmé que les audiences consacrées à une requête d'ordonnance de type *Norwich* se déroulent d'une manière efficace. Toutefois, les procédures visant ce type d'ordonnance manquent un peu de naturel. Bien que le processus ait été mis en place dans le contexte d'actions civiles, dont les parties disposent de ressources suffisantes pour mener à terme la procédure, la question est de savoir dans quelle mesure ce processus est accessible à la vaste majorité des demandeurs qui tentent d'obtenir un recours judiciaire.

Par exemple, pour obtenir une ordonnance d'un tribunal visant la divulgation de l'identité d'un auteur de propos anonymes, il faut suivre généralement une procédure en deux étapes. Il faut d'abord introduire une requête contre l'hébergeur du site Web pour obtenir une ordonnance lui enjoignant de divulguer l'adresse IP pertinente. Il faut ensuite introduire une autre requête contre le FSI afin d'établir un lien entre l'adresse IP et les renseignements sur l'identité de l'abonné. Par exemple, ce fut le cas dans *York University v. Bell Canada*⁶²⁹. L'Université York a introduit une requête contre Google Inc. pour obtenir la divulgation de l'adresse IP à l'origine du courriel pseudonyme. L'ordonnance a été rendue en mai 2009. La deuxième ordonnance contre le FSI l'obligeant à divulguer les renseignements sur l'identité de l'abonné a été rendue en août 2009. Les présumés propos diffamatoires circulaient en ligne depuis six mois (depuis février 2009) et l'action en diffamation n'avait pas encore commencé. Mark Donald

résume le problème dans un billet réfléchi publié sur son blogue, dans lequel il se dit d'avis que les règles actuelles penchent injustement en faveur des trolls sur Internet⁶³⁰.

L'introduction d'une requête contre un intermédiaire de l'Internet peut être rendue plus complexe par des questions de compétence lorsque son siège social est situé dans un autre ressort⁶³¹.

3. Limitations des ordonnances de type *Norwich* une fois obtenues

Même lorsqu'un demandeur obtient une ordonnance de type *Norwich*, il ne peut pas avoir l'assurance qu'il réussira à identifier le diffamateur présumé. L'identité de l'abonné du FSI ne sera d'aucune utilité si le diffamateur a utilisé un ordinateur public. Dans les cybercafés et d'autres réseaux publics, il pourrait s'avérer impossible d'identifier la personne qui a utilisé un ordinateur à un moment donné.

Des ordinateurs dans des environnements plus privés peuvent être utilisés par des personnes autres que l'abonné. Par exemple, dans *Applause Store v. Raphael*, Facebook a respecté une ordonnance de type *Norwich* l'enjoignant à divulguer l'adresse IP d'un faux compte ayant servi à diffuser des propos diffamatoires⁶³². L'adresse IP était liée à deux ordinateurs qui se trouvaient dans l'appartement du défendeur qui a nié être le détenteur du faux compte, alléguant que c'étaient des amis qui avaient séjourné chez lui au cours de la période visée. Le tribunal a statué que la preuve du défendeur était peu plausible et qu'il était le véritable responsable du compte⁶³³. Toutefois, le tribunal est arrivé à cette conclusion après un procès de quatre jours seulement dans un jugement écrit détaillé, rendu plus d'un an après la diffusion de la page Facebook diffamatoire. Ce scénario illustre la difficulté qui peut se présenter dans certaines circonstances pour révéler l'identité d'auteurs de propos anonymes même après avoir investi temps et argent pour obtenir une ordonnance obligeant la divulgation de l'adresse IP concernée.

Il y a aussi des cas où une ordonnance de type *Norwich* ne permet pas d'identifier les abonnés d'un FSI qui utilisent de faux noms. Des technologies nouvelles comme Tor rendent difficile, voire impossible dans certaines circonstances, de retracer une transmission dans le réseau d'un FSI jusqu'à l'utilisateur de Tor⁶³⁴. Un exemple a été pris en compte par le tribunal dans *Brett Wilson LLP v. Persons Unknown*⁶³⁵. Les propriétaires du site Web en cause s'étaient inscrits auprès d'un service mandataire sous le nom « Anonymous Speech ». Ce service avait été mis sur pied dans le but spécifique de cacher l'identité des utilisateurs. Apparemment, ils déplaçaient leurs serveurs d'un pays à l'autre pour éviter d'être repérés⁶³⁶. Dans cette affaire, les demandeurs ont obtenu une ordonnance de type *Norwich* contre « Anonymous Speech », mais cette ordonnance a tout simplement été ignorée.

Même si l'ordonnance de type *Norwich* est exécutoire et que le diffamateur présumé est démasqué, le demandeur fait toujours face à la difficulté d'intenter une action contre lui. Pour toutes ces raisons, peu importe le bien-fondé d'une plainte, introduire une ordonnance de type *Norwich* peut s'apparenter à un coup de dés qui coûte très cher⁶³⁷. Par conséquent, quelle que soit la façon dont l'ordonnance de type *Norwich* est conçue ou dont les différents facteurs sont équilibrés, la question plus fondamentale est de

savoir si ce mécanisme judiciaire et ses coûts afférents représentent un obstacle à un accès effectif à la justice pour un demandeur victime de diffamation.

En revanche, l'accès à la justice de l'auteur de propos anonymes est aussi en jeu. En premier lieu, il existe des inquiétudes à l'égard de la crainte paralysante du libelle. Des internautes pourraient choisir de ne pas afficher des formes légitimes de propos anonymes par crainte de devoir faire face à un processus judiciaire coûteux et incertain. En second lieu, les ordonnances de type *Norwich* sont des ordonnances *ex parte*, et on s'inquiète qu'elles puissent nuire aux droits à la vie privée d'un défendeur qui ne comparaît pas devant le tribunal⁶³⁸. Bien entendu, on peut avoir l'impression de tourner en rond avec une telle base d'argumentation puisque le défendeur ne comparaît pas justement parce qu'il a choisi de garder l'anonymat. On peut se demander s'il faut exiger que le demandeur satisfasse à un critère plus rigoureux pour obtenir une ordonnance de divulgation tout simplement *parce que* le défendeur a choisi de préserver son anonymat.

4. Options de réforme pour identifier des défendeurs anonymes

Le Canada, le Royaume-Uni, les États-Unis et l'Australie ont tous adopté un système d'« anonymat retraçable ». On entend par là que les internautes sont anonymes jusqu'à ce qu'ils dépassent une norme de comportement qui varie d'un pays à l'autre et qui peut servir par la suite à les identifier⁶³⁹. La CDO est d'avis qu'il s'agit d'un modèle approprié dans l'ensemble puisqu'il permet d'établir un équilibre entre les intérêts en présence. Toutefois, la question est de savoir comment ce seuil sera déterminé. Une question qui se pose aux parties prenantes est de savoir si l'analyse relative aux ordonnances de type *Norwich* telle qu'elle a été développée en Ontario est appropriée pour déterminer quand il faut lever l'anonymat. Ou, y a-t-il d'autres facteurs qui doivent être pris en compte ou pondérés? En outre, on peut se demander si les coûts et la complexité du processus pour obtenir une ordonnance de type *Norwich* sont, en pratique, un fardeau excessif pour un demandeur qui tente d'avoir accès à la justice.

Il y a plusieurs solutions possibles à ces questions.

i. Exigences en matière d'avis, et signification aux défendeurs anonymes

Mark Donald propose que les procédures pour intenter des actions soient réformées afin de rééquilibrer les intérêts des demandeurs et des auteurs de propos anonymes⁶⁴⁰. En premier lieu, selon Mark Donald, il faudrait clarifier le fait que les exigences en matière d'avis qui s'appliquent aux journaux, aux radiodiffuseurs et aux télédiffuseurs en vertu de la *Loi sur la diffamation* ne s'appliquent pas aux défendeurs anonymes. Ces exigences ont été détaillées ci-dessus.

En second lieu, Mark Donald recommande que la signification par courriel soit plus acceptable dans ces cas. Pour ce qui est de cette proposition, il convient de signaler que les tribunaux ontariens ordonnent de plus en plus souvent la signification par les médias sociaux. Des commentateurs sont d'avis que cela devrait constituer la norme plutôt que l'exception⁶⁴¹.

ii. Établir un lien entre la responsabilité des intermédiaires de l'Internet et l'anonymat

En Angleterre, la *Defamation Act 2013* contourne le problème d'identification des auteurs de propos anonymes en transférant aux intermédiaires la responsabilité de donner suite aux plaintes

conformément aux *Website Operators Regulations*⁶⁴². Une réponse adéquate exige que l'on obtienne les coordonnées de l'auteur et qu'on les communique à la victime, ou que l'on supprime le contenu diffamatoire. Au lieu d'introduire une requête coûteuse préalable au procès, le demandeur doit simplement donner avis à l'intermédiaire et il pourrait avoir accès à l'identité du malfaiteur ou, du moins, faire retirer les propos diffusés.

Bien que l'Ontario ne dispose pas actuellement de système de réglementation comme celui de l'Angleterre, les intermédiaires de l'Internet peuvent être tenus potentiellement responsables comme diffuseurs secondaires en régime de common law. Cela peut les inciter en quelque sorte à aider les demandeurs à identifier les diffamateurs présumés. En revanche, les intermédiaires des États-Unis jouissent pratiquement de l'immunité contre des actions en diffamation. La protection de la vie privée et de la liberté d'expression étant enracinée plus fortement, ils sont moins enclins à collaborer avec les demandeurs.

La question de la responsabilité des intermédiaires est détaillée au chapitre VII⁶⁴³.

iii. Requêtes en règlement sommaire contre des défendeurs anonymes

Une requête visant l'obtention d'une ordonnance de type *Norwich* pour identifier des défendeurs anonymes constitue habituellement un moyen d'arriver à ses fins. Le but ultime d'une action en diffamation contre un défendeur est d'obtenir une réparation à l'égard de l'allégation présumée⁶⁴⁴. Par contre, nous avons vu qu'il y a bon nombre de circonstances où le critère applicable pour délivrer une ordonnance de type *Norwich* n'est peut-être pas rempli ou, même si une ordonnance est rendue, elle n'est pas exécutoire ou, mais si elle est exécutée, les renseignements signalétiques recherchés ne sont pas divulgués.

En Angleterre, la requête du demandeur ne se termine pas nécessairement à cette étape. La procédure de règlement sommaire en vigueur, examinée ci-dessus à la section sur les enquêtes préliminaires, a été utilisée avec succès dans deux actions contre des défendeurs anonymes qui « se dérobaient » à la procédure⁶⁴⁵. Dans les deux cas, les juges des requêtes ont pris soin de conclure qu'une requête en règlement sommaire avait été signifiée, mais que les défendeurs avaient choisi de ne pas participer au processus judiciaire. Le tribunal a ordonné dans les deux cas les montants maximaux pour dommages autorisés en vertu de la procédure de règlement sommaire (10 000 £) et il a accordé une injonction ordonnant le retrait des pages Web contestées.

Bien entendu, la limite évidente à l'utilisation de cette procédure ou d'une requête en jugement sommaire en Ontario contre des défendeurs anonymes tient à ce qu'il est peu probable qu'elle puisse être exécutée. Toutefois, un jugement par défaut pourrait convaincre un intermédiaire de retirer le contenu diffamatoire⁶⁴⁶. Ce serait l'ordonnance judiciaire qu'attendent les intermédiaires. Elle sert aussi à rendre justice publiquement au demandeur, ce qui pourrait être aussi important pour lui qu'une indemnité pécuniaire. La procédure de règlement sommaire a été qualifiée de [TRADUCTION] « relativement simple » et de « mécanisme le plus approprié pour les affaires [...] où une injonction

définitive (et le versement de dommages-intérêts accordés au titre de l'objectif de défense du droit) sont requis dans les meilleurs délais et au meilleur coût possible⁶⁴⁷ ».

iv. Distinguer requêtes en identification et actions en diffamation

Le professeur James Grimmelmann soutient que les requêtes visant l'identification de défendeurs anonymes devraient être considérées comme un recours distinct possible pour les demandeurs victimes de diffamation, qui puisse être intenté séparément et indépendamment d'une action en diffamation⁶⁴⁸. Dans certains cas, la menace d'être démasqué (et la réprobation publique encourue) est une incitation forte à s'abstenir de la sorte d'agression en meute qui est devenue si répandue dans les médias sociaux. Bien entendu, il peut aussi y avoir des facteurs liés à la vie privée et à la liberté d'expression qui soient tout aussi persuasifs et qui militent contre le démasquage, mais le point que soulève Grimmelmann a trait au fait que cet exercice d'équilibre devrait se dérouler sans détour et sans égard au bien-fondé de l'action en diffamation du demandeur. Il propose plutôt que l'exercice d'équilibre prenne en compte la possibilité que le demandeur use de représailles envers le défendeur s'il est démasqué. La CDO sollicite des avis à l'égard de cette proposition.

v. Sensibilisation des internautes

La nécessité de sensibiliser les internautes à l'utilisation d'Internet est évoquée souvent dans un grand nombre de contextes différents. Ils seraient peut-être moins enclins à tenir des propos irresponsables ou préjudiciables s'ils savaient qu'il existe des technologies permettant de démasquer les utilisateurs anonymes. Avec un peu de chance, la sensibilisation des internautes dans les salles de classe, les milieux de travail et les nombreuses communautés électroniques pourrait contribuer à réduire le nombre de cas de diffamation.

Question à aborder

29. Le critère qui s'applique actuellement pour l'obtention d'ordonnances de type *Norwich* établit-il un juste équilibre entre la liberté de s'exprimer dans l'anonymat, le droit au respect de la vie privée et l'importance d'un interrogatoire préalable élargi qui facilite l'administration de la justice? La législation en vigueur est-elle appropriée?

J. Anonymisation des demandeurs

Il y a une forte présomption en Ontario, comme dans d'autres pays de common law, que les procédures judiciaires soient accessibles au public et aux médias⁶⁴⁹. L'accès du public ne se limite pas aux audiences, mais comprend également les noms des parties ainsi que les documents juridiques qu'elles déposent. Ce principe de la publicité des débats judiciaires demeure profondément ancré dans notre démocratie et notre Charte, notamment le droit à la liberté d'expression⁶⁵⁰. Dans la plupart des cas, ce droit est considéré comme une limitation légitime du droit à la protection des renseignements personnels⁶⁵¹.

Comme la plupart des gens sont informés des procédures judiciaires par les médias, la liberté de la presse est devenue intimement liée à la transparence de la justice⁶⁵².

Habituellement, les procès en diffamation sont publics en vertu du principe de la publicité des débats judiciaires. Cela se justifie particulièrement pour ce type de procès puisqu'il est question d'atteinte à la réputation, dont la mesure s'appuie sur l'opinion publique. Toutefois, dans certains cas, les procédures en diffamation posent un dilemme pour la transparence de la justice. L'atteinte à la réputation entraînée par la diffamation peut être aggravée par le processus public visant à la réparer. Certains demandeurs cherchent donc à obtenir une ordonnance visant à limiter la publicité, notamment une ordonnance d'anonymisation qui permet de dissimuler l'identité du demandeur en utilisant ses initiales⁶⁵³. La présente section aborde la tension qui existe entre le principe de la publicité des débats judiciaires et le rôle des ordonnances d'anonymisation alors que les demandeurs peuvent être dissuadés d'une action en diffamation par crainte d'une atteinte plus grave à leur réputation.

En Ontario, l'imposition de limites au principe de la publicité des débats judiciaires est justifiée uniquement dans des situations exceptionnelles. En vertu du critère de *Dagenais/Mentuck*, une ordonnance de non-publication – ou une autre limitation analogue de la publicité des débats judiciaires (y compris l'anonymisation) – n'est rendue que si : a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice; b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables, notamment ses effets sur le droit à la libre expression⁶⁵⁴. Certaines exceptions générales ont été admises en vertu de ce critère. Par exemple, le tribunal assurera la protection des renseignements personnels soulevés dans le cadre d'une action, faute de quoi l'objet même du litige serait réduit à néant⁶⁵⁵. Il existe des exceptions légales à la règle générale de la publicité des procédures qui visent à protéger la vie privée des enfants⁶⁵⁶.

Les faits de l'affaire *AB v. Bragg* illustrent assez bien les intérêts contradictoires qui entrent en jeu dans une requête d'anonymisation⁶⁵⁷. Cette affaire concerne une fille de 15 ans qui a été victime de cyberintimidation et de diffamation. Dans sa requête visant à démasquer l'auteur de la diffamation, elle a demandé de procéder de façon anonyme, soutenant que, sauf si son anonymat est protégé, d'autres jeunes victimes de cyberintimidation seraient réticentes à porter plainte et se verraient, par conséquent, refuser l'accès à la justice⁶⁵⁸.

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a rejeté la demande d'anonymisation, concluant que l'atteinte à la réputation peut être mesurée seulement aux yeux du public de sorte que [TRADUCTION] « la chape de secret » est « contraire aux caractéristiques fondamentales du droit en matière de diffamation⁶⁵⁹ ». La Cour a également noté les effets bénéfiques que pourrait présenter la publicité en servant d'avertissement aux utilisateurs des médias sociaux quant aux risques liés à la divulgation de renseignements personnels, et en exerçant un effet dissuasif sur les cyberharceleurs potentiels⁶⁶⁰.

La Cour suprême du Canada a accueilli l'appel, affirmant « l'importance cruciale » du principe de la publicité des débats judiciaires, tout en reconnaissant qu'il « faut démontrer que le besoin de protéger ces intérêts justifie des restrictions à la liberté de la presse et au droit à la publicité des débats

judiciaires⁶⁶¹ ». La Cour a conclu que les intérêts de l'adolescente en matière de vie privée se rattachaient à son âge et à la nature de la victimisation contre laquelle elle a demandé la protection (l'intimidation à caractère sexuel en ligne). Dans les circonstances, les avantages de la protection de sa vie privée l'ont emporté sur le risque pour le principe de la publicité des débats. La Cour a soutenu, entre autres :

Otre le préjudice psychologique de la cyberintimidation, nous devons examiner le préjudice inévitable qu'elle cause à l'enfant — et à l'administration de la justice — si ces derniers refusent de prendre des mesures de protection en raison du risque de préjudice supplémentaire découlant de la divulgation publique⁶⁶².

La Cour visait à empiéter le moins possible sur le principe de la publicité des débats judiciaires et sur la liberté d'expression. Elle a conclu que le préjudice découlant de l'anonymisation était minime parce que rien n'empêchait les médias d'assister à l'audience et de relater les faits de l'affaire ainsi que le déroulement du procès⁶⁶³. Elle a refusé de rendre une ordonnance de non-publication plus attentatoire.

Le résultat dans *AB v. Bragg* repose sur le fait que la requérante était une enfant victime de cyberintimidation, et la valeur de précédent de la décision sur les affaires d'anonymisation ultérieures n'est pas encore évidente. Toutefois, la décision illustre l'équilibre qui doit être établi entre l'importance de la transparence de la justice et les avantages de l'anonymisation dans les actions en diffamation où la procédure judiciaire pourrait avoir un effet adverse et aggraver l'atteinte à la réputation.

Il y a des points de vue complètement opposés quant aux avantages de l'anonymisation des demandeurs dans des actions en diffamation. Bon nombre d'analystes prétendent qu'il faut s'opposer à l'anonymisation afin de protéger le principe de la publicité des débats judiciaires dans notre système légal. L'indépendance et l'impartialité des tribunaux sont assurées grâce au contrôle du public. Un processus transparent favorise également la compréhension du public de l'administration de la justice et sa confiance dans le système⁶⁶⁴, ce qui confère, en fin de compte, une légitimité au système judiciaire. Il y a aussi d'autres avantages à la transparence de la justice. Nommer les parties à une affaire fait en sorte que le public s'intéresse aux questions en jeu⁶⁶⁵. Les noms se fixent dans l'esprit des gens, ce qui personnalise les histoires et suscite l'empathie. Nommer les parties pourrait aussi inciter plus de personnes à porter plainte relativement à des questions semblables⁶⁶⁶.

En plus d'une inquiétude générale pour le principe de la publicité des débats judiciaires, David Rolph soutient que la nature même des actions en diffamation ordonne que les demandeurs soient nommés. Le but d'une action en diffamation est de rétablir la réputation qui est, par définition, publique. Rolph se demande comment la réputation d'un demandeur peut être rétablie si son identité n'est pas connue⁶⁶⁷.

Les médias qui s'opposent à des ordonnances d'anonymisation soutiennent que les pseudonymes ne sont pas appropriés une fois qu'une personne a été nommée dans la sphère publique. Autrement dit, il est impossible de [TRADUCTION] « faire taire la cloche » après qu'elle a sonné⁶⁶⁸. De même, on dit qu'il est quasiment impossible de préserver l'anonymat à l'époque de l'Internet et que les tribunaux ne devraient pas se prêter à un exercice essentiellement futile⁶⁶⁹.

En revanche, d'autres analystes soutiennent qu'à l'époque de l'Internet, il faut trouver un nouvel équilibre entre transparence de la justice et vie privée. Des sites Web comme CanLII et d'autres bases de données électroniques rendent les renseignements sur les affaires judiciaires, dont les noms des parties, beaucoup plus accessibles qu'auparavant⁶⁷⁰. Ces renseignements peuvent circuler beaucoup plus loin, portant de nouveau atteinte à la réputation au-delà du préjudice ayant motivé la plainte au départ.

En outre, la culture de l'Internet a modifié la façon dont les renseignements personnels sont consultés. Selon Jane Bailey et Jacquelyn Burkell, il est tout aussi probable que quelqu'un consulte des renseignements personnels en ligne pour des motifs mercantiles ou à des fins de voyeurisme que pour se familiariser avec le fonctionnement du système de justice⁶⁷¹. Par conséquent, dans ces circonstances, le respect de la vie privée n'est peut-être pas incompatible avec la politique qui sous-tend le principe de la publicité des débats judiciaires. Des analystes ont soutenu que l'anonymisation pourrait s'avérer un outil efficace pour protéger les renseignements personnels, tout en causant un préjudice minimum à la transparence de la justice⁶⁷². Selon Karen Eltis, la protection de la vie privée en passant par l'anonymisation des demandeurs pourrait en fait favoriser la participation dans le système de justice⁶⁷³.

En dernier lieu, il y a un autre élément à considérer qui laisse supposer que les ordonnances d'anonymisation pourraient devenir plus courantes à l'avenir. David Rolph a fait remarquer qu'au Royaume-Uni, la réputation est reconnue comme un élément du droit à la vie privée à l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*⁶⁷⁴. Il laisse entendre que, par conséquent, les tribunaux pourraient être plus disposés à prononcer des ordonnances d'anonymisation. On peut soutenir qu'un chevauchement semblable entre la réputation et la vie privée commence à être reconnu au Canada⁶⁷⁵. À ce titre, il se pourrait que le critère *Dagenais/Mentuck* doive accorder plus d'importance au droit à la vie privée.

Question à aborder

30. À l'époque d'Internet, quels principes devraient être appliqués pour décider de rendre ou non une ordonnance d'anonymisation en faveur du demandeur dans les actions en diffamation?

VI. LA VIE PRIVÉE ET SON RAPPORT À LA DIFFAMATION

Il y a lieu de croire qu'à l'avenir, la législation concernant la diffamation pourrait ne plus être le principal moyen d'aborder le problème de l'atteinte à la réputation. D'autres outils juridiques qui ont été mis au point pour tenir compte de l'importance croissante de la protection de la vie privée pourraient devancer le droit de la diffamation à cet égard, mettant ainsi en question sa pertinence en cette époque de l'Internet.

Cette tendance est attribuable en partie à la révolution technologique qui donne naissance à de nouveaux problèmes d'atteinte à la vie privée et à la réputation⁶⁷⁶, un phénomène qui a atteint des sommets inégalés avec l'avènement d'Internet. Voici ce qu'en pense un juge de la Cour suprême de l'Inde :

[TRADUCTION] Nous vivons à l'ère de l'information, et l'information mène à la connaissance. Le vieil adage qui dit que « savoir c'est pouvoir » laisse présager des conséquences profondes sur le plan de l'identité dans un monde où les données sont omniprésentes et circulent partout. La technologie a fait en sorte que tous les aspects de la vie soient fondamentalement interreliés [...]. Chaque transaction qu'effectue un utilisateur et chaque visite d'un site Web laissent à son insu des traces électroniques qui contiennent des informations importantes permettant de l'identifier et de connaître ses intérêts. Sur le plan individuel, ces mines d'information peuvent paraître sans importance, mais une fois cumulées, elles divulguent la nature de la personnalité : habitudes alimentaires, langues utilisées, santé, loisirs, orientation sexuelle, amitiés, style vestimentaire et appartenance politique. Les données regroupées dressent un portrait de la personne : des choses qui lui sont importantes et celles qui ne le sont pas, des choses à raconter et des choses qu'il vaut mieux cacher⁶⁷⁷.

L'Internet a aussi entraîné des problèmes sociaux résolument modernes, comme la cyberintimidation, la porno-vengeance et les cyberattaques, qui portent atteinte à la vie privée et à la réputation. Jusqu'à présent, ce sont les droits à la vie privée, la législation et les outils de la common law qui ont réussi mieux que les actions en diffamation à faire face à ces enjeux. L'effet pervers, c'est peut-être l'amoindrissement de l'importance de la liberté d'expression.

Le présent chapitre traite du rapport entre la diffamation et la vie privée. Il soulève des questions sur la façon dont le droit en Ontario peut ou devrait prendre en compte les chevauchements des questions connexes en constante évolution qui sont liées à l'atteinte à la réputation, à la liberté de parole, à la protection de la vie privée et aux changements technologiques. Nous examinerons la panoplie complexe et changeante des outils législatifs et de ceux de la common law qui ont été conçus pour protéger la vie privée, les données personnelles et d'autres questions connexes. Une partie importante de cette analyse porte sur la façon dont le droit en matière de diffamation et les questions relatives à la protection de la vie privée ont [TRADUCTION] « convergé graduellement au début du 21^e siècle » aussi bien en Ontario que dans d'autres administrations⁶⁷⁸. Ces questions sont approfondies dans la recherche de David Mangan commandée par la CDO pour ce projet⁶⁷⁹.

A. Les droits à la vie privée et à la réputation

Il n'y a aucun doute que les droits qui sous-tendent la vie privée et la diffamation sont intimement liés. Dans certaines circonstances, la protection de la vie privée peut s'avérer le moyen le plus efficace de protéger sa réputation, surtout à l'ère numérique où les dossiers ne s'effacent jamais et d'énormes quantités de données personnelles sont disponibles à quiconque veut les consulter. La vie privée ne se limite pas à la possibilité de tenir une conversation « privée » dans les médias sociaux. Il y a les jugements de condamnation pénale, les dossiers de faillite personnelle et d'autres dossiers personnels numérisés qui peuvent porter atteinte directement à la réputation. Par le passé, ces dossiers, bien que techniquement publics, étaient privés dans les faits puisqu'ils étaient peu connus ou difficiles à trouver. Aujourd'hui, ces informations sont facilement accessibles en effectuant des recherches par mot-clé.

Un aperçu du cyberspace dans lequel les jeunes évoluent aujourd'hui révèle aussi un recoupement entre la vie privée et la réputation. Les jeunes jouent un rôle de plus en plus actif dans la création de leur cyberréputation en contrôlant leurs renseignements personnels et les personnes à qui ils les divulguent. La protection de la vie privée est cruciale pour maintenir le contrôle sur ses renseignements personnels et son public⁶⁸⁰.

Ce lien entre la vie privée et la réputation est de plus en plus intégré dans nos principes juridiques. La Cour suprême du Canada a reconnu que la réputation est « étroitement liée » au droit à la vie privée et que le délit de la diffamation fait intervenir les valeurs de la Charte⁶⁸¹. Au sein de l'Union européenne, le droit à la réputation est reconnu comme l'un des éléments du droit à la vie privée protégé par l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* (CEDH)⁶⁸². La nature et l'étendue de ces intérêts imbriqués donnent lieu à une nouvelle jurisprudence et à des commentaires juridiques relatifs à la CEDH⁶⁸³.

Toutefois, ce ne sont pas tous les droits à la vie privée qui sont liés à la réputation. Le chapitre III a abordé trois sphères de la vie privée (droit à la vie privée ayant trait aux lieux, à la personne et aux renseignements personnels). C'est le caractère privé des renseignements personnels qui est essentiellement en jeu dans ces trois sphères, conjointement avec des questions de droit en matière de diffamation. Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels peut être violé aussi bien par la *découverte* de renseignements confidentiels (c'est-à-dire, prendre connaissance de quelque chose jusque-là inconnu) que par la *divulcation* de renseignements confidentiels (c'est-à-dire, porter quelque chose à la connaissance d'un tiers)⁶⁸⁴. Cependant, seule la *divulcation* de renseignements confidentiels, en particulier par la diffusion à un tiers, peut avoir un effet sur la réputation et ressembler à un délit de diffamation ou donner lieu à une action en diffamation. De même, seule la *divulcation* de renseignements confidentiels donne lieu à des considérations opposées liées à la liberté d'expression. Dans le présent chapitre, l'accent est mis sur la vie privée dans ce contexte, c'est-à-dire, la divulgation de renseignements personnels dans la mesure où elle met en jeu le droit à la réputation et la liberté d'expression.

B. La protection de la vie privée et de la réputation en droit

Historiquement, le droit à la réputation était l'apanage du droit en matière de diffamation, et la loi ne reconnaissait pas le droit à la vie privée. L'une des raisons de refuser de remédier aux violations de la vie privée tient à la crainte d'empiéter indûment sur la liberté d'expression qui fait souvent contrepoids à la protection de la vie privée, tout comme au droit à la réputation⁶⁸⁵. Toutefois, au fil du temps, des instruments de la common law et des textes réglementaires ont été mis au point pour assurer la protection de la vie privée et des données personnelles, et ces nouveaux outils juridiques fournissent, dans de nombreux cas, une certaine protection du droit à la réputation. De nombreux ressorts délibèrent sur la question de savoir ce qui adviendra du droit en matière de diffamation.

La présente section propose un survol de la panoplie complexe d'« outils » juridiques et législatifs et de ceux de la common law qui ont été mis au point afin de protéger le droit à la vie privée et qui pourraient, dans certaines circonstances, servir au règlement extrajudiciaire d'une action en diffamation. La dernière section de ce chapitre étudie sous tous ses aspects le rapport entre ces différents instruments juridiques qui se chevauchent et le droit de la diffamation. Les parties prenantes sont appelées à réfléchir sur les conséquences qui en découlent pour la réforme du droit dans ce domaine. La CDO sollicite des avis sur la façon dont ce droit « s'insère » dans le paysage juridique de plus en plus complexe.

1. La protection de la vie privée en common law

La légitimation du droit d'intenter une action en justice pour atteinte à la vie privée existe depuis peu de temps. La présente section passe en revue une série d'actions en justice pour violation de la vie privée qui sont soit récentes, soit en développement⁶⁸⁶. Chacune représente une tentative de répondre aux nouveaux défis que représente l'Internet pour la protection de la vie privée et il est évident, dans chacune d'elles, que le droit à la réputation est lié au droit à la vie privée que l'on cherche à protéger.

i. Atteinte à la vie privée

L'Ontario est la seule province au Canada ayant érigé en délit l'atteinte à la vie privée. Dans *Jones v. Tsige*, une employée de banque a utilisé son ordinateur pour consulter le dossier bancaire personnel d'un autre employé 174 fois sur une période de quatre ans. Dans ces circonstances, la Cour d'appel de l'Ontario a pris une décision originale en reconnaissant une cause d'action directe pour atteinte à la vie privée en se fondant sur l'infraction d'intrusion dans l'intimité prévue dans le droit américain⁶⁸⁷. L'affaire concernait un cas de découverte plutôt que de divulgation de renseignements personnels et le droit à la réputation n'était pas en jeu. Toutefois, les motifs du tribunal ont préparé sans doute le terrain pour la reconnaissance du délit connexe résultant de la divulgation de faits embarrassants de nature privée et qui comporte une atteinte à la réputation⁶⁸⁸.

Ailleurs au Canada, quatre provinces (le Manitoba, la Colombie-Britannique, la Saskatchewan et Terre-Neuve) ont créé un délit civil pour atteinte à la vie privée⁶⁸⁹. Le droit à la vie privée est aussi protégé en vertu du *Code civil du Québec* et de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶⁹⁰. Ces dispositions

s'appliquent toutes à la divulgation de renseignements personnels et pourraient, par conséquent, faire intervenir le droit à la réputation.

ii. Divulgation d'images intimes (porno-vengeance)

Un phénomène contemporain social qui commande une solution juridique est lié à la divulgation en ligne d'images intimes, également connue sous le nom de porno-vengeance. Même si le phénomène a été criminalisé récemment au Canada, on croit généralement qu'un recours civil est nécessaire⁶⁹¹. Au Manitoba et en Alberta, un délit civil pour cause d'infraction a été créé, permettant aux victimes d'introduire une action en dommages-intérêts lorsqu'une image intime d'elles est diffusée par insouciance ou sans consentement⁶⁹². En Ontario, un nouveau délit de « divulgation publique de renseignements personnels » a permis de résoudre temporairement le problème⁶⁹³. Toutefois, le tribunal a créé ce délit dans le cadre d'une requête visant à obtenir un jugement pour défaut de comparaître, mais la décision a été invalidée depuis⁶⁹⁴. Par conséquent, dans ce ressort, comme dans la plupart des autres, il n'est pas encore clair dans quelle mesure le droit offre aux victimes un recours civil.

La porno-vengeance consiste à diffuser un contenu personnel qui peut certainement porter atteinte à la réputation. Par exemple, le rapport Bailey et Steeves, commandé par la CDO, arrive à la conclusion que les incidents de porno-vengeance chez les jeunes ayant fait l'objet de leur étude se soldent [TRADUCTION] « presque automatiquement » par l'acquisition par les victimes d'une « réputation de salope »⁶⁹⁵.

iii. Cyberintimidation

La cyberintimidation est un autre phénomène social récent qui fait intervenir aussi bien le droit à la vie privée que le droit à la réputation⁶⁹⁶. Il s'agit d'un comportement en ligne qui cause « un sentiment de peur, d'humiliation, de détresse ou d'autres formes de préjudices à une autre personne en ce qui a trait à sa condition physique, ses sentiments, son estime de soi, sa réputation ou ses biens⁶⁹⁷ ».

Actuellement, au Canada, il n'y a pas de cause d'action, ni en common law, ni dans la législation, visant spécifiquement à lutter contre la cyberintimidation. La *Cyber-safety Act* de la Nouvelle-Écosse a été adoptée à cette fin en 2013, mais elle a été annulée par la Cour supérieure de la Nouvelle-Écosse en 2015, ayant été jugée d'une portée excessive sur le plan constitutionnel⁶⁹⁸.

iv. Harcèlement en ligne

Le harcèlement c'est le « [f]ait pour une personne de faire des remarques ou des gestes vexatoires lorsqu'elle sait ou devrait raisonnablement savoir que ces remarques ou ces gestes sont importuns⁶⁹⁹ ». La distinction entre la cyberintimidation et le harcèlement en ligne est subtile (la cyberintimidation étant invoquée surtout dans le contexte des jeunes). Les deux impliquent généralement la diffusion en ligne de renseignements négatifs qui peuvent, par conséquent, porter atteinte à la réputation. Il n'y a pas de cause d'action directe pour le harcèlement en ligne dans le droit canadien. Par contre, différents délits, comme la diffamation et les voies de fait, ont été invoqués à cette fin⁷⁰⁰.

L'Angleterre et le Pays de Galles ont adopté la *Protection from Harassment Act 1997* qui interdit les comportements (y compris la parole) qui équivalent au harcèlement⁷⁰¹. La Loi prévoit qu'une victime de harcèlement peut intenter une action au civil pour obtenir des dommages-intérêts ou une mesure injonctive.

v. Utilisation abusive des renseignements personnels (Angleterre)

Au Royaume-Uni, la vie privée est protégée expressément par l'article 8 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance⁷⁰² ». Les tribunaux anglais ont choisi de protéger ce droit en élargissant la définition du délit d'abus de confiance pour en faire un délit général de violation du droit à la vie privée, dit d'utilisation abusive de renseignements personnels⁷⁰³. Un critère juridique a été défini pour établir un équilibre entre le droit à la vie privée que prévoit l'article 8 et la liberté d'expression prévue à l'article 10⁷⁰⁴. Le droit à la réputation ou [TRADUCTION] « le droit à l'estime et au respect des autres » est directement mis en jeu dans ce critère comme faisant partie du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels⁷⁰⁵.

2. La protection législative de la vie privée

i. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (Canada)

Contrairement à d'autres provinces, l'Ontario ne réglemente pas la divulgation de renseignements personnels dans le secteur privé⁷⁰⁶. Les entités commerciales ontariennes sont plutôt assujetties au régime réglementaire fédéral que met en place la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDÉ)⁷⁰⁷ qui régit la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels « dans le cadre d'activités commerciales » sans consentement, sauf si l'une des exemptions s'applique. Les exemptions sont nombreuses et incluent la collecte de renseignements [TRADUCTION] « à des fins personnelles ou domestiques ou à des fins journalistiques, artistiques ou littéraires⁷⁰⁸ ».

Le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada veille au respect de la LPRPDÉ et entend les plaintes de divulgation inappropriée de renseignements personnels. Une plainte peut être suivie d'une audience devant la Cour fédérale qui peut accorder des dommages-intérêts pour une infraction à la LPRPDÉ dans des cas [TRADUCTION] « flagrants⁷⁰⁹ ». Pour prendre cette décision, la Cour prendra en compte, entre autres [TRADUCTION] « les répercussions de l'infraction sur la [...] situation sociale, commerciale ou financière du demandeur » (c'est-à-dire, l'atteinte à la réputation)⁷¹⁰.

Certains cas de jurisprudence illustrent le chevauchement de la protection du droit à la vie privée et du droit à la réputation de la LPRPDÉ. Par exemple, dans *Nammo c. Transunion of Canada Inc.*, la défenderesse, une agence d'évaluation du crédit, avait transmis des renseignements inexacts à une banque sur le crédit d'un demandeur⁷¹¹. La banque a refusé la demande de prêt du demandeur parce qu'il avait de « mauvais antécédents de crédit ». La Cour a accordé des dommages-intérêts de 5 000 \$ pour la violation des dispositions de la LPRPDÉ. Elle a conclu que le demandeur avait été humilié devant son associé et la banque et voulait que « sa bonne réputation soit rétablie⁷¹² » et qu'il s'agissait « d'une grave violation concernant des renseignements de nature financière d'une grande importance sur le plan personnel et professionnel⁷¹³ ».

En tant que mécanisme pour remédier à la violation du droit à la vie privée et à des atteintes connexes à la réputation, l'efficacité de la LPRPDÉ reste limitée, et ce pour plusieurs raisons⁷¹⁴. Notamment, l'exemption à la collecte de renseignements « à des fins journalistiques, artistiques ou littéraires » exclurait probablement la plupart des plaintes à l'égard des médias⁷¹⁵. Toutefois, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une autre forme de protection du droit à la réputation et à la vie privée.

ii. La *Data Protection Act 1998* du Royaume-Uni

La *Data Protection Act 1998* vise le [TRADUCTION] « traitement » des données à caractère personnel⁷¹⁶. Elle a été adoptée dans le but d'appliquer la directive de l'Union européenne, abordée ci-dessous, ainsi que le droit au respect de la vie privée que prévoit l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*⁷¹⁷. Tout comme la LPRPDÉ, la *Data Protection Act 1998* soustrait à l'application de ses dispositions le traitement de données à caractère personnel à des fins « journalistiques, littéraires ou artistiques ». Elle prévoit également une exemption pour les cas où il y a un motif raisonnable de croire que la diffusion serait dans l'intérêt public⁷¹⁸. Ces exemptions visent à protéger le droit à la liberté d'expression que prévoit l'article 10 de la *Convention européenne des droits de l'homme*⁷¹⁹. Tout comme la LPRPDÉ, la *Data Protection Act* peut être invoquée, et elle l'est de plus en plus, pour protéger la réputation ainsi que la vie privée⁷²⁰.

Par définition, la *Data Protection Act* est liée au droit en matière de diffamation. Les « contrôleurs de données » (les personnes qui déterminent les fins et la méthode du traitement des données personnelles) doivent se conformer à un ensemble de principes de protection des données⁷²¹. Le premier de ces principes stipule que les données personnelles doivent être [TRADUCTION] « traitées de manière juste et légale⁷²² ». Le terme « légale » a été interprété comme une référence à la loi générale en matière de confidentialité, notamment la loi sur la diffamation⁷²³. Autrement dit, le « traitement diffamatoire » de données personnelles reviendrait à enfreindre la *Data Protection Act*.

La portée étendue de la *Data Protection Act* a été déterminée dans l'arrêt *Law Society v. Kordowski*. Cette affaire mettait en cause le site Web www.solicitorsfromhell.co.uk qui publiait des critiques diffamatoires de cabinets d'avocats⁷²⁴. Le tribunal a jugé recevable une plainte pour violation de la *Data Protection Act*, une plainte pour harcèlement en vertu de la *Protection from Harassment Act*, ainsi qu'une plainte pour diffamation. Il a conclu que chaque cause d'action représentait un aspect différent du droit à la vie privée que prévoit l'article 8⁷²⁵. La loi sur la diffamation vise la protection de la réputation et la loi sur le harcèlement vise la protection contre [TRADUCTION] « l'inquiétude et la détresse injustifiables ». La portée de la *Data Protection Act* est plus large, mais elle protège de façon similaire contre le fait de [TRADUCTION] « faire subir injustement et illégalement la détresse⁷²⁶ ».

La Cour d'appel a admis ce raisonnement dans l'arrêt *Prince Hicham v. Elaph Publishing Ltd.*⁷²⁷. Il s'agissait d'une action en diffamation classique portant sur un article de presse critique à l'égard du prince qui a été publié dans le site Web de l'éditeur au Royaume-Uni. La Cour a confirmé qu'une plainte en vertu de la *Data Protection Act* pouvait être instruite en même temps qu'une plainte pour diffamation.

iii. Le droit à l'oubli de l'Union européenne

L'Union européenne est devenue un chef de file mondial dans la réglementation de la protection de la vie privée. Actuellement, la directive de l'Union européenne sur la protection des données (« la Directive ») énonce des lignes directrices qui ont été intégrées dans la législation relative à la protection de la vie privée de chaque État membre, dont la *Data Protection Act* au Royaume-Uni⁷²⁸.

Le droit à l'oubli est un aspect important du régime de protection des données de l'Union européenne. Dans l'arrêt *Google Spain* (2014), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a reconnu l'existence du droit à l'oubli lorsque des données à caractère personnel trouvées en ligne sont « inadéquates, pas ou plus pertinentes ou excessives au regard des finalités du traitement en cause⁷²⁹ ». La CJUE a statué que la personne concernée peut demander à ce que le moteur de recherche concerné supprime les liens de la liste des résultats affichés à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom⁷³⁰. Toutefois, la Cour a reconnu que cette demande doit être équilibrée par rapport à d'autres droits fondamentaux, notamment la liberté d'expression⁷³¹. Par exemple, une demande peut être rejetée si l'information en question est d'intérêt public⁷³².

L'arrêt *Google Spain* a déclenché une salve de critiques et de commentaires à l'échelle mondiale⁷³³. Toutefois, une autre forme de droit à l'oubli (soit le « droit à l'effacement ») est aussi prévue dans le *Règlement général sur la protection des données* qui remplacera la Directive en 2018⁷³⁴.

Tout compte fait, c'est aux moteurs de recherche, au premier plan Google, qu'incombe la responsabilité d'appliquer le droit à l'oubli. Depuis l'arrêt *Google Spain* de 2014, Google a reçu 509 125 demandes de suppression de 1 621 955 URL, faisant valoir le droit à l'oubli. Ces chiffres montrent à quel point les gens craignent aujourd'hui les cybermenaces pour leur vie privée et leur réputation. Google a acquiescé à 57 % de ces demandes conformément à ses propres politiques et pratiques internes⁷³⁵.

La reconnaissance d'un droit à l'oubli en Europe peut avoir des conséquences à l'échelle mondiale. Elle reflète les inquiétudes des législateurs partout dans le monde à l'égard de l'omniprésence des données personnelles sur Internet et le risque qui en découle pour la vie privée et la réputation. En revanche, elle permet aux intermédiaires, qui sont des acteurs du secteur commercial, de jouer un rôle sans précédent dans le contrôle des propos diffusés en ligne. Le droit à l'oubli est une réforme législative déterminée par les mêmes questions technologiques qui influent sur le droit de la diffamation et il intéresse beaucoup la CDO pour cette raison.

La possibilité de reconnaître un droit à l'oubli en Ontario a été soulevée par de nombreuses parties prenantes relativement au projet de la CDO. Cette question est aussi à l'étude actuellement par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada dans le cadre de son projet *Réputation en ligne*⁷³⁶. Certaines parties prenantes s'inquiètent particulièrement de la possibilité que les moteurs de recherche violent en amont la liberté d'expression en radiant sur demande une information au lieu d'engager des frais pour une éventuelle procédure judiciaire. Des observateurs soutiennent que, pour

cette raison, un droit à l'oubli serait inconstitutionnel au Canada⁷³⁷. D'autres ont aussi fait valoir qu'un droit à l'oubli fait fi de l'importance sociale d'un Internet ouvert en tant que diffuseur d'information dans l'intérêt public⁷³⁸.

Quelles sont les répercussions du débat entourant le droit à l'oubli sur les questions abordées dans le cadre de ce projet? Il se pourrait que la vraie question qui se pose ici ne soit pas la ressemblance sur le plan conceptuel entre le droit à l'oubli et la diffamation. Le droit à l'oubli est une mesure de réparation plutôt qu'un droit⁷³⁹. Il fait en sorte qu'une personne concernée puisse avoir le droit de demander que des renseignements personnels soient radiés d'un moteur de recherche⁷⁴⁰. Le droit mis en cause dans le droit à l'oubli, c'est le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels. La mesure de réparation, c'est le déréférencement, sauf que la mesure est appliquée, dans un premier temps du moins, à l'extérieur du système judiciaire. Le déréférencement est abordé plus loin au chapitre VIII.

C. Établir un rapport entre le droit de la diffamation et le droit en matière de protection de la vie privée : où s'inscrit la diffamation?

Jusqu'ici, cet examen a permis de résumer comment de nouvelles branches du droit en matière de respect de la vie privée, qui se sont formées en réponse aux enjeux sans précédent liés au respect de la vie privée à l'époque de l'Internet, interviennent de plus en plus pour protéger le droit à la réputation qui relève traditionnellement du droit de la diffamation. Cette nouvelle donne a amené certains observateurs à conclure que le droit de la diffamation est de moins en moins applicable et qu'il doit faire l'objet d'une réforme en profondeur. Par exemple, Ursula Cheer estime que le délit relatif à la vie privée peut [TRADUCTION] « “engloutir” de larges pans du droit de la diffamation⁷⁴¹ ». La CDO reconnaît l'importance de ces nouveaux éléments et elle croit qu'il serait utile de résumer et d'analyser quelques-unes des différences notables entre ces concepts, critères et procédures juridiques afin de déterminer comment le droit en matière de diffamation pourrait s'inscrire dans ce nouvel environnement social et juridique.

1. Le droit en matière de diffamation se limite aux fausses allégations, mais pas le droit en matière de vie privée

La distinction classique la plus évidente entre le droit en matière de diffamation et les revendications relatives à la vie privée est que le premier vise exclusivement les publications fausses, alors qu'il peut y avoir des éléments de vérité dans les cas de violation de la vie privée, de cyberintimidation et de harcèlement. Toutefois, réflexion faite, cette distinction apparemment claire entre ces deux branches du droit ne tient pas la route.

Premièrement, David Mangan soutient que, sur le plan historique, le critère de fausseté ne se trouve pas au cœur de la définition de la diffamation, mais qu'il est plutôt un ajout apporté par la notion de défense de justification⁷⁴². Aujourd'hui, selon Mangan, le droit de la diffamation s'est éloigné de la distinction nette entre vérité et fausseté pour se tourner vers l'avènement de l'ère de l'opinion qui elle n'est ni véridique, ni fausse⁷⁴³.

Deuxièmement, les violations de la vie privée peuvent concerner une information exacte, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Par exemple, le Commissariat à la protection de la vie privée a refusé de mener une enquête, en vertu de la LPRPDÉ, sur une entreprise qui vendait de faux renseignements personnels⁷⁴⁴. En outre, les tribunaux du Royaume-Uni qui ont pris, de toute évidence, une avance sur le Canada en ce qui concerne l'évolution du droit en matière de protection de la vie privée, ont statué que la véracité ou la fausseté de renseignements n'a aucun rapport avec la détermination de savoir s'il s'agit de renseignements personnels qui sont censés être protégés en vertu de la loi⁷⁴⁵.

Troisièmement, il est souvent difficile, voire impossible, de distinguer le vrai du faux dans le cyberspace⁷⁴⁶. L'information peut s'avérer un mélange de vérités, de faussetés et d'opinion, et même de nuances⁷⁴⁷. Ou encore, il se peut que la vérité soit moins appréciée dans certains contextes que par le passé. Des faits anecdotiques démontrent que certaines personnes préfèrent les sources informelles de « nouvelles » en ligne, tout en sachant que ce qu'elles lisent n'est pas nécessairement vrai⁷⁴⁸. Bailey et Steeves font remarquer dans leur étude commandée par la CDO que [TRADUCTION] « la protection du droit à la réputation que procure le droit de la diffamation pourrait être affaibli par l'importance qu'il accorde à la *fausseté* et à la *réputation individuelle* et la distinction qu'il établit entre l'opinion et les faits⁷⁴⁹ ».

Quatrièmement, on a soutenu que le droit à la réputation devrait englober aussi bien le préjudice résultant d'une information véridique que d'une information fausse. Dans l'arrêt *Pattaswamy v. Union of India*, le juge Sanjay Kishan Kaul de la Cour suprême de l'Inde a rendu un jugement concurrent reconnaissant un droit constitutionnel à la vie privée et concluant ce qui suit :

[TRADUCTION] Une personne a le droit de protéger sa réputation d'un préjudice injustifié et cette protection de la réputation doit exister aussi bien contre les mensonges que contre certaines vérités. On ne peut pas dire qu'il est plus facile de porter un jugement juste sur une personne en connaissant des détails intimes de sa vie – les gens nous jugent mal, ils nous jugent hâtivement, ils nous jugent sans tenir compte du contexte, ils nous jugent avant de connaître toute l'histoire et ils nous jugent hypocritement. Le respect de la vie privée permet aux gens de se protéger contre ces jugements inconfortables⁷⁵⁰.

Par conséquent, certains laissent entendre qu'il serait peut-être nécessaire de réexaminer la dichotomie vérité/fausseté entre le droit relatif à la vie privée et celui relatif à la diffamation dans le contexte de la modernité⁷⁵¹.

2. Les mesures de réparation pour la diffamation et la violation de la vie privée sont différentes

Une autre distinction classique entre la violation de la vie privée et la diffamation réside dans les mesures de réparation⁷⁵². Traditionnellement, la violation de la vie privée est réputée irréparable. Une fois que des renseignements personnels sont rendus publics, il est impossible de les remettre dans la sphère privée. Par conséquent, il n'est pas possible de réclamer des dommages-intérêts pour violation de la vie privée. En revanche, on peut obtenir réparation pour une atteinte à la réputation en intentant une action en justice, et les dommages-intérêts qui sont accordés en sont la preuve⁷⁵³. Cela est lié à une autre distinction classique entre les recours. Le seuil lié au redressement interlocutoire est très élevé dans les actions en diffamation afin de protéger contre une entrave préalable à la liberté d'expression.

En revanche, les recours pour violation de la vie privée sont assujettis au critère courant s'appliquant aux injonctions, ce qui laisse supposer un niveau de protection moins important pour la liberté d'expression⁷⁵⁴.

David Rolph soutient que ces distinctions ne sont pas aussi claires qu'il peut sembler⁷⁵⁵. Les actions en diffamation parviennent mal à rétablir la réputation et, quoi qu'il en soit, l'objectif de faire valoir ses droits caractérise de nombreux délits et pourrait en théorie s'appliquer aux actions pour violation de la vie privée⁷⁵⁶. En outre, il n'est pas clair sur quels principes repose l'application de différents critères à des mesures injonctives pour des cas de diffamation et de violation de la vie privée⁷⁵⁷.

En outre, les distinctions sur le plan des mesures de réparation entre les deux types d'action perdent leur raison d'être si les actions ne sont pas portées devant les tribunaux. Les chapitres Sept et Huit examinent le scénario plus probable à l'époque de l'Internet en vertu duquel les plaintes relatives à des contenus offensants en ligne sont adressées aux intermédiaires de l'Internet et ces derniers décident de supprimer ou non les contenus. Dans ces cas, les revendications ne peuvent pas être cataloguées comme étant liées à la vie privée ou à la diffamation. Elles soulèvent aussi d'autres inquiétudes à savoir que les intermédiaires prendront les devants et supprimeront des contenus en violation de la liberté d'expression au lieu de risquer une action en justice.

3. Le droit en matière de diffamation établit un équilibre plus explicite entre liberté d'expression et droit à la réputation et à la vie privée

Au Canada, le droit en matière de protection de la vie privée n'a pas encore instauré la même tradition solide voulant que le droit à la réputation et à la vie privée soit équilibré avec le droit constitutionnel à la liberté d'expression⁷⁵⁸. Par exemple, les tribunaux ontariens ont refusé de reconnaître un délit de diffusion publique de faits d'ordre privé dans le contexte d'une action en diffamation puisqu'il pourrait miner l'équilibre délicat établi dans le droit de la diffamation entre liberté d'expression et protection de la réputation⁷⁵⁹. Comme on l'a vu ci-dessus, le seuil moins élevé pour accorder une mesure injonctive dans les actions pour atteinte à la vie privée illustre aussi l'importance moins élevée accordée à la liberté d'expression.

4. Les critères et les moyens de défense juridiques sont différents pour les actions en diffamation et pour celles liées à la violation de la vie privée

Bien que les actions en diffamation et celles liées à la violation de la vie privée soient distinctes sur le plan de la doctrine, les droits à la vie privée et à la réputation qui sont en jeu et qui se chevauchent résultent de plus en plus du fait que ces actions sont combinées dans des instances judiciaires⁷⁶⁰. Les tribunaux doivent tenter d'harmoniser les critères et les moyens de défense juridiques. Dans certains cas, les actions peuvent être réunies. Par exemple, en Angleterre, depuis l'adoption de la *Defamation Act 2013* qui prévoit un seuil de préjudice grave, faisant en sorte qu'une action en diffamation soit moins intéressante pour les demandeurs, les actions pour atteinte à la vie privée commencent à jouer un rôle plus important pour réparer l'atteinte à la réputation⁷⁶¹.

Des initiatives législatives commencent aussi à empiéter sur la portée traditionnelle du droit en matière de diffamation. Par exemple, la *Cyber-safety Act* de la Nouvelle-Écosse a été conçue expressément pour remplacer les actions en diffamation⁷⁶². Selon le procureur général de la Nouvelle-Écosse :

[TRADUCTION] La loi a été mise en place pour [...] offrir des solutions de rechange à une action civile en diffamation. L'opportunité a été considérée comme une caractéristique importante en raison de la rapidité avec laquelle des messages peuvent transiter sur Internet. Une solution de rechange peu coûteuse à une action en diffamation a aussi été considérée comme importante afin de favoriser l'accès à la justice pour les victimes de cyberintimidation qui n'auraient pas les moyens autrement d'intenter une action en diffamation⁷⁶³.

Durant sa courte vie, il semble que la Loi ait atteint son objectif. Dans *Nova Scotia (Public Safety) v. Lee*, la Cour a prononcé une ordonnance de prévention en vertu de la Loi en se basant sur des faits qui auraient fondé une action en diffamation⁷⁶⁴. En outre, tout comme la diffamation peut être assimilée à la cyberintimidation, il en est de même pour la cyberintimidation qui a été qualifiée de diffamation⁷⁶⁵.

Comme on l'a souligné à la section sur les mesures de réparation ci-dessus, les distinctions juridiques entre la vie privée et la diffamation pourraient ne pas être respectées du tout lorsque les revendications qui mettent en jeu des contenus en ligne sont tranchées par les intermédiaires au lieu des tribunaux. La question qui se pose est de déterminer quel est l'effet concret de cette tendance croissante à combiner les actions pour atteinte à la vie privée et celles pour diffamation malgré les différences doctrinales qui les séparent.

5. Décider de la suite à donner : revoir le rapport entre le droit relatif à la vie privée et le droit de la diffamation

La position ancrée dans l'usage veut que les droits en matière de vie privée et de diffamation n'aient pas les mêmes fonctions. Le droit de la diffamation [TRADUCTION] « s'attache principalement à la protection du visage public du demandeur » alors que le droit en matière de protection de la vie privée est « de par nature, privé⁷⁶⁶ ». Par conséquent, à partir de 2016, la plupart des projets de réforme du droit continuent à examiner séparément la diffamation et la vie privée⁷⁶⁷.

Toutefois, comme on l'a vu ci-dessus, les actions pour atteinte à la vie privée visent de plus en plus l'atteinte à la réputation et, par conséquent, chevauchent la sphère traditionnelle du droit en matière de diffamation⁷⁶⁸. La question à laquelle doit répondre ce projet est de savoir si le rapport entre les délits relatifs à la vie privée et le droit de la diffamation doit être réexaminé à la lumière de ces nouveaux éléments.

De nombreux observateurs ont soutenu qu'un réexamen s'imposait⁷⁶⁹. Ursula Cheer souligne que l'augmentation du nombre de cas de [TRADUCTION] « propos injurieux complexes » (où les droits à la réputation et à la vie privée sont inextricablement liés) menace la cohérence du droit⁷⁷⁰. Selon David Mangan, [TRADUCTION] « il faut mettre l'accent sur la clarification des objectifs de ces actions⁷⁷¹ ». Il propose l'« intrusion » comme un élément unificateur possible entre l'atteinte à la vie privée et la diffamation, surtout dans le contexte des médias sociaux, pour empêcher que le droit tourne vers un « domaine divergent⁷⁷² ».

Un certain chevauchement entre l'atteinte à la vie privée et la diffamation est accepté⁷⁷³, mais il se peut qu'il soit en train de gagner en importance. Certaines distinctions établies depuis longtemps entre la vie privée et la diffamation sont remises en question. Par exemple, la distinction entre la vérité et la fausseté, examinée ci-dessus, est de plus en plus ténue à l'époque de l'Internet.

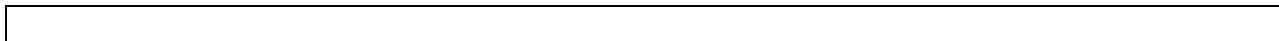
Cheer examine le chevauchement entre la vie privée et la diffamation et fait remarquer que les deux types de revendications [TRADUCTION] « sont tournés vers l'extérieur, à la façon dont les autres nous perçoivent, ce qui peut avoir des répercussions aussi bien sur la vie publique que privée⁷⁷⁴ ». Les deux concernent l'atteinte à la dignité aussi bien dans la sphère privée que publique, et la réparation dans les deux cas prend la forme de dommages-intérêts pour détresse, préjudice moral et humiliation. La perte d'autonomie est aussi un élément clé dans les deux revendications⁷⁷⁵.

Cheer soutient que les deux délits pourraient être combinés pour former une action plus vaste pour préjudice causé par des propos diffusés. Elle propose à cette fin l'élargissement de la portée de la *Harmful Digital Communications Act* (2015) de la Nouvelle-Zélande pour y inclure toutes les communications (pas seulement les numériques)⁷⁷⁶. Deux principes entérinés actuellement par la Loi s'appliqueraient dans des actions en diffamation et dans celles liées à la vie privée. Le premier veut que les communications numériques ne divulguent pas des renseignements personnels et délicats au sujet d'une personne. Le deuxième veut que les communications numériques ne contiennent pas de fausses allégations. La Loi crée un organisme chargé de l'administration d'un mécanisme de plainte et prévoit un éventail de mesures de réparation pratiques structurées⁷⁷⁷.

Cheer n'est pas la première à proposer une combinaison législative de délits. En 1979, la Commission de réforme du droit de l'Australie a été chargée d'élargir la portée aussi bien du droit de la diffamation que de celui concernant la vie privée. Elle a profité de l'occasion pour étudier le rapport conceptuel entre la diffamation et l'atteinte à la vie privée et elle a conclu que l'essence de ces deux délits (pour autant que l'atteinte à la vie privée est liée à la diffusion) réside dans la [TRADUCTION] « réparation d'une diffusion injuste⁷⁷⁸ ». Bien que les délits doivent demeurer distincts, la Commission a recommandé qu'ils soient abordés dans le cadre de ce concept unique assorti de règles et de procédures substantielles qui sont en corrélation le plus possible⁷⁷⁹. Elle a proposé un projet de loi, la *Unfair Publication Act*, qui contient des sections séparées sur la diffamation et l'atteinte à la vie privée, mais des mesures de réparation et des procédures communes⁷⁸⁰. Les recommandations de la Commission n'ont pas été adoptées, mais elles illustrent le fait que la tension entre l'atteinte à la vie privée et la diffamation remonte loin dans le temps et qu'il ne faudrait peut-être pas l'ignorer en réformant le droit en matière de diffamation.

Questions à aborder

31. Quelles sont les répercussions de l'évolution du droit de la protection de la vie privée sur la diffamation? La CDO devrait-elle envisager des réformes législatives qui iraient dans le même sens que la *Harmful Digital Communications Act* (Nouvelle-Zélande)?



VII. RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES DE L'INTERNET À L'ÉGARD DES CONTENUS DIFFAMATOIRES

A. Le rôle des intermédiaires de l'Internet dans la transmission de communications diffamatoires

Les intermédiaires de l'Internet contrôlent le flux des communications sur le réseau à partir de l'auteur jusqu'à l'auditoire. Il se peut qu'ils n'exercent pas ce contrôle d'une manière intentionnelle ou consciente et que ce contrôle porte sur le flux de données plutôt que sur le contenu. Il n'en reste pas moins qu'ils sont un maillon essentiel de la chaîne des communications sur Internet qu'il faut prendre en compte dans toute loi censée les réglementer.

Notamment, les intermédiaires de l'Internet sont importants pour s'attaquer à la cyberdiffamation à trois niveaux différents⁷⁸¹. Premièrement, une personne qui se plaint d'un contenu diffamatoire peut s'adresser à un intermédiaire de l'Internet pour obtenir la divulgation du nom de l'auteur de propos anonymes afin d'intenter une action en diffamation. Cette question a été examinée au chapitre V. Deuxièmement, certaines lois rendent les intermédiaires responsables de protéger les demandeurs en exigeant qu'ils suppriment le contenu diffamatoire ou en bloquent l'accès. Troisièmement, dans certains cas, des intermédiaires ont été tenus directement responsables de contenus diffamatoires diffusés sur leur plateforme. Le présent chapitre aborde ces deux dernières questions.

Actuellement, la législation régissant les intermédiaires réunit un ensemble hétéroclite de décisions judiciaires, de mesures de responsabilité sociale et de textes réglementaires qui se sont développés rapidement alors que l'importance des intermédiaires dans le contrôle des communications Internet est devenue évidente. Il en est résulté un appareil législatif qui a été qualifié de [TRADUCTION] « désordonné » et « de plus en plus complaisant⁷⁸² ». En ce qui concerne les mesures de responsabilité sociale, des craintes ont été exprimées quant à l'opportunité que l'industrie de l'Internet (en grande partie des acteurs commerciaux) tranche des questions de droits relatives au contenu qui est ou n'est pas disponible en ligne⁷⁸³.

Toutefois, une seule question sous-tend la conception de la responsabilité des intermédiaires, aussi bien législative qu'en common law, abordée dans le présent chapitre : dans quelle mesure les intermédiaires doivent être tenus juridiquement responsables de contenus dont ils ne sont pas les auteurs? D'une part, des lois visant des intermédiaires pourraient s'avérer la seule façon de retirer un contenu diffamatoire d'Internet, surtout lorsque son auteur reste anonyme. D'autre part, on craint que le fait de rendre les intermédiaires responsables de contenus de tiers viole des principes juridiques et constitutionnels, tout particulièrement la liberté d'expression. Au plan stratégique, on craint que les intermédiaires responsables de contrôler les contenus en ligne agissent avec précipitation pour les retirer afin de minimiser le risque d'en être tenus responsables. Ces sujets sous-tendent l'analyse qui suit.

Avant de se pencher sur les principes juridiques, il importe de comprendre le rôle des intermédiaires de l'Internet, ainsi que l'importance sociale, économique et technologique de leur présence dans l'univers des cybercommunications.

1. Les diverses fonctions des intermédiaires de l'Internet

On peut définir les intermédiaires comme des prestataires de services qui [TRADUCTION] « regroupent ou facilitent les transactions entre tiers dans Internet⁷⁸⁴ ». Malgré sa simplicité, cette définition inclut une grande diversité d'acteurs qui participent à des degrés divers à la transmission de contenus allant des auteurs à l'auditoire. Il est essentiel d'établir une distinction entre ces différents acteurs pour évaluer quand et pourquoi les intermédiaires devraient être tenus responsables de l'hébergement de contenus diffamatoires.

Jaani Riordan propose une classification des intermédiaires de l'Internet qui permet de déterminer comment des technologies spécifiques ont été utilisées pour perpétrer des méfaits et comment elles s'intègrent dans l'architecture de l'Internet dans son ensemble⁷⁸⁵. Riordan fait la distinction entre les services de la couche réseau et ceux de la couche application. Les services de la couche réseau, comme les FSI et les hébergeurs, acheminent des paquets de données depuis une adresse IP à une autre. Rogers et Teksavvy en sont des exemples. Ils exercent un contrôle à un degré variable sur les données transmises, bien que relativement moins que les services de la couche application⁷⁸⁶ qui effectuent, en revanche, des transactions de contenu avec des utilisateurs finals et exercent relativement plus de contrôle sur le contenu⁷⁸⁷. L'éventail de ces services est très vaste et comprend des plateformes et des passerelles.

- Les plateformes proposent des contenus générés par les utilisateurs. Parmi ces plateformes, il y a les réseaux sociaux (Facebook et Twitter), les services de stockage infonuagique (Dropbox), les plateformes de partage de médias (YouTube), les services de publication (Blogger.com), les services d'avis en ligne (TripAdvisor) et les plateformes de jeu (World of Warcraft). De nombreux exploitants de plateformes ont mis en place une forme quelconque de contrôle par modérateur pour déceler et supprimer les contenus indésirables⁷⁸⁸.
- Les passerelles [TRADUCTION] « rassemblent, indexent et distribuent des hyperliens pointant vers le contenu Internet de tiers⁷⁸⁹ ». Parmi les passerelles, on trouve les moteurs de recherche (Google), les portails, les répertoires et les fils RSS. Les passerelles utilisent des outils automatisés et des algorithmes pour gérer un volume très élevé de contenus provenant de tiers.

Toutefois, ces catégories ne sont pas suffisamment nuancées pour saisir le degré précis de participation d'un intermédiaire dans la transmission de contenus sur Internet. Le contrôle de l'information par des intermédiaires peut s'avérer relativement subtil, mais néanmoins important⁷⁹⁰. Par exemple, les moteurs de recherche comme Google n'hébergent pas de contenu, mais ils dirigent les utilisateurs vers certains contenus et les détournent d'autres. Selon les statistiques, le rôle que joue Google dans le contrôle du trafic Internet est remarquablement efficace. Il est relativement peu probable que le contenu qui figure à la page 4 ou 5 de la liste des résultats de recherche dans Google soit consulté⁷⁹¹. Google manipule également le classement des résultats de recherche à des fins commerciales :

moyennant des frais, un contenu peut figurer en haut de la liste des résultats de recherche comme une « annonce ».

D'autres fonctions automatisées liées aux moteurs de recherche peuvent aussi influencer sur l'accès à certains contenus. Le remplissage automatique propose des termes de recherche pendant que l'utilisateur tape. Ces termes peuvent porter préjudice à la réputation comme ce fut le cas dans *Google v. Duffy* [2017]⁷⁹². Un problème connexe peut aussi se poser avec le texte de présentation qui accompagne automatiquement chaque résultat de recherche. La question est de savoir si ces différents degrés de participation dans la transmission de contenus font en sorte que les moteurs de recherche pourraient en être tenus légalement responsables. Les conceptions législatives et judiciaires actuelles de ces questions sont abordées ci-dessous.

2. Contributions sociales et économiques des intermédiaires de l'Internet

Toute réglementation par la loi de la responsabilité des intermédiaires doit aussi prendre en compte les retombées sociales et économiques découlant du secteur des intermédiaires, en pleine expansion⁷⁹³.

i. La liberté d'expression

Comme il en a été question au chapitre III, l'un des principaux avantages des intermédiaires de l'Internet découle de leur rôle à promouvoir l'expression en ligne. Les plateformes de réseautage participatives proposent aux utilisateurs d'autres moyens de communiquer avec leurs amis et leurs collègues et, ce qui est peut-être encore plus important, avec les personnes avec qui ils sont en désaccord. Les bases de connaissances en ligne et les moteurs de recherche favorisent la « recherche de la vérité » en facilitant les échanges de nouvelles idées et critiques. En disséminant l'information sur les faits nouveaux dans toutes les sphères de la société, les intermédiaires peuvent contribuer à améliorer la responsabilisation des gouvernements et des entreprises et à promouvoir la prise de décisions économiques, sociales et politiques éclairées par les citoyens⁷⁹⁴.

ii. L'économie

Les intermédiaires de l'Internet jouent également un rôle important pour favoriser la croissance économique.

Premièrement, ils améliorent l'efficacité économique. Les moteurs de recherche et les plateformes de commerce électronique créent un lien entre les consommateurs et les produits d'une manière beaucoup plus efficace que la publicité traditionnelle⁷⁹⁵. Les consommateurs bénéficient de la baisse des coûts de transaction et les entreprises profitent de l'accroissement des ventes⁷⁹⁶. Les plateformes de réseautage participatives qui publient des avis sur des services de consommation font en sorte qu'il soit plus facile pour les consommateurs de chercher des entreprises et de faire des choix économiques éclairés⁷⁹⁷.

Deuxièmement, les intermédiaires de l'Internet stimulent l'innovation. Grâce aux services informatiques, les entreprises peuvent constituer une mémoire institutionnelle et apporter des améliorations aux initiatives et aux projets antérieurs⁷⁹⁸. Les bases de connaissances en ligne et les moteurs de recherche favorisent la diffusion massive des connaissances⁷⁹⁹. De plus, les intermédiaires

sont souvent eux-mêmes la source de nouvelles idées novatrices⁸⁰⁰, et ils investissent dans le développement de l'infrastructure Internet⁸⁰¹.

Troisièmement, les intermédiaires de l'Internet favorisent la concurrence. Grâce aux moteurs de recherche, aux plateformes de commerce électronique et aux plateformes de réseautage participatives, les plus petites entreprises peuvent entrer en contact avec des clients potentiels et réduire leurs dépenses de publicité, uniformisant ainsi les règles du jeu par rapport aux entreprises concurrentes plus vastes établies depuis plus longtemps⁸⁰². Les intermédiaires contribuent également à alléger les restrictions géographiques liées traditionnellement à l'achat à la consommation, obligeant ainsi les entreprises à concurrencer dans un bassin plus large de concurrents⁸⁰³.

Il importe que les recommandations de la CDO en vue de la réforme du droit prennent en compte ces observations et fassent valoir cette foule d'avantages sociaux et économiques ainsi que les innovations qu'apporte le secteur des intermédiaires⁸⁰⁴.

3. 3Perspective plus large sur les problèmes juridiques que posent les intermédiaires de l'Internet

Les avantages que procure le secteur des intermédiaires à la société et à l'économie s'accompagnent de nombreux problèmes juridiques, notamment la transmission de contenus diffamatoires.

Les intermédiaires de l'Internet ont créé de nouvelles difficultés importantes pour l'application de la loi en facilitant la transmission et le stockage de fichiers en ligne⁸⁰⁵. Un certain nombre de ces fichiers contiennent des contenus illégaux (comme la pornographie juvénile) ou ils sont illégalement partagés (comme la violation du droit d'auteur)⁸⁰⁶. Le rythme, l'omniprésence et le caractère anonyme des activités en ligne peuvent faire obstacle aux efforts pour surveiller ces transactions illicites⁸⁰⁷.

Les plateformes de commerce électronique posent d'autres problèmes pour l'application de la loi en facilitant la vente et l'achat de produits contrefaits⁸⁰⁸. L'efficacité avec laquelle un lien entre un vendeur et un acheteur est établi – un avantage indéniable dans le contexte de transactions légales – crée des problèmes considérables lorsqu'elle est exploitée à des fins illégales.

En outre, l'augmentation du nombre d'intermédiaires de l'Internet cause aussi un problème pour la réputation et la vie privée. Par exemple, certains intermédiaires comme les moteurs de recherche peuvent tirer profit de la vente de renseignements personnels à des entreprises tierces⁸⁰⁹.

Qu'on le veuille ou non, les intermédiaires représentent l'élément central qui rend possible la libre communication d'information par Internet. Ils ont le potentiel d'exercer un contrôle énorme sur les contenus qu'ils transmettent. Cela revêt une importance toute particulière, car la plupart des intermédiaires sont des entreprises commerciales. Selon Frank La Rue, ancien rapporteur spécial des Nations Unies, « étant donné que les services de l'Internet sont gérés et entretenus par des entreprises privées, le secteur privé a acquis une influence sans précédent sur le droit de l'individu à la liberté d'expression et à l'accès à l'information⁸¹⁰ ».

Dans les deux sections suivantes, nous examinons comment cette réalité cadre avec le droit existant sur la responsabilité des intermédiaires pour le contenu diffamatoire. La section B aborde les principes existants de la common law au Canada et ailleurs, et la section C traite de quelques systèmes de réglementation de la responsabilité des intermédiaires qui ont été développés dans d'autres ressorts. Dans chaque section, nous proposons des orientations possibles de la réforme du droit et nous demandons aux parties prenantes de les prendre en compte dans leurs observations écrites.

B. La common law relative à la diffusion, applicable aux intermédiaires de l'Internet

Aux fins de l'application aux intermédiaires de la législation actuelle en matière de diffamation, la question est de savoir si, dans les circonstances, l'intermédiaire devrait être considéré comme un « diffuseur » de contenu diffamatoire. Le chapitre IV a porté sur les incohérences et les ambiguïtés du concept de diffusion dans le droit de la diffamation. Deux éléments peuvent s'avérer pertinents (bien que ce ne soit pas toujours nécessaire) pour déterminer si l'on peut tenir un intermédiaire responsable à titre de diffuseur : le degré de participation à la diffusion ou le degré de contrôle de la diffusion, et la mesure dans laquelle il est informé ou prend connaissance de la diffusion. Ces deux éléments sont tout aussi pertinents dans le contexte d'Internet, mais la loi n'est pas très claire sur la façon de les appliquer. Tout d'abord, les tribunaux ont eu du mal à établir un rapport entre les intermédiaires de l'Internet et les intermédiaires plus traditionnels comme les bibliothèques, les librairies et les kiosques à journaux pour lesquels des principes de droit coutumier s'appliquant à la diffusion ont été établis. Dans *Davison v. Habeeb & Ors*, un juge anglais a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Il faut étudier comment des concepts relativement nouveaux ayant vu le jour avec l'avènement d'Internet peuvent être adaptés au cadre juridique traditionnel. On peut procéder par analogie, mais il peut s'avérer difficile d'établir une analogie pertinente entre des modes de diffusion qui remontent à longtemps, comme les journaux et la télévision, et des plateformes radicalement nouvelles comme l'énorme Babel en plein essor que Google héberge par l'intermédiaire de Blogger.com⁸¹¹.

Dans l'ensemble, les tribunaux canadiens, britanniques et d'autres du Commonwealth se sont montrés hostiles à l'idée de faire peser la responsabilité pour diffamation sur les intermédiaires de l'Internet, concluant qu'ils exercent un contrôle éditorial insuffisant sur le contenu. En arrivant à cette conclusion, les tribunaux se sont écartés largement de la common law relative à la diffusion. À ce jour, l'Australie s'est montrée plus disposée à conclure que des intermédiaires étaient des diffuseurs dans certaines circonstances. La common law des États-Unis a été largement subordonnée à l'immunité légale protégeant les intermédiaires que prévoit l'article 230 de la *Communications Decency Act* qui ne sera abordée que très brièvement dans la présente section⁸¹².

1. Canada

Un principe qui est demeuré relativement inchangé dans le droit canadien et qui s'applique à la responsabilité des intermédiaires veut que les FSI ne soient pas réputés être des auteurs de contenu illégal, ce qui entraînerait une responsabilité civile. Ce principe a été établi dans le contexte du droit d'auteur dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet* : la Cour suprême du Canada a conclu que les FSI n'exerçaient pas

un contrôle suffisant sur le contenu affiché par les producteurs de contenu pour qu'ils soient réputés être des auteurs à cette fin⁸¹³.

Plus récemment, ce raisonnement a été étendu au contexte de la diffamation dans *Crookes c. Newton* [2011] portant sur la question de la responsabilité pour des hyperliens menant à des articles prétendument diffamatoires⁸¹⁴. Bien que les hyperliens ne soient pas des intermédiaires en tant que tels, ils soulèvent aussi la question de la responsabilité secondaire pour diffamation, et le raisonnement dans l'arrêt *Crookes c. Newton* est important pour aborder la question de la responsabilité des intermédiaires au Canada⁸¹⁵.

La juge Abella s'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Crookes c. Newton* a soutenu qu'il convenait mieux de considérer les hyperliens en cause comme des renvois sur lesquels la personne qui les crée n'exerce aucun contrôle. Les hyperliens ne devraient pas être suffisants pour conclure à la responsabilité pour diffamation puisqu'ils communiquent uniquement l'existence du message et pas le message lui-même⁸¹⁶. Elle a soulevé l'inquiétude qu'autrement, un hyperlien « innocent » puisse devenir diffamatoire si l'auteur en changeait le contenu à l'insu de la personne l'ayant créé⁸¹⁷. Elle a reconnu que la règle traditionnelle en matière de diffusion pourrait entraîner la responsabilité pour la création d'hyperliens dans certaines circonstances, mais elle a conclu qu'« une application formaliste de la règle traditionnelle en matière de diffusion » n'était pas appropriée dans ce contexte⁸¹⁸.

Dans une opinion concordante, la juge Deschamps a appuyé cette conclusion pour des motifs de principe. Elle a affirmé qu'il faudrait adopter une vision plus moderne de la diffamation qui soit compatible avec les valeurs qui sous-tendent la Charte en ce qui concerne l'Internet. Elle a noté en particulier ce qui suit :

En bref, l'Internet ne peut donner accès à l'information sans les hyperliens. Or, limiter l'utilité de ces derniers en les assujettissant à la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion aurait pour effet de gravement restreindre la circulation de l'information et, partant, la liberté d'expression. L'« effet paralysant » que cela serait susceptible d'avoir sur le fonctionnement de l'Internet pourrait être lourd de conséquences désastreuses, car il est peu probable que les auteurs d'articles de fond consentiraient à courir le risque d'engager leur responsabilité en incorporant dans leurs articles des liens menant à d'autres articles dont le contenu peut changer tout à fait indépendamment de leur volonté. Compte tenu de l'importance capitale du rôle des hyperliens dans l'Internet, nous risquerions de compromettre le fonctionnement de l'Internet dans son ensemble. L'application stricte de la règle en matière de diffusion dans ces circonstances reviendrait à s'efforcer de faire entrer une cheville carrée archaïque dans le trou hexagonal de la modernité⁸¹⁹.

Certains observateurs sont d'avis que l'arrêt *Crookes c. Newton* ajoute un élément moral au droit en matière de cyberdiffamation qui va au-delà de la création d'hyperliens⁸²⁰. Le cas échéant, on peut soutenir que cela renverserait la présomption de participation à la diffusion et les intermédiaires ne devraient plus devoir invoquer une défense affirmative comme la diffusion de bonne foi. Toutefois, même cette conclusion voulant que la règle en matière de diffusion ait été restreinte dans le contexte des intermédiaires de l'Internet n'est pas claire dans l'état actuel du droit⁸²¹.

À la suite de l'arrêt *Crookes c. Newton*, les tribunaux canadiens ont examiné attentivement la technologie utilisée par les intermédiaires de l'Internet avant de déterminer s'ils publient des contenus diffamatoires. Par exemple, dans *Baglow v. Smith*, le tribunal a conclu que les exploitants d'un forum Internet publiaient des propos diffamatoires dans leur babillard électronique classique où ils n'étaient pas des témoins passifs, mais pouvaient contrôler le contenu et participer à des fils de messages. Autrement dit, ils ont exercé d'une manière générale un contrôle éditorial des contenus de tiers dans le forum⁸²². Toutefois, dans *Weaver v. Corcoran*, le *National Post* n'a pas été tenu responsable des propos diffamatoires publiés dans le site Web du journal parce qu'il n'avait eu aucune connaissance des propos et, étant donné le nombre effarant d'affichages par des lecteurs, le journal ne pouvait pas jouer un rôle de contrôle rédactionnel actif. Le journal avait supprimé les propos au bout d'un ou deux jours après en avoir pris connaissance⁸²³. Donc, jusqu'ici, le droit canadien en matière de responsabilité des intermédiaires de l'Internet demeure incertain.

2. Royaume-Uni

Les tribunaux du Royaume-Uni sont réticents à conclure que les intermédiaires de l'Internet sont des éditeurs aux fins d'attribuer une responsabilité en matière de diffamation. La common law a été largement supplantée par les articles 5 et 10 de la *Defamation Act 2013*. La possibilité d'une réforme législative est examinée. Toutefois, la common law du Royaume-Uni est encore pertinente en Ontario où il n'existe pas actuellement un régime législatif de ce genre.

La décision du juge Eady dans *Bunt v. Tilley* a établi un nouveau fondement en vertu duquel les FSI peuvent se dégager d'une responsabilité à l'égard d'une diffamation⁸²⁴. Alors que, dans *Crookes*, la Cour a centré son examen sur le degré de contrôle exercé par les créateurs d'hyperliens sur le contenu diffamatoire, le juge dans *Bunt* s'est intéressé à l'élément de la connaissance du contenu diffamatoire. Il a soutenu que les FSI n'étaient pas des diffuseurs secondaires, mais des [TRADUCTION] « agents passifs » qui n'avaient pas « participé sciemment » à la diffusion des propos diffamatoires en cause.

Le critère dans *Bunt* a aussi été appliqué au-delà du contexte des FSI. Dans *MIS v. DesignTechnica*, le juge Eady a rejeté l'allégation voulant que Google fût devenu un diffuseur de textes de présentation accompagnant les résultats de recherche, en raison de l'absence [TRADUCTION] « [d']intervention humaine⁸²⁵ ».

Dans *Tamiz v. Google Inc.*, le juge Eady a appliqué encore une fois son concept de passivité en concluant que Google n'était pas un diffuseur de contenu diffamatoire en hébergeant un blogue dans Blogger.com dans lequel un contenu diffamatoire a été publié⁸²⁶. Toutefois, dans ce cas, la conclusion a été modifiée en appel⁸²⁷. Le juge d'appel a convenu que Google était un instrument passif jusqu'au moment où elle a reçu un avis de plainte à propos des contenus diffamatoires. À ce moment-là, on pouvait donc soutenir qu'elle était devenue un diffuseur par omission et qu'elle en était donc responsable⁸²⁸. La common law britannique donne donc à penser que la connaissance ou l'avis réfutent toute présomption de passivité de la part de l'intermédiaire.

3. Australie

L'Australie s'est écartée de la voie empruntée par d'autres ressorts de common law en adoptant des principes légaux de diffusion plus classiques. Dans deux décisions récentes, les tribunaux australiens ont rejeté le critère de l'« instrument passif » de l'Angleterre et tenu Google responsable des textes de présentation accompagnant les résultats de recherche. Dans *Trkulja v. Google Inc.*, le tribunal a conclu qu'une page de résultats [TRADUCTION] « était créée par Google inc., assemblée par le moteur de recherche de Google inc. comme cela a été prévu par les programmeurs ayant développé ses programmes informatiques⁸²⁹ ». Dans *Google Inc. v. Duffy*, le tribunal a tenu Google responsable des textes de présentation des résultats de recherche et des remplissages automatiques étant donné qu'elle avait reçu un avis à propos du contenu diffamatoire et ne l'avait pas retiré dans un délai raisonnable⁸³⁰. Emily Laidlaw et Hilary Young privilégient le raisonnement des tribunaux de l'Angleterre. Dans leur étude commandée par la CDO, elles donnent suite à *Trkulja* soutenant que [TRADUCTION] « lorsqu'il y a un manque de connaissance de contenus précis, il n'est pas possible de considérer l'inaction comme cautionnant ces contenus⁸³¹ ».

La jurisprudence australienne a aussi traité de la question des hyperliens avec des résultats contrastés. Dans *Visscher v. Maritime Union*, un tribunal australien a écarté l'arrêt *Crookes c. Newton* et imputé la responsabilité au créateur d'un hyperlien pour le contenu diffamatoire d'un article auquel il pointait⁸³². Toutefois, la même année, un autre tribunal australien a soutenu dans *Cripps v. Vakras* que le créateur d'un hyperlien n'était pas responsable de l'article auquel il pointait du fait que les liens entre les deux étaient tenus⁸³³.

En Australie, comme dans d'autres ressorts, la jurisprudence en matière de cyberdiffamation n'a pas encore balisé un sentier dans le maquis des principes juridiques classiques de la diffusion.

4. Hong Kong

Une décision rendue à Hong Kong est d'un grand intérêt pour traiter de la limitation de l'application aux diffusions Internet des principes de la common law qui existaient avant Internet. Dans *Oriental Press Group Ltd. v. Fevaworks Solutions Ltd.*, la Cour d'appel de Hong Kong a statué que Fevaworks, l'hébergeur d'un groupe de discussion sur Internet, était un diffuseur secondaire, car il jouait un rôle actif pour faciliter l'affichage de contenus par des tiers. Toutefois, il n'a pas été tenu responsable au regard des faits de l'espèce puisqu'il avait agi raisonnablement en supprimant les propos diffamatoires après en avoir pris connaissance⁸³⁴.

La Cour a décrit les affaires qui remontent à la période avant Internet comme impliquant des communications « d'un à plusieurs » comme les journaux, les livres, les radios et ainsi de suite, expliquant que les diffuseurs secondaires dans ces cas avaient plus de contrôle sur les diffusions. En revanche, les diffusions Internet impliquent des communications de « plusieurs à plusieurs » où les diffuseurs secondaires peuvent ne pas être au courant de contenus de tiers et sont donc moins aptes à empêcher leur diffusion. La Cour a statué qu'une norme de diligence raisonnable devrait être appliquée aux diffusions sur Internet. Avant la réception d'un avis de diffamation, un intermédiaire doit exercer

une diligence raisonnable par rapport au contenu diffusé dans l'ensemble. Après avoir reçu un avis de contenu diffamatoire, il doit faire preuve d'une diligence raisonnable pour le retirer.

Cette analyse de « diligence raisonnable » pourrait s'ajouter aux critères de « passivité » et de « participation consciente » qui font partie de la panoplie de solutions de la common law mises au point à ce jour pour traiter de la responsabilité des intermédiaires de l'Internet.

C. Propositions de réforme de la common law relative à la diffusion

Bien que la common law relative à la diffusion ait été étirée en tous sens pour l'adapter au phénomène des intermédiaires de l'Internet, les résultats obtenus à ce jour sont mitigés. Riordan fait remarquer que la distinction entre hébergeurs passifs et participatifs est [TRADUCTION] « vague et ténue »⁸³⁵. Un tribunal de la Nouvelle-Zélande, citant l'arrêt *Crookes*, a fait remarquer que [TRADUCTION] « en attendant que les tribunaux supérieurs dans chaque ressort effectuent un examen approfondi de ce domaine du droit, des incertitudes considérables demeurent sur le sens dans lequel évoluera le droit dans chacun d'eux »⁸³⁶.

Dans leur examen de la jurisprudence, Laidlaw et Young font état de trois zones d'incertitude :

- a) les intermédiaires sont-ils des instruments passifs ou des diffuseurs secondaires?
- b) s'ils sont des instruments passifs, le fait d'avoir pris connaissance ou d'avoir reçu un avis fait-il d'eux (forcément) des diffuseurs par omission?
- c) ce que l'on tend par « participation consciente » à la diffusion⁸³⁷.

Il y a deux ou trois façons différentes de réformer la common law relative à la diffusion qui pourraient lever ces incertitudes. L'arrêt *Oriental Press* mentionnée ci-dessus, avec la définition d'une norme de diligence raisonnable pour les intermédiaires de l'Internet quant aux contenus de tiers, est un exemple d'une formule de réforme de la common law. Une norme de diligence raisonnable pourrait s'avérer un concept juridique assez souple, sans être inédit, et donner lieu à une jurisprudence équitable, constante et prévisible à long terme⁸³⁸.

Toutefois, une norme de diligence raisonnable définit la responsabilité par rapport au degré de contrôle éditorial qu'un intermédiaire peut exercer sur la diffusion en cause. Comme on l'a fait remarquer, il y a d'importantes préoccupations en matière de politique à l'égard de l'adoption du contrôle éditorial comme concept déterminant du degré de participation d'un intermédiaire dans la transmission de contenus diffamatoires pouvant conférer un droit d'action. Comme l'explique Riordan, [TRADUCTION] « paradoxalement, conclure si aisément à partir de la capacité ou de la tendance historique à contrôler des contenus, dont on ne se plaint pas, décourage les exploitants de sites Web de mettre au point et d'utiliser des systèmes le plus capables de retirer des contenus préjudiciables »⁸³⁹. On incite donc les intermédiaires à limiter leur participation éditoriale pour éviter d'être tenus responsables, faisant en sorte qu'il n'y ait pas de moyens internes mis en place pour empêcher que des propos diffamatoires soient diffusés⁸⁴⁰. De même, il est peu probable que ces intermédiaires se portent à la défense du contenu en cause, un sous-produit du droit qualifié de « censure collatérale » par Andrew Scott⁸⁴¹.

Laidlaw et Young proposent une formule de réforme différente. Dans la première recommandation de leur étude commandée par la CDO, elles suggèrent que le droit relatif à la diffusion soit grandement simplifié afin de décharger les intermédiaires de responsabilité au motif qu'ils [TRADUCTION] « n'ont pas joué un rôle assez déterminant dans l'atteinte à la réputation pour que l'on puisse leur imputer la responsabilité dans une action en diffamation⁸⁴² ». Elles citent en référence un argument allant dans le même sens invoqué par Andrew Scott dans ses recommandations à l'intention du gouvernement de l'Irlande du Nord relatives à la réforme du droit de la diffamation⁸⁴³.

Dans la troisième recommandation, le critère de diffusion proposé est beaucoup plus simple :

[TRADUCTION] Essentiellement, le terme « diffusion » signifierait le fait de communiquer des mots précis dans l'intention que ces mots soient communiqués. Autrement dit, il faudrait que les diffuseurs aient connaissance des mots précis et contrôlent leur communication. Ainsi, la diffamation serait un délit intentionnel et l'intention serait de [...] communiquer des *mots particuliers*⁸⁴⁴.

L'effet de cette réforme du concept de diffusion serait d'éliminer les catégories juridiques de diffuseur secondaire (recommandation 1) et de diffusion par omission (recommandation 2). En particulier, l'élimination de la catégorie de diffusion par omission serait nécessaire pour empêcher que des intermédiaires exercent un contrôle sur ce qui constitue un contenu diffamatoire (et qu'ils soient encouragés à le supprimer « au cas où »).

La négligence ou l'insouciance ne suffiraient pas pour faire d'un intermédiaire un diffuseur. Toutefois, le principe de la responsabilité du complice s'appliquerait à quelqu'un qui participe autant qu'il ne faut à une diffusion pour être blâmable en vertu des principes de la responsabilité délictuelle⁸⁴⁵.

Tous ne conviennent pas que ce champ étroit de responsabilité des intermédiaires soit approprié. Selon Mathew Collins, la diffusion par omission engage encore la responsabilité des intermédiaires :

[TRADUCTION] Lorsque, pour une raison quelconque, un plaignant ne pourrait pas obtenir réparation autrement, il ne paraîtrait pas déraisonnable qu'un modérateur qui a la responsabilité et la capacité de contrôler ce qui est affiché dans un babillard ou un forum devienne responsable de sa diffusion pour les motifs invoqués dans *Byrne v. Deane*, c'est-à-dire, lorsqu'un modérateur a connaissance de propos diffamatoires et la possibilité de les retirer, mais qu'il consent, approuve, encourage ou autorise en un sens leur accessibilité⁸⁴⁶.

Il faut peut-être une compréhension plus profonde des intermédiaires de l'Internet. C'est possible que les analogies traditionnelles avec l'éditeur ne soient plus tout à fait valables. Les intermédiaires jouent un rôle jusqu'ici inédit dans la transmission de propos tenus sur Internet. Le temps est peut-être venu d'abandonner les analogies traditionnelles, de comprendre les intermédiaires selon leurs propres critères et de définir en conséquence des principes juridiques conformes.

La CDO invite les parties prenantes à présenter des mémoires sur les pour et les contre des recommandations de Laidlaw et Young, ainsi que d'autres propositions pour la réforme de la common

law relative à la diffusion, ou des mémoires qui vont complètement au-delà du concept de la diffusion pour mieux aborder le rôle des intermédiaires de l'Internet.

Questions à aborder

Les questions qui suivent invitent les parties prenantes à proposer des réformes en profondeur de la common law relative à la responsabilité des intermédiaires. La question distincte de savoir si la réforme doit comporter la mise en place d'un nouveau régime législatif s'appliquant aux intermédiaires de l'Internet est abordée en C ci-dessous.

32. Quels principes ou facteurs devraient orienter l'analyse de la responsabilité des intermédiaires, et comment devrait-on classer ceux-ci à cette fin?

33. Le cas échéant, dans quelles circonstances, les intermédiaires de l'Internet devraient-ils être tenus légalement responsables de contenus diffamatoires créés par des tiers?

34. Les recommandations 1 à 3 du rapport Laidlaw et Young, commandé par la CDO, préconisent-elles une réforme souhaitable dans ce domaine du droit? Si oui, pourquoi? Si non, pourquoi?

D. Leçons à tirer des conceptions législatives de la responsabilité des intermédiaires

Dans la section ci-dessus, nous avons examiné des réformes possibles à la common law relative à la diffusion en ce qui concerne les intermédiaires de l'Internet. Dans la présente section, nous soulevons la question à savoir quelle est la meilleure façon de réaliser la réforme. Devrait-on laisser les principes ontariens de la responsabilité de l'intermédiaire évoluer progressivement en common law, ou conviendrait-il de codifier la législation par une réforme législative à l'exemple de nombreuses autres administrations?

La jurisprudence divergente dans ce domaine du droit et les préoccupations en matière de politiques qui s'y rattachent indiquent qu'une forme quelconque de réforme législative est souhaitable. Laidlaw et Young recommandent sans équivoque que les principes de la responsabilité des intermédiaires fassent l'objet d'une réforme législative en Ontario⁸⁴⁷. Il s'agit d'une question d'une importance cruciale pour ce projet.

L'Angleterre, les États-Unis, l'Union européenne et d'autres administrations ont remplacé la common law relative à la responsabilité des intermédiaires par des régimes législatifs qui imposent des obligations aux intermédiaires qui sont avisés de l'existence de contenus diffamatoires ou illégaux sur leurs serveurs. La présente section traite de plusieurs régimes législatifs dans d'autres administrations et la CDO demande aux parties prenantes de lui indiquer si une forme quelconque de régime analogue pourrait convenir à la situation en Ontario.

1. Justification de la réforme pour traiter de la responsabilité des intermédiaires

Les intermédiaires de l'Internet sont en train, rapidement, de s'avérer aussi indispensables à la vie moderne que l'eau et l'électricité. On peut soutenir que leur rôle dans le contrôle de l'information surpasse celui qu'ils jouent en tant que sociétés privées⁸⁴⁸. Emily Laidlaw établit une distinction entre les contrôleurs d'accès de l'Internet qui contrôlent le flux de l'information d'une manière générale et les contrôleurs de l'information sur Internet qui, en raison du contrôle qu'ils exercent, [TRADUCTION] « influent sur la participation et les délibérations dans une culture démocratique⁸⁴⁹ ». Laidlaw soutient que ces derniers encourent des responsabilités en matière de droits de la personne, expressément par rapport à la liberté d'expression, à la vie privée et à l'association⁸⁵⁰. Cette responsabilité est définie dans une panoplie de textes réglementaires de différentes administrations, qui réglementent les intermédiaires à des fins différentes⁸⁵¹.

Comme c'est le cas pour toute activité réglementée, il faut établir un équilibre judicieux entre l'atteinte des objectifs de la réglementation et le maintien des avantages sociaux qui en découlent, sans les entraver. On ne saurait sous-estimer les avantages du rôle des intermédiaires de l'Internet dans la préservation de la liberté d'expression. Toutefois, en même temps, il est tout aussi important de mettre en place des mesures de protection adéquates pour protéger la réputation selon les circonstances.

La prochaine section traite de la législation axée spécifiquement sur la diffamation qui limite la responsabilité des intermédiaires au Royaume-Uni et aborde les leçons qui pourraient être tirées pour la réglementation des intermédiaires en Ontario⁸⁵². Dans la section suivante, d'autres régimes législatifs de réglementation de la responsabilité des intermédiaires en ce qui concerne le contenu en général sont examinés.

2. Législation visant spécifiquement la diffamation qui limite la responsabilité des intermédiaires

La jurisprudence du Royaume-Uni relative à la responsabilité des intermédiaires en matière de cyberdiffamation est assujettie à la *Defamation Act 1996* et à la *Defamation Act 2013*⁸⁵³. Ces deux régimes législatifs ont été mis en place en partie pour mieux protéger les intermédiaires de l'Internet contre le risque d'être tenus responsables, bien que tous ne s'entendent pas sur la mesure dans laquelle cet objectif a été atteint⁸⁵⁴.

Le paragraphe 1(1) de la *Defamation Act 1996* codifie le moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi de l'Angleterre⁸⁵⁵. Cette défense s'applique lorsqu'un défendeur établit qu'il n'est pas « l'auteur ni le diffuseur » du contenu en cause, qu'il n'a pas fait preuve de négligence ou d'aveuglement volontaire à l'égard de propos diffamatoires et qu'il n'avait pas de connaissance réelle de leur diffusion. Les paragraphes suivants tentent de définir ces concepts⁸⁵⁶. Toutefois, les tribunaux ont interprété cette disposition conformément à la common law, annulant en grande partie l'effet de cette réforme législative⁸⁵⁷.

Faisant partie de l'objectif global de mieux défendre la liberté d'expression dans Internet, la *Defamation Act 2013* a introduit un procédé plus sophistiqué pour assurer l'immunité des intermédiaires⁸⁵⁸. Son article 10 confère une immunité aux intermédiaires de l'Internet, sauf s'il est [TRADUCTION]

« raisonnablement possible » pour le défendeur d'intenter une action contre le diffuseur primaire⁸⁵⁹. C'est au demandeur qu'il revient de satisfaire à ce critère. L'impact de cette disposition reste difficile à cerner. Par exemple, l'immunité conférée par l'article 10 ne s'applique pas « aux auteurs, aux éditeurs, ni aux diffuseurs » tels qu'ils sont définis dans la *Defamation Act 1996*. Il est probable que cette exception contribuera à entretenir la confusion entourant la définition légale d'un intermédiaire de l'Internet⁸⁶⁰.

L'article 5 de la Loi établit un lien entre l'immunité conférée par l'article 10 avec un régime complexe de notification et de retrait prévu dans les *Website Operator Regulations*⁸⁶¹. Pourvu que l'exploitant d'un site Web respecte la réglementation, l'article 10 lui confère une immunité générale⁸⁶².

Les *Regulations* prévoient que dans les cas où l'auteur de propos diffamatoires ne peut pas être identifié, le demandeur peut envoyer une notification de plainte à l'exploitant du site Web. La notification doit comprendre le nom du demandeur, les propos en cause et une explication de leur nature diffamatoire pour le défendeur, l'emplacement des propos dans le site Web et [TRADUCTION] « les autres renseignements que précise la réglementation⁸⁶³ ».

Dès qu'il reçoit une notification de plainte, l'exploitant du site Web vérifie s'il dispose de l'adresse courriel de l'auteur des propos. Sinon, c'est à lui seul qu'il revient de retirer les propos offensants dans les 48 heures et d'en informer le demandeur⁸⁶⁴.

Si l'exploitant dispose de l'adresse courriel de l'auteur des propos, il doit donner suite à la plainte conformément à un protocole complexe de notifications et de délais⁸⁶⁵. La plupart des chemins du protocole aboutissent au retrait des propos⁸⁶⁶. Toutefois, si l'auteur des propos respecte les délais et fournit son nom et son adresse à l'exploitant, mais refuse de consentir à ce que les propos soient retirés et accepte que son identité soit divulguée au demandeur, l'exploitant n'a aucune obligation de retirer les propos⁸⁶⁷. Dans cette éventualité, le demandeur doit s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation.

Les articles 5 et 10 de la Loi, ainsi que les *Website Operator Regulations*, tendent à protéger la liberté d'expression tout en préservant le droit du demandeur à obtenir réparation. Toutefois, des commentateurs ont souligné les limitations de ce procédé. Alastair Mullis et Andrew Scott font remarquer que la question de fond du sens diffamatoire n'est pas vraiment abordée dans la notification de plainte. On demande à l'exploitant de donner suite à seulement « la moitié de l'histoire⁸⁶⁸ ». Scott mentionne aussi dans ses recommandations au gouvernement de l'Irlande du Nord que le procédé continue à faire peser un fardeau insupportable sur les parties qui ne participent pas activement au comportement prétendument illégal⁸⁶⁹. Sur le plan fonctionnel, le procédé offre un incitatif qui encourage les demandeurs à déposer une notification, même si les propos ne sont pas diffamatoires, pour connaître l'identité de l'auteur. Riordan prévient que le procédé pourrait être utilisé comme « véhicule de gestion de la réputation⁸⁷⁰ ». Laidlaw et Young se demandent s'il est approprié que la responsabilité d'un intermédiaire soit tributaire de la possibilité d'identifier l'auteur des propos⁸⁷¹. Elles

recommandent également que des efforts soient consacrés à la réforme des éléments constitutifs de la diffamation plutôt qu'à la création de nouveaux moyens de défense⁸⁷².

3. Autres limites législatives de la responsabilité des intermédiaires

Les propos diffamatoires constituent l'une des nombreuses formes de contenu illégal en ligne, et des raisonnements différents ont été appliqués pour déterminer la responsabilité légale des intermédiaires selon les catégories. Il faut aussi se rappeler que la plupart des types de propos illégaux existaient bien avant l'avènement de l'Internet. Comme c'est le cas avec la diffamation, ces différents types de propos ont été régis par un ensemble préexistant de règles juridiques qui a été adapté d'une façon ou d'une autre à ce nouveau moyen de transmission. La présente section examine quelques-uns de ces régimes réglementaires analogues.

i. La *U.S. Communications Decency Act*, article 230⁸⁷³

L'article 230 de la *U.S. Communications Decency Act*, adoptée en 1996, confère une immunité générale aux [TRADUCTION] « services d'informatique interactifs », notamment les FSI, les hébergeurs et les fournisseurs de moteurs de recherche, en prévoyant qu'ils ne sont pas des diffuseurs ni des auteurs d'information fournie par un autre fournisseur de contenu. L'article 230 est efficace pour disposer sommairement de deux tiers des actions en justice concernant des propos prétendument diffamatoires⁸⁷⁴. L'immunité s'applique même dans des cas où l'intermédiaire est pleinement conscient du contenu illégal diffusé dans son site⁸⁷⁵.

Nous avons examiné les avantages importants que comporte la limitation de la responsabilité des intermédiaires pour assurer la protection de la liberté d'expression et pour favoriser une croissance socioéconomique soutenue ainsi que l'innovation technologique. Toutefois, il y a aussi des coûts pour le type de protection générale des intermédiaires qui est assurée aux États-Unis. L'affaire *Jones v. Dirty World Entertainment Recordings LLC* [2014]⁸⁷⁶ fournit un exemple de l'effet extrême de l'article 230. *The Dirty* est un site Web spécialisé dans la diffusion de propos négatifs et offensants visant des gens. On peut soumettre des documents et les responsables du site choisissent ceux qu'ils révisent et diffusent. Dans cette affaire, des photographies de la demanderesse diffusées dans le site ont été jugées comme portant atteinte à sa réputation dans la communauté. La Cour d'appel a statué que, nonobstant le fait que *The Dirty* avait encouragé et facilité la diffusion du contenu diffamatoire, il bénéficiait de l'immunité accordée par l'article 230.

Bien que d'aucuns soutiennent que l'article 230 demeure nécessaire pour protéger l'industrie de l'Internet, de nombreux problèmes liés à l'immunité absolue ont été soulevés, notamment qu'elle ne réussisse pas à empêcher ou à corriger les comportements illégaux⁸⁷⁷. Laidlaw et Young ont aussi fait remarquer que l'article 230 a été promulgué avant que l'on se rende compte pleinement des risques liés à la diffusion non réglementée de propos sur Internet⁸⁷⁸.

Certains commentateurs sont d'avis que la protection absolue que confère l'article 230 aux États-Unis a permis à l'industrie de l'Internet de prospérer pour le bien de tous. La CDO n'est pas en mesure

d'évaluer ces arguments. Toutefois, il importe de ne pas oublier que l'article 230 a des conséquences importantes pour les personnes dont la réputation a été mise à mal sur Internet⁸⁷⁹.

ii. La Directive sur le commerce électronique de l'Union européenne⁸⁸⁰

La Directive sur le commerce électronique a été conçue pour limiter la responsabilité des intermédiaires afin de promouvoir [TRADUCTION] « la libre circulation de l'information » et « le développement continu de réseaux électroniques⁸⁸¹ ». La Directive prévoit un « refuge sûr » pour les différentes catégories d'intermédiaires. L'article 12 prévoit qu'un intermédiaire n'est pas tenu responsable du « simple transport » d'information pourvu qu'il ne soit pas l'auteur de l'information, à l'origine de la transmission et ne modifie pas l'information en faisant l'objet⁸⁸². Cette disposition vise les intermédiaires passifs comme les FSI. L'article 13 prévoit qu'un intermédiaire n'est pas tenu responsable des informations stockées en mémoire cache lorsque ce stockage est automatique, intermédiaire et temporaire, que l'intermédiaire ne modifie pas l'information stockée, qu'il se conforme aux règles de son secteur et qu'il prend les mesures nécessaires pour retirer les mémoires caches qui contiennent le contenu original ayant été jugé illégal⁸⁸³. L'article 14 prévoit qu'un hébergeur n'est pas tenu responsable de l'information qui est hébergée dans ses serveurs lorsqu'il n'a pas effectivement connaissance de l'information illicite et qu'il « agit promptement » pour retirer l'information concernée dès qu'il en prend effectivement connaissance⁸⁸⁴.

C'est l'article 14 qui est le plus souvent invoqué dans le cas de services de la couche application comme les hébergeurs de sites Web. Toutefois, le « refuge sûr » prévu à l'article 14 est applicable uniquement à l'égard du stockage d'information. Il n'a pas pour objet les intermédiaires qui manipulent l'information ou les hébergeurs de sites Web qui agissent volontairement comme modérateur de contenu. Pour cette raison, on reproche à cette disposition d'engendrer un effet pervers, examiné ci-dessus, faisant en sorte que les intermédiaires s'abstiennent de modération volontaire salutaire au cas où cela engage leur responsabilité⁸⁸⁵. Il n'est pas clair si ce « refuge sûr » s'applique à la fonction d'indexation automatique des moteurs de recherche comme Google⁸⁸⁶.

Laidlaw et Young passent en revue une liste de critiques qui visent le régime mis en place par la Directive, notamment l'incertitude entourant les types d'activités exercées par des intermédiaires prévues par l'article 14 sur l'hébergement et la signification de « connaissance » et « notification », ainsi que celle associée aux procédures de notification et de retrait⁸⁸⁷. Il semblerait que la Directive ne présente pas d'avantages importants sur la common law relative à la diffusion à cet égard.

Une ambiguïté qui est particulièrement pertinente à nos fins réside dans la question de savoir que signifient « connaissance » et « notification » dans le contexte de contenus prétendument diffamatoires. Chacun sait à quel point il est difficile de déterminer le sens diffamatoire même dans le cadre d'un procès en règle. Il faut plus qu'une plainte, ce qui place l'intermédiaire dans une position peu enviable de tenter d'évaluer la validité juridique de la plainte⁸⁸⁸.

Une autre limitation de la Directive tient au fait que l'efficacité des procédures de notification et de retrait pourrait être amoindrie puisque le contenu diffamatoire peut être rediffusé sans cesse dès qu'il

est retiré⁸⁸⁹. La Directive n'impose aucune obligation générale aux intermédiaires de rechercher activement des contenus illicites, bien qu'elle prévoie que les États puissent exiger une surveillance dans des cas précis⁸⁹⁰.

iii. Législation sur le droit d'auteur aux États-Unis et au Canada

Les États-Unis et le Canada ont tous les deux mis en place une législation qui accorde aux intermédiaires de l'Internet une dérogation en matière de responsabilité en cas de violation du droit d'auteur lorsqu'ils satisfont à des exigences détaillées pour donner suite à un avis de violation.

L'article 512 de la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) des États-Unis prévoit un régime de notification et de retrait qui présente certaines similarités à la *Directive sur le commerce électronique* de l'UE, mais qui précise de façon plus détaillée les politiques et les procédures que les intermédiaires doivent respecter pour bénéficier de l'immunité⁸⁹¹. L'article 512 s'applique depuis 1998. La critique principale formulée à l'égard du régime porte sur le fait que les intermédiaires ne sont pas fortement incités à refuser des demandes de retrait. Il est moins coûteux et risqué de privilégier la prudence, sans compter l'effet paralysant sur la liberté d'expression⁸⁹².

Le régime canadien de notification et de retrait défini dans la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, entrée en vigueur en 2015, a été mis en place en partie pour surmonter le problème de retraits excessifs en vertu du régime américain⁸⁹³. Dans le régime canadien, l'immunité des intermédiaires de l'Internet n'est pas liée à la notification et au retrait, mais plutôt à deux avis. Autrement dit, à la réception d'un avis de violation de droit d'auteur, la responsabilité de l'intermédiaire se limite à transmettre l'avis à l'auteur de la violation. Ayant un but pédagogique, le régime vise à décourager les violations du droit d'auteur⁸⁹⁴. Pour ce qui est du détenteur du droit d'auteur, il n'a pas à s'adresser au tribunal pour exercer un recours contre l'auteur de la violation.

Un aspect important du régime canadien, c'est que la non-conformité aux exigences du régime du double avis ne fait pas peser sur un intermédiaire la responsabilité de la violation d'un droit d'auteur. Plutôt, la pénalité prend la forme d'une ordonnance de dommages-intérêts préétablis de 5 000 \$ à 10 000 \$⁸⁹⁵. Cette formule a pour but de contrer l'effet pervers qui fait en sorte que les intermédiaires retirent des contenus volontairement et d'encourager la responsabilité sociale des entreprises afin qu'elles mettent en place des mécanismes internes permettant de repérer et de retirer des contenus illicites. Certains estiment que le régime s'est révélé dissuasif puisque très peu de litiges surviennent⁸⁹⁶. En revanche, on reproche au régime son manque de mordant et le fait qu'il dilue la responsabilité et exige très peu des FSI⁸⁹⁷.

Le régime canadien permet aussi d'éliminer le problème de savoir quelles sont les conditions de la notification d'un avis qui déclenchent l'obligation pour un intermédiaire de transmettre l'avis. Le contenu de l'avis est laissé à la discrétion du titulaire du droit d'auteur, le rôle de l'intermédiaire étant relativement passif, se résumant à transmettre tout simplement l'avis à l'auteur présumé de la violation. Cela lève l'incertitude sur l'entrée en vigueur de l'avis. Les intermédiaires ont ainsi mis au point des logiciels automatisés pour le traitement de ces avis. Cependant, cette démarche automatisée a ses

inconvenients. Certains titulaires de droits d'auteur ont abusé du régime en inondant les auteurs de violation potentiels d'avis menaçants ou trompeurs⁸⁹⁸. Pour écourter ces recherches à l'aveuglette, on propose d'imposer aux titulaires de droits d'auteur des frais administratifs minimes pour le dépôt d'un avis en vertu de ce régime.

4. Principes internationaux des droits de la personne pour la réglementation de la responsabilité des intermédiaires

Tout système de réglementation adopté en Ontario doit être conforme aux valeurs de la Charte, comme l'énonce notamment l'arrêt *Crookes c. Newton*⁸⁹⁹. Toutefois, outre la Charte, il y a également le cadre international des droits de la personne à prendre en compte. Plusieurs organismes internationaux ont effectué une analyse fondée sur les droits de la personne et proposé des principes à appliquer pour la réglementation de la responsabilité des intermédiaires. Voici les droits mis en cause :

- les droits des utilisateurs de chercher et recueillir de l'information et de communiquer en ligne;
- les droits des utilisateurs à la réputation comme limite légitime au droit à la liberté d'expression;
- les droits des intermédiaires à la liberté d'expression⁹⁰⁰.

Le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a ainsi déclaré que toute restriction de l'accès à des contenus sur Internet doit être conforme au paragraphe 19(3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁹⁰¹. Selon celui-ci, toute restriction du droit à la liberté d'expression doit être :

- fixée par la loi qui « doit être claire et accessible à tous »;
- nécessaire « au respect des droits ou de la réputation d'autrui » (entre autres fins défendables d'intérêt public);
- la moins restrictive possible pour atteindre l'objectif⁹⁰².

Le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies mentionne expressément les lois sur la diffamation, prévenant qu'elles doivent être « conçues avec soin » de manière à respecter le paragraphe 19(3)⁹⁰³.

En 2011, le rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression de l'époque, Frank La Rue, a interprété l'article 19 comme exigeant que :

[...] toute législation restreignant le droit à la liberté d'expression doit être appliquée par un organe indépendant, agissant de manière non arbitraire et non discriminatoire, à l'abri de toute influence politique, commerciale ou autre forme d'ingérence injustifiée, avec des garanties suffisantes contre les abus, notamment la possibilité de contester une application abusive et d'utiliser des voies judiciaires à cette fin⁹⁰⁴.

La Rue a fait remarquer que, bien que la diffamation soit une information qui peut légitimement faire l'objet de restrictions, la réglementation qui contrôle la diffamation dans les médias classiques pourrait ne pas être fondée sur un motif légitime ou être conforme au principe de proportionnalité dans le contexte de l'Internet. Par exemple, il a souligné que le droit de réponse que peut exercer une victime

de diffamation dans les communications par Internet pourrait réduire la nécessité de sanctions dans certains cas⁹⁰⁵.

La Rue a aussi mis en garde les États contre le fait de déléguer une fonction de censure à des entités privées et il a proposé un rôle très limité pour les intermédiaires dans les régimes de notification et de retrait. Il a recommandé aux intermédiaires :

- d'instaurer des restrictions à ces droits seulement après intervention judiciaire;
- d'être transparent vis-à-vis de l'utilisateur qui a contribué aux mesures prises et, le cas échéant, vis-à-vis du grand public;
- si possible, d'avertir les utilisateurs avant la mise en place de mesures restrictives;
- d'atténuer l'incidence des restrictions strictement au contenu en question;
- de mettre en place des voies de recours effectives pour les utilisateurs concernés, y compris la possibilité d'un recours par une autorité judiciaire compétente⁹⁰⁶.

Tout comme d'autres représentants d'organismes internationaux, La Rue a aussi signé la Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et de l'Internet⁹⁰⁷ dans laquelle on recommande que les FSI et d'autres intermédiaires qui fournissent des « services techniques [...] ne doivent pas être tenus responsables de contenus produits par des tiers [...] à moins qu'ils ne soient intervenus dans le contenu concerné⁹⁰⁸ ». On propose également d'étendre ce principe à d'autres types d'intermédiaires. En revanche, la Déclaration impose aux intermédiaires l'obligation d'éviter « toute discrimination dans le traitement des données et le trafic sur Internet » et de « garantir la transparence dans la gestion du trafic ou de l'information, et des informations pertinentes sur cette gestion⁹⁰⁹ ».

Dernièrement, l'actuel rapporteur spécial, David Kaye, a publié son rapport de 2016 dans lequel il insiste sur le rôle important que joue le secteur privé dans l'exercice de la liberté d'expression à l'ère numérique⁹¹⁰. Il souligne les faiblesses des régimes de notification et de retrait et il met en évidence les difficultés que pourraient éprouver les intermédiaires à se prononcer sur la légalité de contenus en ligne⁹¹¹.

Laidlaw et Young suggèrent que les recommandations de la CDO tiennent compte des principes internationaux des droits de la personne⁹¹². Elles proposent les six principes de Manille qui ont été mis en place par un groupe d'organismes de la société civile de partout dans le monde comme cadre de conformité en matière de respect des droits de la personne pour la réglementation de la responsabilité des intermédiaires :

- Les intermédiaires doivent être protégés contre la responsabilité à l'égard des contenus de tierces parties.
- Les contenus ne doivent pas être restreints sans ordonnance d'une autorité juridictionnelle.
- Les demandes de restriction de contenu doivent être claires et sans ambiguïté et elles doivent respecter les procédures préétablies.

- Les lois et les ordonnances et pratiques de restriction de contenu doivent se conformer aux tests de nécessité et proportionnalité.
- Les lois et les politiques et pratiques de restriction de contenu doivent respecter les procédures préétablies.
- La transparence et la responsabilité doivent être intégrées dans les lois, et les politiques et pratiques régissant la restriction de contenus⁹¹³.

5. Options pour la réglementation des intermédiaires en Ontario

Le chapitre IV, et la section B du présent chapitre ont décrit l'état de confusion de la common law relative à la diffusion, surtout en ce qui concerne les diffuseurs secondaires comme les intermédiaires de l'Internet. Ils ont exposé les propositions de Laidlaw et Young pour la réforme et la simplification de la common law en la matière par une redéfinition du terme « diffusion » pour signifier un acte délibéré visant à communiquer une information particulière. La présente section examine ces propositions et d'autres en même temps que la possibilité d'adopter de nouvelles lois pour définir d'autres champs de responsabilité pour les intermédiaires qui reçoivent des notifications de l'existence de contenus diffamatoires dans leurs serveurs.

En évaluant l'éventualité, la portée et les éléments d'un régime de réglementation pour les intermédiaires en Ontario, il convient de garder à l'esprit la liste des principes contradictoires proposés par John Gregory comme étant pertinents pour les questions de responsabilité des intermédiaires, à savoir l'efficacité, le coût, l'impact sur les valeurs opposées (liberté d'expression, réputation et vie privée), la proportionnalité, la neutralité des médias et la légitimité⁹¹⁴. Il importe également de ne pas oublier que les propositions de réforme du droit à l'égard des intermédiaires de l'Internet sont liées à des réformes plus générales du droit en matière de diffamation. Les réformes visant les intermédiaires de l'Internet, ajoutées à d'autres réformes, doivent être considérées dans leur totalité afin d'évaluer l'impact de l'ensemble du régime législatif et de réforme sur la réputation et la liberté d'expression.

i. Établir la portée d'un système de réglementation

De nombreuses questions stratégiques importantes sont à prendre en compte avant de se pencher sur les détails éventuels d'une réforme législative, à savoir :

- Est-ce que n'importe quel type de législation est approprié?
- Quelles seraient les limites constitutionnelles et pratiques de la législation provinciale⁹¹⁵?
- Serait-il mieux de viser la responsabilité des intermédiaires en matière de diffamation par un code statutaire ou serait-il préférable de mettre en place un système de réglementation plus général de la responsabilité des intermédiaires?

Une fois que ces questions préliminaires sont réglées, il reste à savoir si un système de réglementation devrait prévoir une sorte de refuge pour les intermédiaires contre la possibilité d'être tenus responsables de contenus illicites ou s'il faudrait conférer l'immunité générale aux intermédiaires et imposer plutôt une sanction légale pour violations des exigences réglementaires.

ii. La réglementation devrait-elle être axée sur la responsabilité ou se limiter à la sanction légale? Une importante question stratégique qui s'inscrit dans la réflexion portant sur les options qui s'offrent pour la réglementation de la responsabilité des intermédiaires de l'Internet en matière de contenu diffamatoire est de savoir si la réglementation devrait être axée sur la responsabilité (c'est-à-dire que les intermédiaires qui ne se conforment pas aux exigences réglementaires pourraient être tenus responsables de diffamation) ou si elle devrait se limiter à la sanction légale (c'est-à-dire que la responsabilité des intermédiaires se limite à l'amende ou à autre peine prévue dans la loi). Ce choix stratégique a des conséquences pratiques importantes aussi bien pour les demandeurs que les intermédiaires de l'Internet, tant sur le plan de la réputation que de la liberté d'expression.

Les procédures de notification et de retrait comme celles de la Directive et de la *Digital Millennium Copyright Act* sont axées sur la responsabilité du fait que l'intermédiaire peut être tenu responsable s'il ne se conforme pas aux exigences réglementaires. Ces procédures sont également appelées « dispositions refuges » parce qu'elles confèrent une immunité conditionnelle qui protège l'intermédiaire contre la responsabilité du moment qu'il retire le contenu illicite. Les procédures de notification et de retrait encouragent les intermédiaires à retirer les contenus illicites et cet effet incitatif explique pourquoi les régimes axés sur la responsabilité ont été jugés attrayants.

En revanche, ces régimes ont été critiqués à plusieurs égards. Laidlaw et Young font remarquer que l'un de leurs inconvénients majeurs est lié au fait que la décision initiale relative à la légalité de l'*ensemble* des contenus disponibles dans des plateformes est laissée à la discrétion des intermédiaires. En conséquence, ces derniers se trouvent « dans l'obligation de jouer un pseudo-rôle judiciaire » et de décider si le contenu hébergé dans leur site est diffamatoire ou illicite. Comme on l'a souligné dans le présent rapport, ce sont des questions excessivement complexes⁹¹⁶. La Cour suprême du Canada a aussi reconnu que ces régimes mettent les intermédiaires dans la situation difficile de « déterminer si l'allégation de violation du droit d'auteur est fondée et de décider soit de contester l'action pour violation du droit d'auteur, soit de manquer éventuellement à ses obligations contractuelles envers le fournisseur de contenu⁹¹⁷ ».

La réglementation axée sur la responsabilité pose un autre problème considérable : les intermédiaires ont une forte motivation économique de retirer tout simplement tout contenu faisant l'objet d'une plainte, sans tenir compte de sa légalité. Les intermédiaires de l'Internet sont des entités commerciales. La majeure partie du contenu dans leurs sites est produite par d'autres. Ils n'ont donc que « peu d'intérêts dans le contenu produit⁹¹⁸ ». Dans ces circonstances, ils sont plus enclins à éviter des actions en justice potentielles et les coûts et dommages-intérêts qui peuvent en découler en retirant tout simplement tout contenu faisant l'objet d'une plainte⁹¹⁹. Cette situation n'est pas souhaitable pour de nombreuses raisons, dont les suivantes.

D'abord et avant tout, les régimes axés sur la responsabilité entraînent sans doute un effet paralysant sur la liberté d'expression. Dans ces circonstances, une allégation de diffamation peut d'un point de vue pratique devenir rapidement une restriction de la liberté d'expression si l'intermédiaire décide à l'avance de retirer le contenu prétendument illicite⁹²⁰. Comme l'a fait remarquer Andrew Scott,

[TRADUCTION] « un tel régime ne prévoit pas de “pondération des droits”; il privilégie la réputation plutôt que la liberté de parole⁹²¹ ».

Deuxièmement, retirer un contenu avant qu’un tribunal conclue à la diffamation va à l’encontre de la résistance de la common law à l’injonction, sauf comme [TRADUCTION] « mesure d’exception⁹²² ». Une restriction préalable de propos devant être diffusés est considérée comme une atteinte excessive à la liberté d’expression que les tribunaux ne permettent que très rarement.

Troisièmement, les régimes axés sur la responsabilité créent sans doute des incitatifs pervers faisant en sorte que les intermédiaires *ne* contrôlent *pas* le contenu diffusé dans leurs sites. Si les intermédiaires sont légalement responsables de contenus illicites une fois qu’ils en prennent connaissance, on les encourage tout simplement à ne pas le faire. Autrement dit, ils sont dissuadés de faire preuve de responsabilité sociale et de mettre au point des mécanismes internes efficaces de contrôle du contenu⁹²³.

Quatrièmement, en l’absence de dispositions législatives plus spécifiques, la réussite de régimes axés sur la responsabilité dépend souvent des pratiques et des codes de conduite adoptés par les intermédiaires pour gérer les plaintes relatives aux contenus diffusés dans leurs sites. Sur le plan juridique, ces pratiques et codes privés posent des problèmes du fait qu’ils peuvent manquer de transparence ou d’obligations redditionnelles ou être appliqués d’une manière inégale. Un autre problème tient au fait qu’il n’y a aucune assurance qu’un code d’entreprise, pour autant qu’il y en ait un, sera conforme aux normes juridiques d’un ressort en ce qui concerne la diffamation, la liberté d’expression ou les droits de la personne. Le rapporteur spécial des Nations Unies, Frank La Rue a souligné que « [l]e manque de transparence dans le processus de décision des intermédiaires vient souvent dissimuler les pratiques discriminatoires ou la pression politique touchant les décisions des entreprises⁹²⁴ ».

Cinquièmement, en plus des motifs de fond justifiant la limitation de la responsabilité des intermédiaires en tant que diffuseurs secondaires, il y a l’efficacité limitée d’une ordonnance de retrait dans un contexte où le même contenu peut être diffusé sur un autre serveur aussitôt qu’il est retiré⁹²⁵.

Un régime fondé sur une pénalité prévue par la loi, comme c’est le cas de la *Loi sur le droit d’auteur* du Canada, peut constituer une solution de rechange à la réglementation axée sur la responsabilité. Ce régime laisse aux tribunaux les questions de fond et impose tout simplement des exigences de notification aux intermédiaires lorsque des plaintes sont déposées. Les intermédiaires peuvent être passibles d’une amende s’ils ne se conforment pas aux règlements, mais ils n’interviennent pas dans le retrait de contenus et ne risquent pas d’être tenus responsables en cas de manquement à retirer du contenu illicite. La principale limite de cette option tient au fait qu’elle n’offre aucune réparation aux personnes qui portent plainte en diffamation. Le système judiciaire, avec tous les retards et les coûts que cette façon de procéder entraîne, demeure la seule voie pour obtenir une réparation juste. En conséquence, des propos diffamatoires peuvent continuer à circuler dans Internet et l’atteinte à la réputation persiste. La CDO sollicite les commentaires des parties prenantes sur cette question et

d'autres aspects du régime canadien du droit d'auteur qui pourraient servir de modèle pour la réglementation des intermédiaires relativement aux contenus diffamatoires.

iii. L'option du régime du double avis bonifié proposée par Laidlaw et Young

Laidlaw et Young ont proposé ce qu'elles appellent un [TRADUCTION] « régime du double avis bonifié⁹²⁶ ». Cette option représente une solution de rechange mitoyenne aux régimes existants examinés ci-dessus. D'une part, les intermédiaires ne seraient pas tenus responsables de contenus diffamatoires. Ils ne seraient pas non plus obligés de se prononcer sur la légalité d'un contenu. Toutefois, à la différence du régime du double avis mis en place par la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada, l'intermédiaire serait tenu de retirer des contenus dans certaines circonstances, accordant ainsi aux demandeurs une réparation peu coûteuse et effective.

La proposition de Laidlaw et Young vise principalement les plateformes de contenus générés par les utilisateurs. Les FSI qui agissent comme [TRADUCTION] « simple voie de transmission » ne seraient pas assujettis au régime. Comme les moteurs de recherche ne fournissent pas directement une plateforme de contenus générés par les utilisateurs, ils seraient assujettis à un régime du double avis moins lourd⁹²⁷.

Dans le cadre de cette proposition, les intermédiaires assujettis à ce régime recevraient des plaintes sur des formules prescrites entraînant des frais administratifs peu élevés. Les avis devront préciser le fondement juridique de la revendication, tout au moins une déclaration affirmant que l'information n'est pas véridique. À la réception d'une plainte, l'intermédiaire serait tenu de la transmettre à l'auteur des propos en cause. Ce dernier disposerait d'un délai d'un ou deux jours pour y donner suite, faute de quoi l'intermédiaire retirerait le contenu. Autrement, l'auteur du contenu pourrait signifier un avis de différend affirmant que le contenu est légal et exposant le motif. Dans ce cas, l'intermédiaire ne retirerait pas le contenu et le demandeur pourrait soumettre le différend au tribunal. Outre ces circonstances très précises, les intermédiaires ne retireraient aucun contenu sans l'ordonnance d'un tribunal. Ils ne seraient pas non plus tenus d'assurer une surveillance afin de déceler des contenus diffamatoires. Laidlaw et Young ont fourni de plus amples détails sur leur proposition dans leur document de recherche⁹²⁸.

Laidlaw et Young soutiennent que leur proposition prend en compte plusieurs des principales difficultés liées aussi bien aux régimes axés sur la responsabilité qu'aux régimes d'avis. Par exemple, à la différence d'un régime axé sur la responsabilité, Laidlaw et Young affirment que leur proposition :

- n'a pas d'effet paralysant sur la liberté d'expression et n'impose pas une restriction préalable parce qu'elle élimine (ou tempère tout au moins) l'incitatif économique qui encouragent les intermédiaires à retirer tout simplement le contenu offensant;
- apporte clarté et certitude dans l'application des règles parce que les intermédiaires ne seraient pas tenus d'arbitrer informellement des différends;

- favorise la transparence, la reddition de comptes et la cohérence grâce à des règles publiques claires;
- facilite le règlement rapide des plaintes pour diffamation parce que les intermédiaires seraient incités à mettre en place des méthodes internes plus rationnelles pour traiter les plaintes.

De même, Laidlaw et Young estiment que leur proposition pourrait corriger une faiblesse importante du régime canadien de droit d'auteur en accordant aux demandeurs, dans certaines circonstances, une réparation peu coûteuse et rapide comme solution de rechange à une action en justice.

En revanche, il faut se demander si cette proposition donnerait lieu à un système de retraits, sans contrôle de leur légalité ou, autrement, ferait en sorte que les tribunaux soient saisis de ces différends pour qu'ils soient réglés à coût élevé⁹²⁹.

iv. Contenu anonyme

L'un des problèmes frustrants du droit en matière de diffamation, quel que soit le modèle de réglementation, a trait à la question des intermédiaires et du contenu anonyme. La possibilité et la facilité de s'exprimer dans l'anonymat sur Internet pourraient encourager les auteurs à diffuser des contenus « sans filtre » et, dans certains cas, diffamatoires. Il n'est pas rare que des contenus au caractère manifestement diffamatoire soient diffusés dans des médias sociaux, mais qu'il soit impossible d'en attribuer la paternité à un diffuseur. Non seulement est-ce injuste que les victimes ne puissent pas obtenir réparation dans ces circonstances, mais la présence continue de ce contenu pourrait encourager la diffusion d'autres contenus diffamatoires anonymes. En revanche, la possibilité de s'exprimer dans l'anonymat constitue un élément important de la liberté d'expression et ce n'est pas une solution de dire qu'un contenu prétendument diffamatoire devrait être retiré tout simplement parce qu'il a été diffusé sous l'anonymat.

Le problème de la diffusion de contenu anonyme et les mécanismes potentiels pour le régler ont été examinés au chapitre V. Aux fins de la présente analyse, il importe de souligner que, dans le cas de contenus anonymes, les intermédiaires se retrouvent souvent dans une position centrale où ils contrôlent l'information permettant d'identifier le diffuseur primaire. En pratique, les intermédiaires sont souvent visés par des actions en diffamation, non seulement en raison de leur capacité relative de payer, mais parce que les demandeurs ne disposent pas de renseignements suffisants sur le présumé diffamateur/diffuseur primaire pour le poursuivre directement.

Par conséquent, la réglementation des intermédiaires soulève un autre problème, à savoir s'il faudrait réglementer d'une façon ou d'une autre la collecte et la divulgation des renseignements sur l'identité des abonnés par les intermédiaires pour qu'il soit plus facile d'intenter une action en justice contre les diffuseurs primaires. Une façon de régler ce problème serait de confier aux intermédiaires la responsabilité de tenir à jour des registres qui contiennent les renseignements sur l'identité des personnes qui communiquent au moyen de leurs plateformes et de les divulguer dans certaines circonstances. Un tel régime permettrait sans doute d'alléger la pression voulant que les intermédiaires soient tenus responsables des contenus diffusés par les utilisateurs puisque les diffuseurs primaires, une

fois identifiés, seraient tenus de remplir leurs obligations à titre de défendeur directement responsable de contenus prétendument diffamatoires. En revanche, tout régime de divulgation de renseignements permettant d'identifier des diffuseurs anonymes doit prendre en compte le rôle important que joue l'anonymat dans la liberté d'expression. Actuellement, les tribunaux réglementent la divulgation de renseignements sur l'identité des abonnés au moyen d'ordonnances de type *Norwich* ou d'autres requêtes interlocutoires. La possibilité de mettre en place une réglementation législative pour remplacer cette fonction judiciaire est examinée plus amplement au chapitre V.

v. Réglementation des intermédiaires dans l'avenir

Dans l'avenir, les avancées technologiques pourraient faire en sorte qu'il soit de plus en plus faisable pour les intermédiaires de jouer un rôle utile dans la surveillance des contenus en ligne et dans le règlement des plaintes. En revanche, si les communications poursuivent leur progression vers l'Internet, ce qui semble inévitable, il pourrait devenir de plus en plus inapproprié pour les intermédiaires de jouer ce rôle fondamental dans la réglementation de l'expression sur le réseau. Des recommandations visant la réforme de la responsabilité des intermédiaires en matière de diffamation en Ontario devraient être destinées à mettre en place des mesures qui seront pertinentes pendant de nombreuses années, plutôt que des mesures à court terme.

Questions à aborder

35. L'Ontario devrait-il adopter des dispositions législatives réglementant le rôle des intermédiaires de l'Internet par rapport aux contenus de tiers?

36. Si oui, quel type de régime de réglementation est à recommander :

- a. réglementation axée sur la responsabilité, selon le cas :
 - i. immunité générale (comme dans l'article 230 de la *Communications Decency Act* (États-Unis);
 - ii. régime prévoyant l'envoi d'avis et la suppression de contenus (comme dans la *Defamation Act 2013* (Royaume-Uni) ou la directive de l'Union européenne);
- b. réglementation axée sur des sanctions imposées par des lois, selon le cas :
 - i. régime du double avis (comme dans la *Loi sur le droit d'auteur* (Canada);
 - ii. régime du double avis bonifié (comme le proposent Laidlaw et Young).

VIII. RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES DIFFÉRENDS À L'ÉPOQUE DE L'INTERNET

[TRADUCTION] « Dans la meilleure des hypothèses, le droit peut contrôler sans qu'il soit nécessaire de l'invoquer⁹³⁰ ».

Au chapitre V, de nombreuses questions de procédure liées à la promotion de l'accès à la justice dans des actions en diffamation ont été examinées. La CDO a demandé aux parties prenantes d'étudier les réformes à la procédure judiciaire qui permettraient d'introduire une proportionnalité dans les actions en diffamation tout en poursuivant le but premier d'un procès juste et équitable. Elle a également reconnu plusieurs caractéristiques techniques de la cyberdiffamation (comme l'anonymat et la recherche du ressort le plus favorable ailleurs que dans son propre ressort) qui font en sorte que les procédures posent problème pour certaines actions en cyberdiffamation.

La CDO examine ici la situation au-delà du système judiciaire, et se demande s'il pourrait exister un mécanisme extrajudiciaire des différends qui favoriserait davantage l'accès à la justice ainsi que des résultats équitables en matière de cyberdiffamation. Elle demande aux parties prenantes de faire preuve de pragmatisme et de créativité. Par exemple, la plupart des différends liés à la cyberdiffamation sont réglés d'une manière informelle grâce à des contacts directs entre les parties ou en déposant une plainte en ligne auprès du média social qui héberge le contenu diffamatoire. De nombreux médias sociaux évaluent activement les contenus controversés et suppriment ceux qui ne respectent pas les conditions générales d'utilisation. Bien que les procédures de plainte en ligne ne soient pas des procédures judiciaires, elles fournissent une solution simple et rudimentaire pour traiter le grand nombre de revendications de faible valeur et représentent [TRADUCTION] « l'un des seuls moyens efficaces pour certaines personnes de régler des litiges en matière de diffamation⁹³¹ ». La CDO demande aux parties prenantes de réfléchir au rapport qui devrait éventuellement exister entre le droit de la diffamation et les procédures de plainte en ligne. Les régimes de notification et de retrait qui ont été adoptés dans certaines administrations comme solution de rechange à l'imposition d'une responsabilité directe aux médias sociaux et autres intermédiaires pour des contenus illégaux se rapportent également à cette question. Ils ont été examinés au chapitre VII.

La CDO examine par ailleurs la possibilité d'un mécanisme de règlement extrajudiciaire des différends qui serait prévu par la loi, et propose que certaines actions en cyberdiffamation puissent tomber sous le coup d'un tel processus. Source de nombreuses actions en cyberdiffamation, l'Internet ouvre aussi des possibilités de règlement en ligne des différends. Trois options de règlement extrajudiciaire des différends, dont le règlement en ligne recommandé par Emily Laidlaw dans le document de recherche commandé par la CDO⁹³², sont examinées ici. En terminant, la CDO demande aux parties prenantes de proposer des mécanismes de règlement des différends qui sont adaptés aux problèmes de diffamation à l'époque de l'Internet.

A. Pourquoi regarder au-delà de la salle d'audience?

1. *Les limites de la procédure judiciaire*

Il y a au moins deux raisons de regarder au-delà de la salle d'audience pour un mécanisme de règlement extrajudiciaire des différends qui s'avère efficace pour régler les actions en cyberdiffamation. D'abord, il y a les obstacles procéduraux à l'accès à la justice dans les actions en diffamation que nous avons examinés au chapitre V. Dans certains cas, la durée, la complexité et les coûts de ces actions sont disproportionnés par rapport aux intérêts en jeu. Il y a aussi la tendance pour certains demandeurs de s'engager dans un processus judiciaire pour rétablir leur réputation même lorsque les coûts dépassent largement les dommages-intérêts qui sont accordés.

Ensuite, comme on l'a vu tout au long du présent document, il y a de nombreuses caractéristiques de la cyberdiffamation qui font en sorte que le règlement par les tribunaux soit plus difficile que dans les cas classiques de diffamation. Elles sont résumées par Emily Laidlaw dans son document de recherche :

- *le problème lié au défendeur* – le défendeur peut être anonyme ou à l'extérieur du ressort;
- *le ressort et le problème des conflits de lois* – la capacité limitée de faire respecter les décisions liées à des litiges/différends transnationaux;
- *le problème de la permanence* – le retrait complet de contenus en ligne n'est probablement pas possible;
- *le problème de l'« économie de l'information des réseaux »* – la réputation en ligne est fragmentée;
- *le problème lié à la communauté* – la cyberdiffamation circule au-delà des communautés;
- *le problème lié au grand nombre de revendications de faible valeur* – la plupart des revendications ne valent pas la peine d'être contestées en justice⁹³³.

Les limites des réparations du délit sont particulièrement évidentes dans le contexte de l'Internet. On a examiné au chapitre V le problème de faire appliquer un déréférencement de contenu hors de la compétence territoriale. Il s'agit d'un problème important puisque le contenu diffamatoire peut être diffusé partout dans le monde en appuyant simplement sur la touche d'un clavier. Compte tenu de ces caractéristiques techniques de la cyberdiffamation, la plupart des actions en la matière ne sont jamais portées devant les tribunaux.

Étant donné les limites de la procédure judiciaire, on réclame des méthodes plus informelles pour protéger sa réputation en ligne. D'après Solove :

[TRADUCTION] Les gens intentent des actions à cause de l'absence de moyens informels pour trouver des solutions, parce qu'il n'y a pas d'autres options valables. La loi devrait avoir pour but d'encourager l'établissement de normes et d'inciter les gens à régler leurs différends de façon informelle⁹³⁴.

Les points de vue de Solove sont renforcés par la recherche de Bailey et Steeves, commandée par la CDO, qui porte sur les jeunes et la diffamation. Les vingt jeunes qui ont été interviewés dans le cadre de cette étude ont appuyé la mise en place de méthodes informelles pour résoudre les atteintes à la

cyberréputation plutôt que le recours à des procédures judiciaires qu'ils considèrent comme étant coûteuses et lentes et moins efficaces pour résoudre « les aspects sociaux et émotifs du préjudice⁹³⁵ ».

2. Protection des droits garantis par la Charte

Il n'y a aucun doute que le système judiciaire demeure un outil indispensable pour réparer les préjudices causés dans certains cas de diffamation. Ce chapitre, ainsi que les recommandations formulées par Laidlaw dans l'étude commandée par la CDO, reposent sur la poursuite des actions en diffamation devant les tribunaux qui mettent l'accent sur l'équité procédurale et l'autorité statutaire⁹³⁶. Le rôle capital que jouent les tribunaux dans la protection des droits garantis par la Charte, dont la liberté d'expression, est aussi reconnu.

Cependant, les tribunaux n'ont pas l'exclusivité de la Charte, surtout à l'époque de l'Internet. Jack Balkin soutient que les droits garantis par la Charte seront protégés de plus en plus par des normes technologiques et administratives et qu'un groupe plus hétérogène d'acteurs, de législateurs, d'organismes administratifs et de technologues jouera ce rôle⁹³⁷. Il est possible que le rôle des tribunaux dans l'établissement d'un équilibre entre la liberté d'expression et des propos préjudiciables tenus sur Internet doive être partagé avec d'autres institutions plus aptes à s'adapter à l'ère numérique. Les actions en justice pourraient figurer dans l'arsenal d'outils de protection de la réputation en ligne, et le droit en matière de diffamation peut maintenant se concevoir dans ce contexte plus large de mesures correctives.

Par conséquent, étant donné les coûts et les autres limites d'une action en diffamation comme moyen de rétablir sa réputation en ligne, existe-t-il un mécanisme extrajudiciaire qui pourrait servir de solution de rechange à certains de ces litiges?

B. Mécanismes de plainte en ligne

Afin de déterminer s'il existe des mécanismes extrajudiciaires qui pourraient résoudre efficacement des différends portant sur la cyberdiffamation, il importe d'examiner les outils qui existent déjà en ligne. La présente section traite des mécanismes de plainte en ligne en tant qu'outils de règlement de différends qui pourraient remplacer la procédure judiciaire. Ils ont peut-être peu de choses en commun avec les processus juridictionnels que connaissent les avocats, mais on peut dire qu'ils contribuent à régler un plus grand nombre de différends portant sur la cyberdiffamation que les actions en justice⁹³⁸.

1. Le fonctionnement des mécanismes de plainte en ligne

Qu'est-ce qui a le plus de chances de se produire lorsqu'une personne est victime de diffamation dans les médias sociaux? Si elle connaît l'identité du responsable, elle s'adressera probablement dans un premier temps directement à elle ou à lui. S'il s'agit d'une jeune personne, elle se plaindra à ses amis ou amies ou aux responsables de l'école⁹³⁹. Toutefois, beaucoup de gens cliquent sur l'icône destinée à signaler un abus et déposent une plainte en ligne au média social sur lequel est diffusé le contenu diffamatoire⁹⁴⁰.

Les médias sociaux contrôlent plus ou moins le contenu diffamatoire au moyen de conditions d'utilisation et de codes de conduite. Le large éventail de politiques reflète l'objectif commercial de ces services. Certains médias sociaux interdisent explicitement la diffamation d'une personne ou d'un groupe de personnes⁹⁴¹. D'autres fournissent même des lignes directrices sur la façon de rédiger des avis non discriminatoires⁹⁴². D'autres encore, comme des groupes de discussion, sont moins susceptibles d'employer le jargon juridique. Reddit déconseille aux utilisateurs de se livrer à des « attaques personnelles⁹⁴³ ». Twitter interdit tout simplement « la poursuite d'activités illégales⁹⁴⁴ ». 4Chan n'affiche aucun avertissement sur les propos diffamatoires⁹⁴⁵. Ces politiques font office de contrat social, établissant la confiance des utilisateurs entre eux. Exiger que les utilisateurs acceptent un code de conduite contribue à créer un environnement sûr, ce qui attire des usagers et assure la réussite commerciale du site.

Un certain degré de modération à l'interne est indispensable pour assurer l'intégrité de ces services. La plupart des médias sociaux utilisent une combinaison de politiques axées sur les utilisateurs, de modération interne et de méthodes algorithmiques. On compte sur les utilisateurs pour qu'ils signalent immédiatement des contenus problématiques. En ce sens, le processus est une forme d'autoréglementation par les utilisateurs. Certains médias sociaux autorisent la nomination par les utilisateurs de modérateurs bénévoles qui surveillent l'environnement expressif de la communauté⁹⁴⁶. D'autres, comme Reddit, contrôlent le contenu principalement au moyen d'algorithmes. Ce sont les utilisateurs qui adoptent ou rejettent les contenus, déterminant ainsi ceux qui figurent dans les fils de discussion⁹⁴⁷. C'est donc la communauté qui décide finalement ce qui devrait être vu ou non⁹⁴⁸.

Des médias sociaux importants comme Facebook et Twitter ont consacré des ressources considérables à la modération interne. Facebook reçoit environ deux millions de demandes de retrait de contenus par semaine. Les 4 500 modérateurs traitent ces demandes et suppriment environ 39 % des contenus visés⁹⁴⁹.

Certains médias sociaux utilisent des algorithmes pour filtrer automatiquement les résultats qui remplissent des critères spécifiques, comme le pourriel ou les propos haineux⁹⁵⁰. Toutefois, les algorithmes interprètent mal le langage, le sens et le contexte et censurent des utilisateurs par erreur⁹⁵¹. Il est certain qu'ils ne peuvent pas actuellement apprécier les nuances de propos diffamatoires. Bien que des algorithmes anti-diffamation aient fait l'objet d'expérimentation sommaire, la définition de diffamation adoptée à cette fin était totalement inadéquate pour en saisir la complexité⁹⁵². Reste à savoir si une forme quelconque de modération automatique des communications diffamatoires sera possible à l'avenir.

Lorsque des modérateurs décèlent un contenu offensant, des outils d'application internes peuvent s'enclencher. Les médias sociaux peuvent retirer des contenus, restreindre des privilèges et expulser des utilisateurs. Certaines plateformes ont mis en place des procédures d'appel⁹⁵³.

2. Les limitations des mécanismes de plainte en ligne

Bien que les mécanismes de plainte en ligne soient une réalité de l'utilisation de l'Internet au 21^e siècle, cela ne signifie pas pour autant qu'ils soient appropriés comme procédure judiciaire pour régler des

actions en diffamation. Ces mécanismes ne portent pas les marques de l'équité procédurale et ne font pas autorité comme décision judiciaire⁹⁵⁴. Comme le fait remarquer Emily Laidlaw :

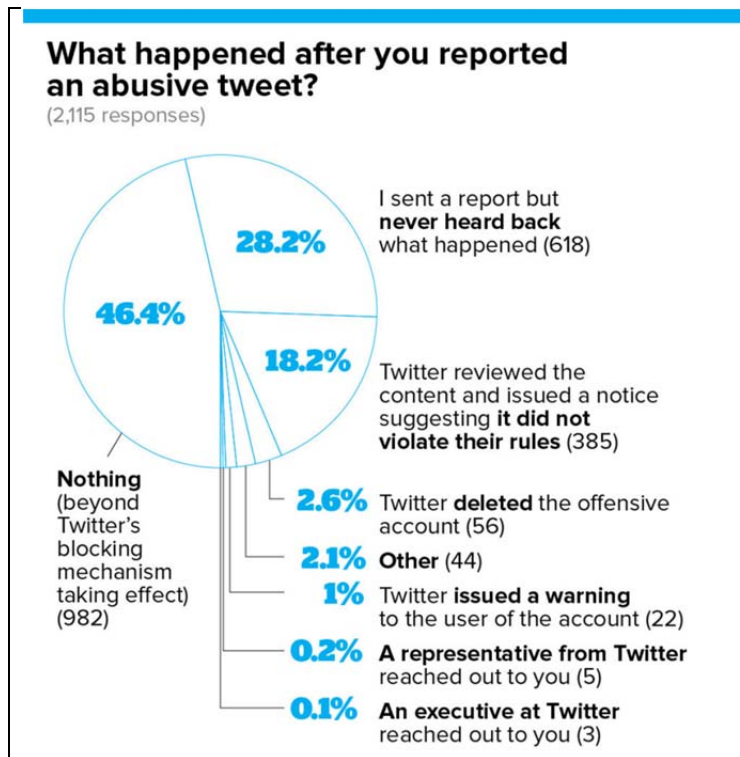
[TRADUCTION] Les principes d'application régulière de la loi qu'on attend d'un système judiciaire, comme la signification d'avis, le droit d'être entendu et d'entendre la preuve qui pèse contre soi, la transparence, le droit de confronter les témoins et l'accès à des décideurs neutres, ne sont pas reproduits, même théoriquement, dans la plupart des mécanismes de règlement des différends des entreprises, notamment dans le contexte du réseautage social⁹⁵⁵.

En plus de cette inquiétude générale pour l'équité procédurale, ces mécanismes de plaintes comportent au moins trois inconvénients en tant que mécanisme de règlement extrajudiciaire des différends pour les actions en cyberdiffamation.

Premièrement, ils visent généralement les contenus offensants et, le plus souvent, n'appliquent pas de principes de droit pour faire la distinction entre différentes formes de préjudice. Par exemple, un utilisateur qui signale une diffusion sur Facebook se voit offrir les options suivantes pour la décrire : [TRADUCTION] « Ce sont des propos grossiers, vulgaires ou orduriers. Ce sont des propos sexuellement explicites. Ce sont des propos de harcèlement ou haineux. Ce sont des propos menaçants, violents ou suicidaires. Autre chose⁹⁵⁶ ». Ces catégories sont définies dans les conditions d'utilisation du média social ou dans d'autres politiques internes. Les médias sociaux ne se sont pas engagés à appliquer la substance du droit en matière de diffamation, par exemple, pour faire respecter leurs politiques. Quoiqu'il en soit, les allégations de diffamation sont particulièrement difficiles à évaluer en se basant uniquement sur un examen sur dossier⁹⁵⁷.

Deuxièmement, beaucoup de médias sociaux importants appartiennent à des multinationales qui ont peu de liens avec le Canada ou le droit canadien. Dans la mesure où ils appliquent des principes de droit pour faire respecter leurs politiques, ce sont sans doute des principes de droit propres aux États-Unis qui reflètent le Premier Amendement plutôt que le droit canadien⁹⁵⁸. Dans le droit en matière de diffamation, cette distinction pourrait avoir une incidence importante sur l'issue d'une action.

Troisièmement, les mécanismes de plainte en ligne ont un caractère très discrétionnaire et certaines questions se posent quant à leur efficacité pour traiter de propos offensants. D'après une enquête de BuzzFeed News auprès de 2 700 utilisateurs de Twitter, dans plus de 90 % des plaintes concernant des gazouillis offensants, Twitter n'a rien fait ou a déterminé que les gazouillis en question ne violaient pas ses politiques⁹⁵⁹. Selon le rapport de BuzzFeed News, les utilisateurs de Twitter ont reçu les réponses suivantes à leurs plaintes :



Que s'est-il passé après que vous avez signalé un gazouillis injurieux?

(2 115 réponses)

	28,2 %	J'ai signalé le gazouillis, mais je n'ai jamais été informé de la suite (618)
46,4 % Il ne s'est rien passé (outre le mécanisme de Twitter bloquant l'accès) (982)	18,2 %	Twitter a examiné le contenu et m'a avisé que ses règles n'avaient pas été violées (385)
	2,6 %	Twitter a supprimé le compte d'où est provenu le gazouillis offensant (56)
	2,1 %	Autre (44)
	1 %	Twitter a envoyé un avertissement au détenteur du compte en question (22)
	0,2 %	Un représentant de Twitter m'a contacté (5)
	0,1 %	Un cadre de Twitter m'a contacté

3. *Les médias sociaux jouant le rôle de décisionnaire : l'exemple européen*

La compétence institutionnelle des intermédiaires, comme les médias sociaux, en matière de règlement de différends concernant certaines formes d'information sur Internet a été examinée dans le contexte de l'arrêt *Google Spain* de l'UE, dont il a été question au chapitre VI⁹⁶⁰. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé que le moteur de recherche Google devrait être tenu de supprimer des données en ligne « du fait qu'elles sont inadéquates, non pertinentes ou excessives au regard des finalités [...] pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées⁹⁶¹ ».

Cette nouvelle obligation investit les moteurs de recherche du rôle de décisionnaire et donne lieu à des inquiétudes semblables à propos de l'équité procédurale et les règles de preuve. Un des membres du conseil consultatif de Google a soulevé ce point dans le rapport final du conseil à l'intention de Google en 2015 :

[TRADUCTION] Je m'oppose fermement à la situation juridique où une société commerciale est obligée de devenir le juge de nos droits les plus fondamentaux que sont la liberté d'expression et le respect de la vie privée, sans que soit mis en place une procédure appropriée permettant à un diffuseur dont les propos sont supprimés d'interjeter appel. Le parlement européen doit modifier la loi immédiatement pour assurer une surveillance judiciaire appropriée et renforcer la protection de la liberté d'expression⁹⁶².

En revanche, un autre membre du conseil consultatif a soutenu que la décision de déréférencement pour donner suite à la plainte d'un utilisateur est typique pour les moteurs de recherche commerciaux en fonction de leurs politiques internes et la relation contractuelle qu'ils entretiennent avec leurs utilisateurs et qu'elle devrait demeurer dans le domaine privé :

[TRADUCTION] C'est le moteur de recherche qui est responsable de décider du retrait d'un contenu. Il s'agit d'une relation typique entre un utilisateur privé d'une part, qui demande le retrait, et une entreprise privée d'autre part, qui a le droit de décider si elle accorde ou refuse la requête. On ne peut pas enlever à l'entreprise ce droit de décider⁹⁶³.

Le conseil consultatif de Google a entendu plusieurs suggestions sur la structuration d'un processus décisionnel pour donner suite aux demandes de déréférencement, notamment un modèle judiciaire en vertu duquel le diffuseur du contenu serait informé de la demande de déréférencement et Google mettrait sur pied un processus équitable visant à pondérer les intérêts des deux parties⁹⁶⁴. Une autre option visait la mise sur pied d'un processus de médiation prenant modèle sur celui utilisé pour régler les litiges relatifs aux noms de domaine⁹⁶⁵.

Dans son rapport final, le conseil consultatif de Google a répété ces suggestions, sans les adopter. Toutefois, il a recommandé que Google publie les décisions relatives à des demandes de déréférencement afin d'assurer la transparence. Il a aussi recommandé que les personnes concernées et les diffuseurs aient tous les deux le droit de contester la décision de Google auprès d'une autorité publique ou les tribunaux⁹⁶⁶.

4. Réglementation indirecte de mécanismes de plainte en ligne

Au chapitre VII, nous avons examiné différents modèles de réglementation qui imposent aux médias sociaux et d'autres intermédiaires un processus pour la notification et le retrait de contenus offensants en ligne. Ces modèles offrent une solution de rechange à l'attribution directe de la responsabilité pour les contenus aux intermédiaires. Ils sont fondés sur le principe que les intermédiaires ne sont pas des diffuseurs et ne devraient pas être tenus responsables de décider ce qui constitue un contenu acceptable en ligne. Par conséquent, ils ne prétendent pas régler directement les mécanismes de plainte en ligne comme, par exemple, imposer des normes juridiques à appliquer pour évaluer les contenus. Ils proposent plutôt une démarche procédurale indirecte.

Selon Laidlaw, la solution passe par l'incitation des hébergeurs de médias sociaux et d'autres intermédiaires à imposer des structures de règlement qui sont [TRADUCTION] « jugées valables⁹⁶⁷ ». De concert avec Hilary Young, elle a recommandé un cadre de notification bonifié en vertu duquel les intermédiaires seraient tenus de transmettre au diffuseur un avis indiquant une allégation de contenu diffamatoire et de retirer ce contenu dans des circonstances très précises⁹⁶⁸. Les intermédiaires ne seraient pas tenus légalement responsables de contenus dont ils ne sont pas les auteurs, et le non-respect du régime entraînerait une amende plutôt qu'une infraction de responsabilité. Une façon d'établir des conditions d'utilisation strictes serait de les évaluer en fixant le montant d'une amende⁹⁶⁹. Cette recommandation a été examinée de plus près au chapitre VII.

C. Règlement extrajudiciaire des différends prévu par la loi

Quels autres outils seraient utiles pour régler des actions en cyberdiffamation en dehors du processus judiciaire? La présente section traite de la possibilité de mettre au point un mécanisme de règlement des différends prévu par la loi qui fournirait une solution de rechange légale à une action en justice et à tout mécanisme existant de plainte en ligne.

La proposition n'est pas sans difficulté, comme celles qui se posent pour simplifier le processus judiciaire et dont fait état le chapitre V. L'une des inquiétudes majeures est liée à la complexité du droit de la diffamation qui, le plus souvent, n'a pas comme point central l'interprétation d'un contrat ou un défaut de paiement⁹⁷⁰. Comment un arbitre peut-il évaluer correctement le sens diffamatoire ou l'intérêt public de façon rationnelle?

Il faut aussi faire en sorte, ce qui ne sera pas facile, qu'un organisme spécialisé de règlement de différends ne devienne pas simplement une autre étape coûteuse d'un processus qui débouchera, de toute façon, sur une procédure judiciaire.

L'étude de Laidlaw, commandée par la CDO, porte sur les variables qu'il faudrait prendre en compte dans la recherche d'un cadre de règlement des différends en matière de cyberdiffamation, c'est-à-dire :

- rapidité du règlement;
- accessibilité du mécanismes dans les communautés concernées;

- utilisation de la dimension discursive des communautés de l'Internet pour parvenir à un règlement;
- endiguement et suppression des propos diffamatoires;
- coûts du règlement⁹⁷¹.

Laidlaw fait aussi valoir qu'un cadre acceptable de règlement des différends permettrait l'endiguement et la suppression des propos, l'identification des propos diffamatoires contestés (par un signalement, un avis ou un mécanisme analogue), des excuses publiques, une rectification, un droit de réplique et une déclaration de fausseté⁹⁷². Elle passe en revue de nombreux modèles possibles dans son étude⁹⁷³. Les scénarios les plus probables sont examinés ici.

1. Proposition de Mullis/Scott pour le règlement extrajudiciaire des différends

Différentes propositions ont été présentées dans le cadre du projet de réforme du droit en matière de diffamation au Royaume-Uni, ayant pour objet un mécanisme simplifié à faible coût pour trancher les actions en diffamation⁹⁷⁴. Par exemple, Alastair Mullis et Andrew Scott proposent une démarche en deux étapes pour le règlement de différends en matière de diffamation⁹⁷⁵. Cette proposition a pour but de [TRADUCTION] « mettre en valeur le règlement rapide de différends et la mise en place de réparations par écrit⁹⁷⁶ ». La grande majorité des demandes seraient acheminées vers un mécanisme simplifié qui serait administré par les tribunaux ou un organisme administratif.

Mullis et Scott proposent que ces revendications soient portées devant des arbitres spécialisés. Par exemple, les organismes de réglementation des médias, établis par les médias ou la loi, pourraient entendre les actions concernant un média, et des groupes de spécialistes pourraient être mis sur pied pour entendre des actions concernant des publications universitaires ou spécialisées. En ce qui concerne la cyberdiffamation, Mullis et Scott proposent que l'Internet Service Providers Association crée un organisme de règlement des différends qui serait chargé de se prononcer sur ces actions⁹⁷⁷. Les décisions de ces arbitres seraient susceptibles de faire l'objet d'une révision judiciaire par la Haute Cour pour des motifs traditionnels⁹⁷⁸.

Ces revendications seraient entendues sur la base que les propos diffamatoires signifient ce que le demandeur en comprend, pour autant que ce soit raisonnable. Les principaux moyens de défense seraient la vérité et le commentaire honnête et l'accent serait mis sur des mesures de réparation par écrit comme une rectification ou une rétractation, des excuses publiques ou des déclarations de fausseté⁹⁷⁹. Des signalements électroniques seraient utilisés pour repérer les propos contestés en ligne. Des affaires plus sérieuses ou dommageables seraient différées à la Haute Cour, ainsi que celles qui relèvent de l'intérêt public.

Les auteurs concluent que rien de moins qu'une [TRADUCTION] « révision radicale du droit et des procédures relatives au libelle » pourra établir un équilibre approprié entre la liberté d'expression, la réputation et l'accès à la justice⁹⁸⁰.

2. Proposition de Laidlaw pour le règlement en ligne des différends

Laidlaw soutient qu'un mécanisme associant la technique et le droit constitue la meilleure façon d'atteindre les buts d'un cadre de résolution de différends en matière de cyberdiffamation (prévention et endiguement des différends, accessibilité, rapidité, réparations par écrit). Elle est d'avis que le règlement en ligne des différends [TRADUCTION] « fournit une occasion importante de réforme⁹⁸¹ ». À la différence du règlement extrajudiciaire des différends, le règlement en ligne peut s'avérer moins cher, plus rapide, transparent et plus souple. Il fournit une voie pour des différends de faible valeur qui ne seraient pas réglés autrement. En revanche, il n'est pas approprié pour des revendications légalement complexes et ne procure pas les bienfaits émotifs et psychologiques de la négociation en personne⁹⁸². Le règlement en ligne des différends comporte des risques d'entrave à la vie privée qui doivent être gérés et il faut qu'il obtienne la confiance des utilisateurs⁹⁸³. Pour assurer la réussite, il doit permettre une réelle application de la loi.

Le règlement en ligne des différends d'origine gouvernementale est utilisé actuellement dans de nombreuses administrations, dont la Colombie-Britannique où le Civil Resolution Tribunal a été mis sur pied pour régler les petites créances (moins de 5 000 \$) et les différends liés aux copropriétés⁹⁸⁴. Le tribunal suit un processus en quatre étapes : recherche de solutions, négociation, facilitation et règlement. Sans frais, la première étape est axée sur l'information et se déroule au moyen d'un outil en ligne interactif basé sur un logiciel qui classe et délimite le problème du demandeur et fournit des pistes possibles de règlement. Durant la deuxième étape, le demandeur utilise des menus déroulants et des gabarits pour circonscrire le problème en vue de son règlement et lancer la négociation entre les parties. La troisième étape comporte la médiation en ligne par une personne. La quatrième étape aboutit au règlement en ligne par un membre du tribunal et donne lieu à une décision exécutoire⁹⁸⁵.

Laidlaw recommande la mise en place d'un système de règlement en ligne de différends basé sur le tribunal de la Colombie-Britannique, pour régler le grand nombre d'actions en cyberdiffamation de faible valeur⁹⁸⁶. Cette option de réparation figurerait aux côtés des mécanismes intermédiaires existants de plainte et du régime du double avis bonifié recommandé dans l'étude de Laidlaw et Young, commandée par la CDO⁹⁸⁷.

Laidlaw insiste sur la nécessité qu'un mécanisme de règlement des différends soit spécialisé. Le droit en matière de diffamation est technique et ce sont [TRADUCTION] « des experts qui facilitent les négociations et tranchent les litiges⁹⁸⁸ », simplifiant ainsi le processus. Elle est d'avis que les avocats spécialisés en diffamation seraient les « candidats idéals » pour jouer ce rôle⁹⁸⁹. Elle propose également que le mécanisme de règlement en ligne des différends soit volontaire pour le demandeur puisqu'il complète le mieux le processus judiciaire. Les intermédiaires seraient tenus de proposer un hyperlien vers le mécanisme pour les utilisateurs de l'Ontario⁹⁹⁰.

La mise sur pied d'un mécanisme de règlement en ligne des différends en matière de cyberdiffamation comporterait son lot de difficultés, notamment le fait d'obliger les défendeurs de s'asseoir à la table, un problème commun à toute méthode directe de règlement de différends. C'est particulièrement le cas dans le contexte de la cyberdiffamation où il n'y a aucune relation contractuelle entre les parties. Un

grand nombre d’auteurs de propos diffamatoires diffusent dans l’anonymat et il n’y a aucun moyen de les identifier sans l’aide des intermédiaires. De plus, ces auteurs peuvent être à l’extérieur de la province et ne pas vouloir se soumettre à la compétence de ses tribunaux. Ces deux questions ont été examinées au chapitre V. Laidlaw fait remarquer que l’exécution indirecte serait possible, soit en utilisant la décision pour obliger l’intermédiaire à retirer le contenu, soit en diffusant tout simplement le résultat⁹⁹¹.

La définition du champ d’application du nouveau mécanisme comporterait une autre difficulté. La CDO a pour mandat d’examiner la cyberdiffamation, mais elle a constaté que la plupart des personnes qui sont victimes d’une atteinte à leur réputation en ligne ne se demandent pas si elles sont victimes de diffamation, d’une atteinte à la vie privée, de cyberintimidation, de porno-vengeance ou de harcèlement en ligne. Les intérêts des demandeurs pour atteinte à la vie privée peuvent s’avérer très différents de ceux qui sont victimes de diffamation⁹⁹². Le chevauchement entre ces deux types de revendications a été abordé au chapitre VI.

3. *CyberSCAN : Enquête et règlement informel des plaintes*

Ce dernier exemple de règlement extrajudiciaire des différends est un peu différent des modèles décrits précédemment puisqu’il s’agit d’un organisme d’enquête proactif qui était chargé de se rendre dans la collectivité, de recueillir les faits et de tenter de résoudre les cas de cyberintimidation. Le régime législatif de la Nouvelle-Écosse pour lutter contre la cyberintimidation a été examiné au chapitre VI⁹⁹³. Bien que la loi de la Nouvelle-Écosse ait été jugée anticonstitutionnelle, il y a peut-être des leçons à tirer du régime administratif mis en place par le gouvernement pour traiter les plaintes de cyberintimidation⁹⁹⁴.

La *Cyber-safety Act* a créé le délit civil de cyberintimidation et donné aux juges le pouvoir de rendre des ordonnances de protection⁹⁹⁵. Toutefois, en plus de ces recours, le législateur a modifié la *Safer Communities and Neighbourhoods Act*, créant CyberSCAN, une unité d’enquête et de règlement des plaintes, chargée d’exécuter les ordonnances de prévention⁹⁹⁶.

Toute personne ayant connaissance d’un acte de cyberintimidation était encouragée à déposer une plainte auprès de CyberSCAN. Le directeur de l’unité jouissait de vastes pouvoirs de mener des enquêtes, d’obtenir de plus amples renseignements, de transmettre une lettre d’avertissement à la source de la communication électronique, de demander à un fournisseur de services Internet de suspendre le service fourni à cette source, et de tenter de régler la plainte par une entente ou une mesure informelle⁹⁹⁷.

Au besoin, le directeur de CyberSCAN pouvait aussi demander au tribunal de rendre une ordonnance de prévention pouvant comporter plusieurs dispositions allant d’une ordonnance interdisant au répondant d’exercer de la cyberintimidation à une ordonnance de confiscation d’un appareil électronique et de suppression du service d’un fournisseur de services Internet⁹⁹⁸.

Voici ce qu’on peut lire dans la brochure de CyberSCAN :

Comment est-ce que CyberSCAN peut m'aider?

Les enquêteurs de CyberSCAN tenteront d'abord de mettre fin à la cyberintimidation en parlant à toutes les personnes visées, y compris à l'école et dans votre famille. Si cela ne donne pas de résultats, les enquêteurs peuvent demander une ordonnance de prévention pour mettre fin à l'intimidation :

- en ordonnant au cyberintimidateur de limiter tous les contacts avec vous ou
- en limitant son utilisation de la technologie ou en lui enlevant son ordinateur, son téléphone cellulaire ou ses autres appareils mobiles et son service Internet, pour qu'il ne puisse plus se livrer à l'intimidation, ou les deux.

Les ordonnances du tribunal sont valables pour un an⁹⁹⁹.

CyberSCAN a traité plus de 820 plaintes de cyberintimidation jusqu'à ce que la *Cyber-safety Act* soit jugée inconstitutionnelle¹⁰⁰⁰ et que les mécanismes de règlement des plaintes et les pouvoirs d'enquête de CyberSCAN soient ainsi abrogés¹⁰⁰¹. CyberSCAN joue maintenant un rôle éducatif pour lutter contre la cyberintimidation¹⁰⁰². Néanmoins, la *Cyber-safety Act* laisse entrevoir la possibilité d'un mécanisme communautaire informel pour traiter certaines formes de cyberdiffamation à l'extérieur des tribunaux.

D. Réglementation future de la réputation en ligne

Le droit en matière de diffamation et les mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends qui ont été examinés dans le présent chapitre sont utilisés rétroactivement pour défendre sa réputation ou contenir ou faire disparaître le préjudice une fois qu'il a été causé. Une solution serait peut-être désormais de se tourner vers l'Internet lui-même pour mettre en place une sorte de réglementation préventive. Selon Roger Brownsword :

[TRADUCTION] Parfois, la conduite est orientée le plus efficacement en ayant recours, non pas à des normes, à la pression ou à des signaux financiers, mais à un « code », à une technologie ou conception intégrée – c'est-à-dire, comme Lawrence Lessig l'a désignée, à une démarche de réglementation de type « côte ouest » plutôt qu'une démarche (traditionnelle) de type « côte est¹⁰⁰³ ».

Le problème de la réglementation ou de la limitation de la diffamation à l'époque de l'Internet doit être examiné dans une perspective axée sur l'avenir. Quel outil juridique sera efficace pour contrôler les propos diffamatoires à mesure que la technologie évolue au cours des prochaines décennies? Bien que les communications humaines aient été transformées radicalement, semble-t-il, depuis le début des années 1980, beaucoup d'analystes soutiennent que l'Internet n'en est qu'à ses débuts et qu'en 2047, l'Internet et les communications par Internet seront méconnaissables¹⁰⁰⁴. Les outils extrajudiciaires qui sont proposés pour réprimer la diffamation devraient être examinés dans cette optique.

Questions à aborder

37. Selon votre expérience, dans quelle mesure les mécanismes de plainte en ligne sont-ils efficaces pour résoudre les différends liés à des contenus offensants en ligne? Le cas échéant, quelle devrait être la fonction de la plainte, en ligne en tant que mécanisme extrajudiciaire de règlement des différends portant sur la cyberdiffamation?

38. La loi devrait-elle proposer dans certaines actions en diffamation un mécanisme de règlement qui remplacerait la procédure judiciaire? Si oui, quels facteurs devraient être pris en considération dans sa conception? Faudrait-il mettre au point des règles ou des procédures spécialisées pour le contenu offensant impliquant des enfants?

Annexe A – Composition du Groupe consultatif

Ian Binnie, C.C., c.r., Lenczner Slaght Royce Smith Griffin

Dan Burnett, Owen Bird Law Corporation

Jamie Cameron, Osgoode Hall Law School

Peter Downard, Fasken Martineau DuMoulin

Kathy English, *The Toronto Star*

David Fewer, Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko

John D. Gregory, avocat général à la retraite – Ministère du Procureur Général

Emily Laidlaw, Faculté de droit – Université de Calgary

Brian MacLeod Rogers

M^{me} la juge Wendy Matheson – Cour supérieure de justice

Roger McConchie

Tom McKinlay, avocat général, Bureau des avocats de la Couronne – Droit civil, Ministère du Procureur Général

Julian Porter, c.r., Professional Corporation

David Potts

Paul Schabas, Blake, Cassels, Graydon LLP

Andrew Scott, London School of Economics

Joanne St. Lewis, Faculté de droit – Université d'Ottawa

Hilary Young, Faculté de droit – Université du Nouveau-Brunswick

Notes

¹ *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130, paragraphe 120, [Église de scientologie].

² *Charte canadienne des droits et libertés, Loi constitutionnelle de 1982*, Partie 1, édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), 1982, ch. 11 [Charte].

³ Matthew Collins, *Collins on Defamation*, Oxford, Oxford University Press, 2014 [Collins on Defamation]. Robert Danay, « The Medium is Not the Message: Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation » (2010) 56 *McGill LJ* 1, 24 [The Medium is Not the Message].

⁴ Comité consultatif du ministère du Procureur général, *Report on the Law of Defamation*, novembre 1990. [Rapport MPG 1990]

⁵ *Loi sur la diffamation*, LRO 1990, chap. L. 12.

⁶ *Murray v Wishart*, [2014] NZCA 461; *Duffy v Google Inc.*, [2015] SASC 170 [Duffy v Google Inc]; *Dr Yeung, Sau Shing Albert v Google Inc.*, [2014] HKCFI 1404; *Richardson v Facebook*, [2015] EWHC 3154 (QB); *Tamiz v Google Inc.*, [2013] EWCA Civ. 6.

⁷ *Code criminel*, LRC 1985, ch. C-46, article 300.

⁸ Lisa Taylor, professeure à Ryerson, a par exemple laissé entendre dans un entretien récent que l'article 300 est invoqué à mauvais escient et qu'il devrait être supprimé : Mitchell Thompson, « Canada's Criminal Libel Laws May Threaten Free Speech », 14 novembre 2016, <http://www.i-source.ca/article/canada%E2%80%99s-criminal-libel-laws-may-threaten-free-speech>.

⁹ Nouveaux recours pour atteinte à la vie privée : *Jones v Tsige*, 2012 ONCA 3 [Tsige], et *Doe v D*, 2016 ONSC 541.

¹⁰ Porter Committee, *Report of the Committee on the Law of Defamation*, Londres, HMSO, 1948, 7, [Comité Porter].

¹¹ New South Wales Law Reform Commission, *Report 11 – Defamation*, (1971), paragraphe 12. [Commission du droit de la Nouvelle-Galles du Sud]

¹² Lire la discussion au chapitre 0.

¹³ *Barrick Gold Corp. V. Lopehandia* (2004), 71 OR (3d) 416 (CA). [Barrick]

¹⁴ Danay, note 3, The Medium is Not the Message.

¹⁵ Sur les motifs qui poussent les demandeurs à intenter des actions en diffamation, malgré le faible taux de réussite, voir M Friedman, *Guarding Life's Dark Secrets*, Stanford, Stanford University Press, 2007, page 235 [Friedman, Guarding].

¹⁶ Hilary Young, « Rethinking Canadian Defamation Law as Applied to Corporate Plaintiffs » (2013) 46 *UBC L Rev* 529 [Young, Rethinking]; David Howarth, « Libel: Its Purpose and Reform » (2011) 74 *MLR* 845, 873 [Howarth, Libel]. Voir cette discussion au chapitre V.

¹⁷ *Loi sur la diffamation*, note 5.

¹⁸ 15, 16 Geo 6, 1 Eliz 2, chapitre 66.

¹⁹ *Loi sur la diffamation*, note 5, articles 5-8.

²⁰ Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Proceedings of the Sixty-Fifth Annual Meeting, Held at Quebec, Quebec August, 1983*, pages 144–146, <http://www.qp.gov.sk.ca/documents/ULCC/1983ULCC0065.pdf>.

²¹ *Defamation: Report of the Saskatchewan Commissioners*, annexe G, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Actes de la 65^e réunion annuelle, 1983, page 96 [CHLC, Actes de 1983].

²² CHLC, Actes de 1983, note 21, page 98.

²³ Loi uniforme sur la diffamation (1994), <http://www.ulcc.ca/fr/reunions-annuelles/449-1994-charlottetown-pe-reunion-annuelle/documents-de-la-section-civile-1994/385-diffamation>

²⁴ Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Defamation*, LRC 83 (1985). [LRCBC, Defamation]

²⁵ Des modifications majeures de la *Libel and Slander Act* n'ont été apportées qu'en 2004 (article 6.1 sur la défense de commentaire loyal, et article 6.2 sur les actions contre les bibliothèques pédagogiques) : *Libel and Slander Act*, RSBC 1996, chapitre 263, modifiée le 21 octobre 2004.

²⁶ Rapport MPG 1990, note 4.

²⁷ *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, [2008] 2 RCS 420 [WIC Radio]; *Grant c. Torstar Corp.*, [2009] 3 RCS 640 [Grant].

²⁸ Le P^r Raymond Brown a recommandé lui aussi des réformes approfondies du droit canadien de la diffamation, notamment les trois suivantes : 1. supprimer la responsabilité stricte et adopter pour la faute une règle qui

corresponde aux règles générales sur les délits; 2. modifier la définition de « malveillance » en cas d'immunité relative, de sorte que la responsabilité soit basée sur l'attitude du défendeur vis-à-vis de la véracité de ce qui est diffusé plutôt qu'envers le demandeur; 3. soustraire de toute responsabilité l'expression des opinions, qu'elles portent ou non sur des affaires d'intérêt public, pour autant qu'elles ne comportent pas d'affirmations fausses ou diffamatoires : Raymond E Brown, *Defamation Law: A Primer*, Toronto, Carswell, 2003, pages 309-315.

²⁹ *Rapport à l'intention du procureur général*, Comité consultatif pour contrer les poursuites-bâillons, Toronto, ministère du Procureur général, 28 octobre 2010, https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/anti_slapp/anti_slapp_final_report_fr.html, pages 69-78, 90-92 [Rapport sur les poursuites-bâillons].

³⁰ *Loi de 2015 sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques*, L.O. 2015, chap. 23 [LPDPAP].

³¹ L'expression « poursuites-bâillons » désigne les procès stratégiques contre la mobilisation publique. Voir le rapport sur les poursuites-bâillons, note 29.

³² *WIC Radio*, note 27.

³³ *Grant*, note 27.

³⁴ *Grant*, note 27, paragraphe 97.

³⁵ *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19 [Black]; *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18 [Banro].

³⁶ *Black*, note 35, paragraphe 32; *Banro*, note 35, paragraphe 56.

³⁷ *Black*, note 35, paragraphe 15; *Banro*, note 35, paragraphe 3.

³⁸ *Crookes c. Newton*, [2011] 3 RCS 269 [Crookes].

³⁹ *Crookes*, note 38, paragraphe 36.

⁴⁰ *Crookes*, note 38, paragraphe 43.

⁴¹ *Shtaij v. Toronto Life Publishing Co Ltd*, 2013 ONCA 405, [Shtaij]; *Barrick*, note 13; *Baglow v. Smith*, 2015 ONSC 1175, [Baglow 2015]; *Warman v. Fournier*, 2015 ONCA 873, [Fournier 2015].

⁴² *Goldhar v. Haaretz.com*, 2016 ONCA 515, autorisation de pourvoi accordée, 2017 CanLII 12231 (CSC). [Goldhar]

⁴³ *Shtaij*, note 41, paragraphe 20.

⁴⁴ Comité Porter, note 10.

⁴⁵ Comité Porter, note 10, 9.

⁴⁶ Comité Porter, note 10, 48.

⁴⁷ L.O. 1958, c 51.

⁴⁸ *Report of the Committee on Defamation*, Londres, Her Majesty's Stationary Office, 1975 [Rapport du comité Faulks].

⁴⁹ Le droit britannique a influencé à son tour l'évolution du droit canadien. Voir par exemple *Église de scientologie*, note 1, paragraphe 136.

⁵⁰ *Defamation Act 2013* (R.-U.), chapitre 26 [UKDA 2013].

⁵¹ Joint Committee on the Draft Defamation Bill, *Draft Defamation Bill, Session 2010-12, Report*, avec les actes officiels, Londres, Chambre des lords et Chambre des communes, 12 octobre 2011, <https://publications.parliament.uk/pa/jt201012/jtselect/jtdefam/203/20302.htm> [Rapport du comité mixte].

⁵² David Howarth a critiqué les réformes britanniques, parce qu'on y a refusé de « réfléchir aux fondements » et donc qu'on n'a pas tenu compte de la fonction de protection « des droits fondamentaux des personnes dans la société » qu'exerce la diffamation : Howarth, Libel, note 16.

⁵³ David Mangan, « Regulating for Responsibility: Reputation and Social Media » (2015) 29 *Int'l Rev. L. Computers, Tech.*, pages 16, 18 [Mangan, Regulating].

⁵⁴ Mangan, Regulating, note 53, page 16.

⁵⁵ Northern Ireland Law Commission, *Defamation Law in Northern Ireland*, NILC 19, 2014. [Commission du droit de l'Irlande du Nord]

⁵⁶ Andrew Scott, *Reform of Defamation Law in Northern Ireland: Recommendations to the Department of Finance*, juin 2016, <https://www.finance-ni.gov.uk/publications/review-law-defamation>. [Scott, Recommendations]

⁵⁷ Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Defamation, Discussion Paper No 161*, Édimbourg, mars 2016, http://scotlawcom.gov.uk/files/5114/5820/6101/Discussion_Paper_on_Defamation_DP_No_161.pdf,

[Commission du droit de l'Écosse]. La commission a ensuite publié un projet de loi pour consultation : *Defamation and Malicious Publications (Scotland) Bill*, projet pour consultation.

⁵⁸ Commission du droit de l'Écosse, note 57, 1.18.

⁵⁹ Commission du droit de l'Écosse, note 57, 1.20.

⁶⁰ Irlande, Department of Justice and Equality, *Review of the Defamation Act 2009 – Public Consultation, Invitation for Submissions*, 1^{er} novembre 2016, http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/Review_of_the_Defamation_Act_2009_Public_Consultation

⁶¹ Irlande, Department of Justice and Equality, note 60.

⁶² Il semble que ces mesures ne soient pas si uniformes que cela : David Rolph, « A Critique of the National, Uniform Defamation Laws » (2008) 16 *Torts LJ* 207. [Rolph, A Critique]

⁶³ Australia Law Reform Commission, *Unfair Publication: Defamation and Privacy*, rapport n° 11, Canberra, 1979. [Commission de réforme du droit de l'Australie]

⁶⁴ Commission de réforme du droit de l'Australie, note 63, pages 17-25.

⁶⁵ Commission de réforme du droit de l'Australie, note 63, sommaire, pages ix-xi.

⁶⁶ Voici quelques rapports des États sur le sujet : Commission du droit de la Nouvelle-Galles du Sud, *Report 75 (1995) – Defamation*, Sydney, Commission du droit de la Nouvelle-Galles du Sud, 1995; Commission du droit de l'Australie-Occidentale, *Project No 8 – Part II Defamation*, Perth, Commission du droit de l'Australie-Occidentale, 1979, 3.3-3.5.

⁶⁷ Dates d'entrée en vigueur des nouvelles lois sur la diffamation : 1^{er} janvier 2006, Nouvelle-Galles-du-Sud (*Defamation Act 2005*), Victoria (*Defamation Act 2005*), Australie-Méridionale (*Defamation Act 2005*), Australie-Occidentale (*Defamation Act 2005*), Queensland (*Defamation Act 2005*), Tasmanie (*Defamation Act 2005*); 23 février 2006, Territoire de la capitale de l'Australie; 26 avril 2006, Territoire du Nord (*Civil Law (Wrongs) Act 2002*).

⁶⁸ *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick*, [2002] HCA 56 [Gutnick].

⁶⁹ *Google Inc v. Duffy*, [2017] SASFC 130.

⁷⁰ Discussion d'autres sources du droit : *Collins on Defamation*, note 3, pages 16-20.

⁷¹ *Communications Decency Act*, 47 U.S. Code, article 230.

⁷² Allégation exprimée dans l'arrêt *Black* de la CSC. Les États-Unis ont adopté une loi rendant les jugements étrangers en matière de libelle inexécutoires sauf si la loi sur laquelle ils reposent est conforme au premier amendement : *Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act* § 4102 Public Law 111-223 – 10 août 2010 [SPEECH Act].

⁷³ *Code civil du Québec*, LQ 1991, chapitre 64, article 1457.

⁷⁴ Robert Danay, note 3, *The Medium is Not the Message*.

⁷⁵ Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, ETS 5 [Convention européenne des droits de l'homme]. Sur le droit au respect de la vie privée dans le contexte d'une action en diffamation, *Pfeifer c. Autriche*, (2007) 48 EHRR 175, 183, paragraphe 35. [Pfeifer]

⁷⁶ *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, (13 mai 2014) Doc. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 [Google Spain].

⁷⁷ *Najafli c. Azerbaijan*, requête n° 2594/07, [2012] ECHR 1772; *Thorgeirson c. Islande* (1992), requête n° 13778/88; *Castells c. Espagne* (1992), requête n° 11798/85, 14 EHRR 445.

⁷⁸ Par exemple *St Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, paragraphe 29 (journaliste assigné à comparaître pour fournir le nom des sources de ses articles. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme invoque l'effet de dissuasion que la divulgation des sources peut avoir sur le journalisme).

⁷⁹ Raymond Brown, *The Law of Defamation in Canada*, Thompson Carswell, classeur, vol. 1, ch. 2, « History of Defamation ».

⁸⁰ *Thorley v Kerry* (1812), 128 ER 367.

⁸¹ Coles Van Vechter Veeder, « The History and Theory of the Law of Defamation », (1903) 3 *Columbia L Rev* 546.

⁸² David Ipp, « Themes in the Law of Torts », (2007) 81 *Australian Law Journal* 609, 615, cité dans *Collins on Defamation*, note 3, page 3.

⁸³ Paul C. Weiler, « Defamation, Enterprise Liability, and Freedom of Speech », (1967) 17 *UTLJ* 278, 306.

-
- ⁸⁴ Friedman, *Guarding*, note 15, page 7.
- ⁸⁵ Mark A.B. Donald, « Roadkill or Sacred Cow? Defining 'Reputation' in 21st Century Defamation Law », Association du barreau de l'Ontario, OBA.org, 29 avril 2014.
- ⁸⁶ Robert C. Post, « The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution » (1986) 74 *Cal L Rev* 693 [Post, Social Foundations].
- ⁸⁷ Discussion des valeurs qui sous-tendent la réputation et la liberté d'expression : Peter A Downard, *Libel*, Markham, LexisNexis, 2014, chapitre 2. [Downard, *Libel*]
- ⁸⁸ Charte, note 2.
- ⁸⁹ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 316 (1937); *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, paragraphe 23.
- ⁹⁰ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 RCS 1326, lignes 1339-1340. Certaines restrictions existent : le paragraphe 2b) de la Charte ne s'applique pas par exemple à l'expression violente : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927, ligne 970 [Irwin Toy].
- ⁹¹ *Irwin Toy*, note 90, lignes 976-977; *R c. Keegstra*, [1990] 3 RCS 627, lignes 762-763 [Keegstra].
- ⁹² Victoria Nash, « Analyzing Freedom of Expression Online: Theoretical, Empirical and Normative Contributions » dans William H Dutton, dir., *The Oxford Handbook of Internet Studies*, Caroline du Nord, Carolina Academic Press, 2001, 4; Keegstra, note 91, paragraphes 804-805; T.I. Emerson, « Towards A General Theory of the First Amendment » (1963) 72 *Yale LJ* 877, 879.
- ⁹³ Heejung S. Kim, David K. Sherman, « Express Yourself: Culture and the Effect of Self-Expression on Choice » (2007) 92 *Journal of Personality and Social Psychology* 1, 2 [Kim, Sherman, *Express*].
- ⁹⁴ Kim, Sherman, *Express*, note 93, 2.
- ⁹⁵ Kim, Sherman, *Express*, note 93, 2.
- ⁹⁶ Keegstra, note 91, 762-763; *Irwin Toy*, note 91, 976-977; Dawn C. Nunziato, *Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Californie, Stanford University Press, 2009, page 25.
- ⁹⁷ J.S. Mill, *On Liberty*, Kitchener, Batoche Books, 2001, page 19.
- ⁹⁸ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630; Keegstra, note 91, 762-763; *Irwin Toy*, note 90, 976-977.
- ⁹⁹ Keegstra, note 91, 802-803.
- ¹⁰⁰ Keegstra, note 91.
- ¹⁰¹ *Grant*, note 27.
- ¹⁰² *WIC Radio*, note 27; *Grant*, note 27; *Crookes*, note 38.
- ¹⁰³ *Église de scientologie de Toronto*, note 1, paragraphe 95.
- ¹⁰⁴ Post, *Social Foundations*, note 86.
- ¹⁰⁵ Young, *Rethinking*, note 16, pages 529, 543.
- ¹⁰⁶ Post, *Social Foundations*, note 86, 711.
- ¹⁰⁷ Post, *Social Foundations*, note 86, 715.
- ¹⁰⁸ Post, *Social Foundations*, note 86, 721.
- ¹⁰⁹ David Rolph, *Reputation, Celebrity and Defamation Law*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2008.
- ¹¹⁰ Lawrence McNamara, *Reputation and Defamation*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- ¹¹¹ David S. Ardia, « Reputation in a Networked World: Revisiting the Social Foundations of Defamation Law » (2010) 45 *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* 261 [Ardia, Social Foundations]; Amy Kristin Sanders, « Defining Defamation: Evaluating Harm in the Age of the Internet » (2012) 3 *UB Journal of Media Law, Ethics* 112.
- ¹¹² Howarth, *Libel*, note 16.
- ¹¹³ *Reynolds v. Times Newspapers Ltd*, [2001] 2 AC 127, 201.
- ¹¹⁴ *Église de scientologie*, note 1, paragraphe 107.
- ¹¹⁵ Pfeifer, note 75.
- ¹¹⁶ Alastair Mullis, Andrew Scott, « The Swing of the Pendulum: Reputation, Expression and the Re-Centring of English Libel Law » (2012) 63 *Northern Ireland Legal Quarterly* 27 [Mullis, Scott, Pendulum]. Selon une étude récente, la réputation ne fait pas du tout partie de la vie privée, mais que l'atteinte à la réputation peut causer un préjudice à la vie privée : Tanya Aplin, Jason Bosland, « The Uncertain Landscape of Article 8 of the ECHR: the Protection of Reputation as a Fundamental Human Right? » [Aplin, Bosland], dans Andrew T. Kenyon, dir.,

Comparative Defamation and Privacy Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, page 265. [Kenyon, Comparative Defamation]

¹¹⁷ *R. c. Dyment*, [1988] 2 RCS 417, paragraphe 17 [*Dyment*].

¹¹⁸ *Dyment*, note 117, paragraphe 19.

¹¹⁹ *Dyment*, note 117, paragraphe 22, citant *L'ordinateur et la vie privée*, rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice, 1972, pages 12-15.

¹²⁰ *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43.

¹²¹ *R. c. Wise*, [1992] RCS 558, le juge La Forest citant M. Gutterman, « A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance » (1988) 39 *Syracuse L Rev* 647, page 706.

¹²² *Convention européenne des droits de l'homme*, note 75, article 8.

¹²³ David Rolph, « Vindicating Reputation and Privacy », dans Kenyon, *Comparative Defamation*, note 116, page 291 [Rolph, Vindicating].

¹²⁴ La réputation (que protège le droit de la diffamation) et la vie privée font intervenir des droits à la dignité : Chris D.L. Hunt, « The Common Law's Hodgepodge Protection of Privacy » (2015) 66 *UNBLJ* 161, 172 [Hunt, Hodgepodge]. Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dans laquelle elle interprète l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* illustrent le rapport étroit entre vie privée et réputation. L'article 8 protège le « droit au respect de la vie privée et familiale », dont il a été jugé qu'il inclut le respect de la réputation en tant qu'élément de la vie privée : Cameron Doley, Alastair Mullis, *et al.*, *Carter-Ruck on Libel and Privacy*, 6^e éd., LexisNexis, 2009.

¹²⁵ Discussion de la relation entre les deux causes d'action dans *Terry v. Persons Unknown (Rev 1)*, [2010] EWHC 119 (QB). *Chandra v. CBC*, 2015 ONSC 2980.

¹²⁶ *Grant*, note 27, paragraphes 102, 111.

¹²⁷ *Law of Libel Amendment Act 1888* (51,52 Vict. chapitre 64).

¹²⁸ Comité Porter, note 10.

¹²⁹ Comité Porter, note 10, page 49.

¹³⁰ *An Act to Amend The Libel and Slander Act*, L.O. 1980, chap. 35; voir le rapport dans lequel la LRCBC recommande d'actualiser la *Libel and Slander Act* (Colombie-Britannique) de sorte qu'elle s'applique à la télévision par câble en plus des diffuseurs classiques : Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Cable Television and Defamation*, LRC 50, mars 1981, [www.bcli.org/sites/default/files/LRC50-Cable Television and Defamation.pdf](http://www.bcli.org/sites/default/files/LRC50-Cable%20Television%20and%20Defamation.pdf).

¹³¹ Même le juge Eady, spécialiste réputé de la diffamation, compare Internet à l'imprimerie : [TRADUCTION] « la récente révolution dans les communications peut se comparer à l'invention de l'imprimerie, mais à une plus grande échelle, numériquement et géographiquement », « News: Eady lecture launches Centre for Law, Justice and Journalism », discours de 2010 à la City University de Londres, *Inform's Blog*, <https://inform.wordpress.com/2010/03/10/eady-lecture-launches-centre-for-law-justice-and-journalism/>.

¹³² Matthew Collins, *The Law of Defamation and the Internet*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, page 35 [Collins 2010].

¹³³ Les hyperliens sont « des synapses, c'est-à-dire des régions de contact du World Wide Web ». La mise en tramage est le fait d'insérer dans une page Web des données provenant d'une autre page Web : *Collins on Defamation*, note 3, page 99.

¹³⁴ Collins 2010, note 132.

¹³⁵ Rien n'empêche un ami de faire circuler un billet diffamatoire sur Facebook, ce qui peut déclencher une réaction en chaîne et à toutes fins utiles, rend le billet public. Exemple récent dans *Pritchard v. Van Nes*, 2016 BCSC 686. [*Van Nes*]

¹³⁶ Sophie Kay, « Snapchat: Ephemeral or Eternal? », *Inform's Blog*, 3 novembre 2016, <https://inform.wordpress.com/2016/11/03/snapchat-ephemeral-or-eternal-sophie-kay/>.

¹³⁷ Robert Danay, note 3, *The Medium is Not the Message*.

¹³⁸ Discussion des caractéristiques d'Internet : David A Potts, *Cyberlibel: Information Warfare in the 21st Century*, Toronto, Irwin Law, 2010, chapitre 5.

¹³⁹ Collins 2010, note 132, pages 36-42.

¹⁴⁰ Collins 2010, note 132, page 33.

¹⁴¹ De façon générale, Emily Laidlaw, *Regulating Speech in Cyberspace: Gatekeepers, Human Rights and Corporate Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015. [Laidlaw, Regulating Speech]

¹⁴² Collins 2010, note 132, 19.

¹⁴³ « Mettre en mémoire cache », c'est stocker temporairement dans une section réservée de la mémoire informatique, afin que les données puissent ensuite être rapidement récupérées : Collins 2010, note 132, page 27.

¹⁴⁴ Collins 2010, note 132, page 27.

¹⁴⁵ Crookes, note 38, paragraphe 34, citant Collins 2010, note 132.

¹⁴⁶ Des intermédiaires Internet ont déjà censuré des informations malveillantes : Dawn C. Nunziato, *Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Californie, Stanford University Press, 2009, 5-10.

¹⁴⁷ Collins 2010, note 132, page 79.

¹⁴⁸ Collins 2010, note 132, page 79.

¹⁴⁹ Collins 2010, note 132.

¹⁵⁰ Discussion de l'architecture d'Internet en tant que modalité qui régule les comportements dans le cyberspace : Lawrence Lessig, « The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach » (1999) 113 *Harvard LR* 501, 507 [Lessig, Law of the Horse].

¹⁵¹ En raison souvent des difficultés d'accès dans un seul lieu physique, pouvant être très éloigné de la plupart des consommateurs.

¹⁵² Manuel Castells, *Change. The Impact of the Internet on Society: A Global Perspective*, <https://www.technologyreview.com/s/530566/the-impact-of-the-internet-on-society-a-global-perspective/>, [Castells, Change].

¹⁵³ Castells, Change, note 152.

¹⁵⁴ Castells, Change, note 152.

¹⁵⁵ Andrew Murray, *Information Technology Law: the Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 106.

¹⁵⁶ Par exemple : *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR Inc.*, 2011 CSC 9.

¹⁵⁷ Gutnick, note 68, le juge Kirby.

¹⁵⁸ Rapport du comité mixte, note 51.

¹⁵⁹ Le demandeur est tenu aux termes de la *Loi sur la diffamation* de donner avis au journal ou au diffuseur dans les 6 semaines de l'introduction de l'action qu'il introduit contre lui pour libelle diffamatoire, puis de l'intenter dans les 3 mois : *Loi sur la diffamation*, note 5, articles 5, 6. Aucune disposition semblable n'existe en Colombie-Britannique. Le demandeur qui rate ces délais sera donc tenté d'établir avec celle-ci un « lien réel et substantiel ».

¹⁶⁰ M. Schacter, 3^e éd., *The Law of Internet Speech*, Durham (Caroline du Nord), Carolina Academic Press, 2008, 35, [Schacter, *Internet Speech*]; Jacob Rowbottom, « The Protection of Expression in the UK: Old Principles in a Digital World » dans Oreste Pollicino, Graziella Romeo, dir., *The Internet and Constitutional Law*, Routledge, 2016, page 199 [Rowbottom, Protection].

¹⁶¹ Rowbottom, Protection, note 160.

¹⁶² Statista, *The Blogosphere Expands*, <https://www.statista.com/chart/161/number-of-blogs-worldwide/>.

¹⁶³ Hilary Young, « The Canadian Defamation Action: An Empirical Study » (30 juin 2016), pages 15-16, <https://ssrn.com/abstract=2802787>.

¹⁶⁴ Par exemple, le National NewsMedia Council, créé en 2015 pour remplacer les conseils de presse provinciaux. National NewsMedia Council, « About Us », <http://mediacouncil.ca/about-us/>.

¹⁶⁵ Stephen J.A. Ward, « Digital Media Ethics », Centre for Journalism Ethics, University of Wisconsin-Madison, <https://ethics.journalism.wisc.edu/resources/digital-media-ethics/> [Ward, Digital Media Ethics].

¹⁶⁶ Danay, note 3, *The Medium is Not the Message*.

¹⁶⁷ Jack M. Balkin, « The Future of Free Expression in a Digital Age » (2009), 36 *Pepperdine LR* 427 [Balkin, The Future]; Jack M. Balkin, « Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society », (2004) 79 *NYULR* 1, 2. [Balkin, Digital Speech]

¹⁶⁸ Dragos Cucoreanu, *Aspects of Regulating Freedom of Expression on the Internet*, Intersentia, 2008, page 139 [Cucoreanu, Aspects].

¹⁶⁹ Glenn Reynolds, *An Army of Davids: How Markets and Technology Empower Ordinary People to Beat Big Media, Big Government and Other Goliaths*, Thomas Nelson, 2007.

¹⁷⁰ Ce qui ne revient pas à affirmer qu'Internet est à la portée de tous – accroître l'accès à Internet est toujours un objectif gouvernemental majeur au Canada et dans les organismes internationaux : « Arrivée de services Internet plus rapides et plus fiables dans les collectivités rurales partout au Canada », Gouvernement du Canada, communiqué de presse du 8 avril 2016, <https://www.canada.ca/fr/innovation-sciences-developpement-economique/nouvelles/2016/04/arrivee-de-services-internet-plus-rapides-et-plus-fiables-dans-les-collectivites-rurales-partout-au-canada.html> ; James Vincent, « UN Condemns Internet Access Disruption as a Human Rights Violation », *The Verge*, (4 juillet 2016), <https://www.theverge.com/2016/7/4/12092740/un-resolution-condemns-disrupting-internet-access>.

¹⁷¹ Cucereanu, *Aspects*, note 168, page 140.

¹⁷² Baglow 2015, note 41, paragraphes 202, 206; *Smith v. ADVFN plc*, [2008] EWHC 1797, paragraphe 14.

¹⁷³ Lessig, *Law of the Horse*, note 150, page 508; Jeremy Keeshin, « Social Norms on Internet: How To Create Productive Digital Communities » (2010), pages 1-6, <http://thekeesh.com/docs/norms.pdf>; Collins 2010, note 132, page 81.

¹⁷⁴ Schacter, *Internet Speech*, note 160, pages 13-14, citant *American Civil Liberties Union v. Reno*, 929 F Supp 824, 881 (ED Pa 1996), confirmé par 521 U.S. 844 (1997).

¹⁷⁵ Crookes, note 38, paragraphe 34; Collins 2010, note 132, page 75.

¹⁷⁶ Cucereanu, *Aspects*, note 168, page 140. Le sujet fait débat : Matthew Hindman, *The Myth of Digital Democracy*, New Jersey, Princeton University Press, 2009, chapitre 6.

¹⁷⁷ Ward, *Digital Media Ethics*, note 165.

¹⁷⁸ Daphne Keller, « Empirical Evidence of 'Over-Removal' by Internet Companies under Intermediary Liability Law », Stanford Center for Internet and Society, 12 octobre 2015, <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/empirical-evidence-over-removal-internet-companies-under-intermediary-liability-laws>. [Keller]

¹⁷⁹ Lessig, *Law of the Horse*, note 150, page 505.

¹⁸⁰ Schacter, *Internet Speech*, note 160, page 110.

¹⁸¹ Schacter, *Internet Speech*, note 160, page 110, citant *Blumenthal v. Drudge*, 992 F Supp 44, 48 n7 (DDC 1998).

¹⁸² Barrick, note 13, paragraphe 30.

¹⁸³ Crookes, note 38, paragraphe 25.

¹⁸⁴ Lessig, *Law of the Horse*, note 150, page 501.

¹⁸⁵ Danay, note 3, *The Medium is Not the Message*.

¹⁸⁶ Danay, note 3, *The Medium is Not the Message*, page 14.

¹⁸⁷ L'évolution de la nature de la réputation en ligne est devenue une question politique majeure au Canada, comme en témoigne une étude récente du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada. Conformément à son mandat, le Commissaire étudie la question du point de vue du droit à la vie privée. Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Réputation en ligne Que dit-on à mon sujet?* Document de travail, 2016, https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/recherche/consulter-les-travaux-de-recherche-sur-la-protection-de-la-vie-privee/2016/or_201601/ [CPVPC, Réputation en ligne].

¹⁸⁸ CPVPC, Réputation en ligne, note 187, page 2.

¹⁸⁹ Deloitte, *2014 Global Survey on Reputation Risk*, octobre 2014, citant Simon Cole, *The Impact of Reputation on Market Value* (2012) 13 *World Economics* 47, <https://www2.deloitte.com/global/en/pages/governance-risk-and-compliance/articles/reputation-at-risk.html> [Deloitte, 2014 Global Survey].

¹⁹⁰ Deloitte, 2014 Global Survey, note 189.

¹⁹¹ Jane Bailey, Valerie Steeves, codirectrices du eQuality Project, *Defamation Law in the Age of the Internet: Young People's Perspectives*, rapport commandé par la CDO, juin 2017 [Bailey, Steeves]. Lesley A. Jacobs, Nachshon Goltz, Matthew McManus, *Privacy Rights in the Global Digital Economy: Legal Problems and Canadian Paths to Justice*, Toronto, Irwin Law, 2014, page 48.

¹⁹² Mary Madden, Aaron Smith, *Reputation Management and Social Media*, Pew Internet, 2010, <http://www.pewinternet.org/2010/05/26/reputation-management-and-social-media/>.

- ¹⁹³ Par exemple, Jessica Twentyman, « Reputation Management: Whatever Happens, Be Responsive and Remain Positive: Companies Should Listen to What People Say About Them », (5 novembre 2013), *Financial Times*, <https://www.ft.com/content/787c5eca-2f3c-11e3-ae87-00144feab7de>.
- ¹⁹⁴ CPVPC, Réputation en ligne, note 189, pages 11-12.
- ¹⁹⁵ Daniel J. Solove, *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*, New Haven, Yale University Press, 2007 [Solove, Future of Reputation].
- ¹⁹⁶ Solove, Future of Reputation, note 195, page 17.
- ¹⁹⁷ Solove, *Future of Reputation*, note 195, page 35.
- ¹⁹⁸ *WIC Radio*, note 27; *Grant*, note 27.
- ¹⁹⁹ Danay, note 3, 24.
- ²⁰⁰ *Baglow* 2015, note 41, paragraphe 55.
- ²⁰¹ *Baglow* 2015, note 41, paragraphe 207.
- ²⁰² [TRADUCTION] « Conclure au sens diffamatoire dépend tellement du contexte que la décision n'aura aucune valeur jurisprudentielle », Hilary Young, « But Names Won't Necessarily Hurt me: Considering the Effect of Disparaging Statements on Reputation » (2011) 37 *Queen's LJ* 1, 10 [Young, But Names].
- ²⁰³ *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 RCS 3, [Botiuk].
- ²⁰⁴ Eric Barendt, « What is the Point of Libel Law? » (1999) 52 *Current Legal Problems* 110, 120; Ursula Cheer « Divining the Dignity Torts: A Possible Future for Defamation and Privacy » [Cheer], dans Kenyon, *Comparative Defamation*, note 116, pages 309, 310.
- ²⁰⁵ *Grant*, note 27, paragraphe 28.
- ²⁰⁶ Lyrissa Barnett Lidsky, « Defamation, Reputation, and the Myth of Community » (1996) 71 *Wash L Rev* 1; Amy Kristin Sanders, « Defining Defamation: Community in the Age of the Internet » (2010) 15 *Comm Law, Policy* 231. [Sanders, Defining Defamation 2010]
- ²⁰⁷ *Crookes*, note 38, paragraphe 39, citant *Botiuk*, note 203, paragraphe 63.
- ²⁰⁸ Il y a aussi l'« effet à l'égard des tiers », forme de partialité relevant des sciences sociales et favorisant une conclusion d'atteinte à la réputation : Young, But Names, note 202.
- ²⁰⁹ Young, But Names, note 202, pages 9-15.
- ²¹⁰ Young, But Names, note 202, pages 33-34.
- ²¹¹ Spencer Keys, « Reconceptualizing Reputation and Defamation for Cyber Speech: An analysis of *Baglow v. Smith* », Ad IDEM Freedom of Expression Writing Prize 2016 (11 septembre 2016), http://www.adidem.org/2016_Ad_IDEM_Freedom_of_Expression_Writing_Prize_Winning_Submission [Keys, Reconceptualizing]; Gary Chan Kok Yew, « Reputation and Defamatory Meaning on the Internet: Communications, Contexts and Communities » (2015) 27 *SAC LJ* 694.
- ²¹² *Baglow v. Smith* 2012 ONCA 407, paragraphe 28.
- ²¹³ *Baglow* 2015, note 41.
- ²¹⁴ *Baglow* 2015, note 41, paragraphe 207.
- ²¹⁵ Young, But Names, note 202, page 13.
- ²¹⁶ *WIC Radio*, note 27. Le juge LeBel a toutefois écrit pour la minorité que l'énoncé n'était pas diffamatoire dans le contexte dans lequel il avait été exprimé.
- ²¹⁷ Souligné par la Haute cour de la Nouvelle-Zélande dans *Karam v. Parker*, [2014] NZHC 737, par. 29. [Karam]
- ²¹⁸ Keys, Reconceptualizing, note 211.
- ²¹⁹ Keys, Reconceptualizing, note 211.
- ²²⁰ Emily Laidlaw, Hilary Young, *Internet Intermediary Liability in Defamation: Proposals for Statutory Reform*, rapport commandé par la CDO, page 1, <http://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2017/07/DIA-Commissioned-Paper-Laidlaw-and-Young.pdf> [Laidlaw, Young]
- ²²¹ Laidlaw, Young, note 220, page 5, citant *Oriental Press v. Fevaworks Solutions Ltd*, [2013] HKCFA 47, paragraphe 57.
- ²²² La *Loi sur la diffamation* aide à propos des éléments à apporter pour prouver la publication (au sens de cette loi), car « [I]es mots diffamatoires imprimés dans un journal, ou radiodiffusés ou télédiffusés sont réputés être publiés » : *Loi sur la diffamation*, note 5, article 2, paragraphe 8(2).

-
- ²²³ Laidlaw, Young, note 220, page 4.
- ²²⁴ Laidlaw, Young, note 220, pages 7-10.
- ²²⁵ *Byrne v. Deane*, [1937] 1 KB 818 (CA).
- ²²⁶ Laidlaw, Young, note 220, page 5.
- ²²⁷ Discussion dans Jaani Riordan, *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 8.08 – 8.28, [Riordan].
- ²²⁸ *Crookes*, note 38, 2011 CSC 47.
- ²²⁹ Andrew Scott, « Consultation Paper: Defamation Law in Northern Ireland », *Northern Ireland Law Commission*, page 61, http://www.nilawcommission.gov.uk/final_version_-_defamation_law_in_northern_ireland_consultation_paper_-_nilc_19_2014_.pdf [Scott, document de travail]
- ²³⁰ *Emmens v. Pottle* (1885) QBD 354; *Crookes*, note 38, paragraphe 20.
- ²³¹ *Defamation Act 1996* (R.-U.), chapitre 31, article 1 [UKDA 1996]; UKDA 2013, note 50, article 5.
- ²³² Laidlaw, Young, note 220, pages 5-6.
- ²³³ Laidlaw, Young, note 220, pages 9-10.
- ²³⁴ Laidlaw, Young, note 220, pages 1-2, 82-83.
- ²³⁵ *Loi sur la diffamation*, note 5, article 2, paragraphe 8(2).
- ²³⁶ *Manson v. Moffett*, 2008 ONSC, paragraphe 8.
- ²³⁷ *Crookes*, note 38, paragraphes 14, 108, 126.
- ²³⁸ *Crookes*, note 38, paragraphe 110.
- ²³⁹ *Trumm v. Norman*, [2008] EWHC 116 (QB), paragraphes 33-37.
- ²⁴⁰ *Collins on Defamation*, note 3, paragraphe 4.12.
- ²⁴¹ Riordan, note 227, paragraphe 8.42.
- ²⁴² *Buddhist Society of Western Australia Inc v. Bristile Ltd*, [2000] WASCA 210 (Australie).
- ²⁴³ *Collins on Defamation*, note 3, paragraphes 4.31 à 4.33.
- ²⁴⁴ Kevin Kelly, *The Inevitable*, Viking, 2016, [The Inevitable].
- ²⁴⁵ *Collins on Defamation*, note 3, paragraphe 4.96. Des principes similaires s'appliquent à propos de la répétition des propos diffamatoires par des diffuseurs secondaires : Raymond A Brown, *Defamation Law: A Primer*, 2^e éd., Carswell, 2013, 107.
- ²⁴⁶ *Collins on Defamation*, note 3, paragraphes 4.104 à 4.106. Aussi John Gregory, « Does Including a Forwarding Feature to Defamation Amount to Republication », *Slaw* (19 février 2015), <http://www.slaw.ca/2015/02/19/does-including-a-forwarding-feature-to-defamation-amount-to-republication/>.
- ²⁴⁷ *Van Nes*, note **Error! Bookmark not defined.**
- ²⁴⁸ *Van Nes*, note **Error! Bookmark not defined.**, paragraphe 113.
- ²⁴⁹ *Van Nes*, note **Error! Bookmark not defined.**, paragraphe 32.
- ²⁵⁰ *Van Nes*, note **Error! Bookmark not defined.**, paragraphe 83.
- ²⁵¹ Laidlaw, Young, note 220, page 32 et la discussion à la note 139. Daniel W. Burnett, c.r., « The New Face of Defamation » dans Archibald, Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation 2016*, Thomson Reuters, 2016, 409, 417.
- ²⁵² Emily Laidlaw, « Pritchard v. Van Nes: Imposing Liability on Perpetrator Zero of Defamatory Facebook Posts Gone Viral », *ABlawg.ca* (18 mai 2016), <http://ablawg.ca/2016/05/18/pritchard-v-van-nes-imposing-liability-on-perpetrator-zero-of-defamatory-facebook-posts-gone-viral/>.
- ²⁵³ *Gutnick*, note 68, paragraphe 27.
- ²⁵⁴ En Ontario, deux délais de prescription s'appliquent aux actions en diffamation. L'article 6 de la *Loi sur la diffamation* prévoit un délai de trois mois pour les articles imprimés dans des journaux ou radiodiffusés ou télédiffusés. L'article 6 vise aussi d'autres libelles diffamatoires commis par le défendeur dans l'année qui précède l'introduction de l'action. Toutes les autres diffusions diffamatoires (dont de nombreuses diffusions sur Internet) sont visées au délai général de prescription de deux ans que prévoit la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, chap. 24, Annexe B.
- ²⁵⁵ Par exemple : *Churchill v. State of New Jersey* (2005), 876 A (2d) 311 (Sup Ct of NJ, App Div), et la discussion dans *Shtaif*, note 41, paragraphes 27-29.
- ²⁵⁶ UKDA 2013, note 50, article 8.

- ²⁵⁷ *Churchill v. State of New Jersey* (2005), 876 A (2d) 311, 316 (Sup Ct of NJ App Div) cité dans *Shtaif v. Toronto Life Publishing*, 2013 ONCA 405, paragraphe 27-29.
- ²⁵⁸ Scott, *Recommendations*, note 56, paragraphe 2.110.
- ²⁵⁹ Scott, *Recommendations*, note 56, paragraphe 2.110, fn 131.
- ²⁶⁰ *Loi sur la diffamation*, note 5, article 6.
- ²⁶¹ En Angleterre, *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.*, [2002] QB 783 (CA); en Australie, *Gutnick*, note 68, paragraphe 56; en Colombie-Britannique, *Carter v. BC Federation of Foster Parents Assn*, 2005 BCCA 398.
- ²⁶² UKDA 2013, note 50, article 8.
- ²⁶³ Canadian Media Lawyers Association, *Submission to the Joint Committee on the Draft Defamation Bill* (31 mai 2011), page 9.
- ²⁶⁴ *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, note 254.
- ²⁶⁵ *Limitation Act 1980* (R.-U.), chapitre 58, article 4A.
- ²⁶⁶ Alastair Mullis et Cameron Doley, *Carter-Ruck on Libel and Privacy*, 6^e éd., Londres, LexisNexis, 2010, 35.
- ²⁶⁷ *WIC Radio*, note 27; *Grant*, note 27.
- ²⁶⁸ Howarth, note 16.
- ²⁶⁹ Howarth, note 16, 870.
- ²⁷⁰ Eugénie Brouillet, « Free Speech, Reputation, and the Canadian Balance » (2005-2006) 50 *N Y L Sch L Rev* 33, 53-54. [Brouillet]
- ²⁷¹ *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, paragraphe 32 [*Prud'homme*].
- ²⁷² *Prud'homme*, note 271, paragraphe 32.
- ²⁷³ Karen Eltis, *Is 'Truthtelling' Decontextualized Online Still Reasonable? Restoring Context to Defamation Analysis in the Digital Age*, document commandé par la CDO, juillet 2017, page 26, <http://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2017/07/DIA-Commissioned-Paper-Eltis.pdf> [Eltis]
- ²⁷⁴ Joseph Kary, « The Constitutionalization of Quebec Libel Law, 1848 – 2004 » (2004) 42 *Osgoode Hall LJ* 229, 267. [Kary]
- ²⁷⁵ *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] RCS 95; Brouillet, note 270, page 48.
- ²⁷⁶ Eltis, note 273, page 30.
- ²⁷⁷ Kary, note 274, page 267.
- ²⁷⁸ Kary, note 274, page 267.
- ²⁷⁹ *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974) [Gertz].
- ²⁸⁰ Gertz, note 279, 340-341.
- ²⁸¹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 289-90 (1964), discuté dans Joshua Azriel et Charles Mayo, « Fifty Years after *New York Times Co. v. Sullivan* and Forty Years After *Gertz v. Welch*: How these Twentieth Century Supreme Court Rulings Impact Twenty-First Century Online Social Media Libel Claims » (2014) 20 *BU J Sci, Tech L* 191, page 191.
- ²⁸² *Grant*, note 27, paragraphe 95.
- ²⁸³ *Grant*, note 27, paragraphe 62.
- ²⁸⁴ Eric Descheemaeker observe une incongruité apparente en ce que la véracité est une défense absolue pour les diffusions les plus vulgaires et les plus inutiles, mais la croyance raisonnable de véracité n'est une défense que pour les diffusions de questions d'intérêt public : Eric Descheemaeker, *Truth and Truthfulness in the Law of Defamation*, University of Edinburgh School of Law Research Paper n° 2014/26, page 12 [Descheemaeker, Truth].
- ²⁸⁵ Hilary Young, « 'Anyone... in any medium'? The Scope of Canada's Responsible Communication Defence » dans Kenyon, *Comparative Defamation*, note 116, pages 17, 32 [Young, Anyone]; Eric Descheemaeker, « Protecting Reputation: Defamation and Negligence » (2009) 29 *Oxford Journal of Legal Studies*, page 603.
- ²⁸⁶ Descheemaeker, Truth, note 284, page 11.
- ²⁸⁷ Eltis, note 273.
- ²⁸⁸ Eltis, note 273, page 34.
- ²⁸⁹ Selon de premiers éléments, le seuil relatif à l'intérêt public est interprété avec générosité, de sorte qu'il s'avère peu efficace pour limiter la défense de la communication responsable : Young, Anyone, note 285, page 26.

-
- ²⁹⁰ Eltis, note 273, page 34.
- ²⁹¹ Descheemaeker, Truth, note 284, page 19.
- ²⁹² Eltis, note 273; Danay, note 3. Selon Dan Burnett, il faudrait se pencher attentivement sur la nature de responsabilité stricte de la diffamation, et sur les présomptions de fausseté et de préjudice : Daniel W. Burnett, c.r., « The New Face of Defamation » dans Archibald, Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation 2016*, Thomson Reuters, 2016, pages 409, 425.
- ²⁹³ *Collins on Defamation*, note 3, page 170. Il y a eu quelques rares exceptions à cette règle. En Australie, avant l'adoption des lois uniformes en 2006, quelques États appliquaient la protection du droit de la diffamation à des faits diffamatoires réels d'ordre privé, dans les cas où leur diffusion ne procurait aucun avantage à la société : « Defamation and Privacy in an Era of 'More Speech' » dans Kenyon, Comparative Defamation, note 116, page 1.
- ²⁹⁴ *Reynolds v. Times Newspapers Ltd*, [2001] 2 AC 127, 192 per Lord Nicholls.
- ²⁹⁵ Descheemaeker, Truth, note 284, page 6.
- ²⁹⁶ Howarth, note 16, 865.
- ²⁹⁷ Rapport du comité Faulks, note 48, page 36.
- ²⁹⁸ Aux États-Unis, la présomption de fausseté a été inversée pour les actions contre des « personnalités publiques » : *Collins on Defamation*, note 3, page 654.
- ²⁹⁹ Descheemaeker, Truth, note 284.
- ³⁰⁰ Eltis, note 273, page 27.
- ³⁰¹ Eltis, note 273, page 27 (en italique dans l'original).
- ³⁰² *Grant*, note 27, paragraphe 59. Pour l'Angleterre, *Terry v. Persons Unknown* (Rev 1), [2010] EWHC 119 (QB).
- ³⁰³ Eltis, note 273, page 12.
- ³⁰⁴ Eltis, note 273, page 13.
- ³⁰⁵ *Thorley v. Lord Kerry* (1812) 4 Taunton 355; Eric Barendt, « What is the Point of Libel Law? » (1999) 52 *Current Legal Problems* 110, 121 [Barendt, What is the Point].
- ³⁰⁶ Barendt, What is the Point, note 305, page 120.
- ³⁰⁷ Barendt, What is the Point, note 305, page 122.
- ³⁰⁸ David Rolph, « Defamation law needs fundamental reform », *The Australian* (27 novembre 2015), <http://www.theaustralian.com.au/business/legal-affairs/david-rolph-defamation-law-needs-fundamental-reform/news-story/bff7b6ee531c535c68f4c271f1ffdc14>.
- ³⁰⁹ Mathilde Groppo, « Serious Harm: A Case Law Retrospective and Early Assessment », (2016) 8 *Journal of Media Law* 1, 6.
- ³¹⁰ UKDA 2013, note 50, article 1.
- ³¹¹ *Lachaux v. Independent Print*, [2017] EWCA Civ 1334, paragraphe 73. [Lachaux]
- ³¹² Erik Descheemaeker, « Three Errors in the Defamation Act 2013 » (2015) 6 *J European Tort Law* 24.
- ³¹³ *Cooke v. MGN*, [2014] EWHC 2831 (QB), paragraphe 36.
- ³¹⁴ *Lachaux*, note 311.
- ³¹⁵ *Lachaux*, note 311, paragraphe 72.
- ³¹⁶ Entretien d'intervenant, 2 février 2016.
- ³¹⁷ Downard, *Libel*, note 87, page 106.
- ³¹⁸ *Loi sur la diffamation*, note 5, article 22.
- ³¹⁹ UKDA 2013, note 50, article 2.
- ³²⁰ Alastair Mullis, Andrew Scott, « Tilting at Windmills: the Defamation Act 2013 » (2014) 77 *Modern Law Rev* 87, 89. [Mullis, Scott, Tilting at Windmills]
- ³²¹ *Grant*, note 27, paragraphe 33.
- ³²² *Église de scientologie*, note 1, paragraphe 143.
- ³²³ *Grant*, note 27, paragraphe 30.
- ³²⁴ Downard, *Libel*, note 87, page 154.
- ³²⁵ Rapport du comité mixte, note 51, page 63.
- ³²⁶ *Loi sur la diffamation*, note 5, article 3.
- ³²⁷ *Loi sur la diffamation*, note 5, article 4.

³²⁸ Robert Danay, note 3, *The Medium is Not the Message*.

³²⁹ Scott, document de travail, note 229, paragraphe 3.17.

³³⁰ *Ross v. New Brunswick Teachers' Assn*, 2001 NBCA 62, paragraphe 56, cité dans *WIC Radio*, note 27, paragraphe 26,

³³¹ *WIC Radio*, note 27.

³³² Selon l'article 23 de la *Loi sur la diffamation*, « la défense de commentaire loyal ne doit pas être rejetée au seul motif que la véracité de chacune des allégations de fait n'est pas établie si l'opinion exprimée constitue un commentaire loyal, eu égard aux faits [...] établis ». Selon l'article 24, elle « ne doit pas être rejetée au seul motif que le défendeur ou la personne qui a exprimé l'opinion, ou les deux, n'a pas cette opinion, si une personne pouvait honnêtement avoir cette opinion ».

³³³ *WIC Radio*, note 27.

³³⁴ *WIC Radio*, note 27, paragraphes 49-51.

³³⁵ *WIC Radio*, note 27, paragraphe 4.

³³⁶ L'idée d'élargir la portée de la défense n'était pas nouvelle. Soulignant en 1975 l'importance de cette défense, « rampart de la liberté d'expression », le Comité Faulks avait recommandé que le qualificatif « loyal » soit retiré, que la malveillance ne soit plus une exception à cette défense, et que l'exception s'applique aux commentaires qui « ne sont pas la véritable opinion du défendeur » : Rapport du comité mixte, note 51, pages 39, 41.

³³⁷ Timothy Pinto, « Defamation Act 2013: A boost for free speech – Part 1: Serious Harm, Truth and Honest opinion », *Inform's Blog*, <https://inform.wordpress.com/2013/05/21/defamation-act-2013-a-boost-for-free-speech-part-1-serious-harm-truth-and-honest-opinion-timothy-pinto/>.

³³⁸ *Spiller v. Joseph*, [2010] UKSC 53, paragraphe 99.

³³⁹ *Grant*, note 27. En Angleterre, *Reynolds v. Times Newspapers Ltd*, [1999] 4 All ER 609 et *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44 [*Jameel*, 2006]. En Australie, *Lange v. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 ALR 96. Le critère analogue a été supprimé au Royaume-Uni, et rétabli dans la *Defamation Act 2013*, dont l'article 4 crée la défense de diffusion de questions d'intérêt général. Une autre différence est que la défense britannique s'applique aux déclarations d'opinion et aux exposés des faits. Voir de façon générale Paul Schabas, Adam Lazier, « Defamation Law in Canada and England: Emerging Differences », chapitre 6, dans Weisenhaus, Young, dir., *Media Law and Policy in the Internet Age*, Hart, 2017.

³⁴⁰ *Grant*, note 27, paragraphe 85.

³⁴¹ *Grant*, note 27, paragraphe 86.

³⁴² La juge en chef McLachlin a souscrit à la conclusion de lord Hoffman dans *Jameel*, 2006, note 339, par. 54.

³⁴³ *Grant*, note 27, paragraphes 110-126 : a) la gravité de l'allégation, b) l'importance de la question pour le public, c) l'urgence de la question, d) la nature et la fiabilité des sources, e) si on a demandé et rapporté fidèlement la version des faits du demandeur, f) si l'inclusion de l'énoncé diffamatoire se justifiait, g) si l'intérêt public de l'énoncé diffamatoire réside-t-il dans son existence même, et non dans sa véracité? (« relation de propos »).

³⁴⁴ Young, Anyone, note 285.

³⁴⁵ Scott, dans Kenyon, *Comparative Defamation*, note 116, page 52.

³⁴⁶ Mullis, Scott, *Tilting at Windmills*, note 320.

³⁴⁷ *Young v. Toronto Star Newspapers Ltd* (2003) 66 OR (3d) 170, paragraphe 212, confirmé (2005) 77 OR (3d) 680 (CA).

³⁴⁸ Les dommages-intérêts punitifs sont une catégorie distincte, visant *non* à dédommager l'atteinte à la réputation du demandeur, mais à sanctionner le comportement répréhensible du défendeur : Raymond E. Brown, *Defamation Law: A Primer*, 2^e éd., Carswell, 2013, pages 328, 363.

³⁴⁹ *Awan v. Levant*, 2014 ONSC 6890, paragraphe 192, la juge Matheson, confirmé 2016 ONCA 970, autorisation de pourvoi refusée, 2017 CanLII 35113 (CSC).

³⁵⁰ Expression adoptée par David S. Ardia, « Freedom of Speech, Defamation, and Injunctions » (2013) 55 *William & Mary L Rev* 1.

³⁵¹ Sydney Archibald, « Rethinking Reputation in an Automated Age » (22 avril 2017), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2255046.

³⁵² *Barrick*, note 13, paragraphe 30.

³⁵³ Par exemple : *Sagman v. Politi*, 2014 ONSC 4183.

³⁵⁴ Quelques pays s'inquiètent que le montant des dommages-intérêts attribués par des jurys augmente de façon démentielle. En Irlande, la *Defamation Act 2009*, adoptée pour limiter les dommages-intérêts, n'a pas encore atteint cet objectif. En décembre 2014, 1 250 000 \$ ont été accordés dans *Leech v. Independent Newspapers (Ireland) Ltd*, [2014] IESC 79. Ce jugement a été critiqué au motif que l'attribution de dommages-intérêts dont on perd la maîtrise constitue une ingérence injustifiable dans la liberté d'expression : Scott Griffen, « In Depth: Libel Damages Squeeze Ireland's Press: Outsize Jury Awards are Turning Irish Journalism Into a Risky Business », International Press Institute, 4 janvier 2017, <http://ipi.media/in-depth-libel-damages-squeeze-irelands-press/>.

³⁵⁵ Marko Vesely, « Injunctions in Defamation Law », *The Truth About Defamation: Current Issues and Recent Decisions*, BHC FPC (18 janvier 2016) [Vesely, Injunctions].

³⁵⁶ David Potts, *Cyberlibel*, 2^e éd., citant Richard Peltz, « Fifteen Minutes of Infamy: Privileged Reporting and the Problem of Perpetual Reputational Harm » (2008) 34 *Ohio Northern University Law Review* 717, pages 718-719.

³⁵⁷ Vesely, Injunctions, note 355, page 1.

³⁵⁸ *Rapp v. McClelland, Stewart Ltd.* (1981), 34 OR (2d) 452, 455-456 (HC); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 RCS 626.

³⁵⁹ *Canadian National Railway Company v. Google Inc.*, 2010 ONSC 3121, paragraphe 8 [CNR].

³⁶⁰ CNR, note 359, paragraphe 13.

³⁶¹ Par exemple, *Busseri v. John Doe*, 2012 ONSC 5385.

³⁶² CNR, note 359, paragraphe 33.

³⁶³ *Astley v. Verdun*, 2011 ONSC 3651, paragraphe 21.

³⁶⁴ *Fournier* 2015, note 41, confirmant *Warman v. Fournier*, 2014 ONSC 412 [Fournier 2014]. *St. Lewis v. Rancourt*, 2015 ONCA 513.

³⁶⁵ *Barrick*, note 13, paragraphe 75.

³⁶⁶ *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 2017 CSC 34 [Equustek].

³⁶⁷ *Equustek*, note 366, paragraphe 41.

³⁶⁸ *Equustek*, note 366, paragraphe 41.

³⁶⁹ *Equustek*, note 366, paragraphes 25, 48.

³⁷⁰ *Niemela v. Malamas*, 2015 BCSC 1024 [Niemela].

³⁷¹ *Niemela*, note 370, paragraphes 33, 34.

³⁷² *Communications Decency Act*, article 230.

³⁷³ Laidlaw, *Are We Asking Too Much From Defamation Law? Reputation Systems, ADR, Industry Regulation And Other Extra-Judicial Possibilities For Protecting Reputation In The Internet Age: Proposal for Reform*, rapport commandé par la CDO, page 11, <http://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2017/07/DIA-Commissioned-Paper-Laidlaw.pdf>, [Are We Asking].

³⁷⁴ La *Loi sur la diffamation* encourage la rétractation par l'application de ses dispositions sur les avis, note 5, article 5. Ce régime des avis est discuté au chapitre V. Le Comité consultation du MPG avait recommandé en 1990 l'assouplissement de ces dispositions sur la rétractation, mais s'était en revanche prononcé contre la rétractation imposée par le tribunal, contraire à la liberté d'expression : Rapport MPG 1990, note 4, pages 6, 16.

³⁷⁵ *Fournier* 2014, note 364, paragraphe 37.

³⁷⁶ John G. Fleming, « Retraction and Reply: Alternative Remedies for Defamation » (1978) 12 *UBC L Rev* 15, 25. [Retraction and Reply]

³⁷⁷ Rapport MPG 1990, note 4, page 16; Fleming, Retraction and Reply, note 376, page 30; CHLC, Actes de 1983, note 21, pages 133-138.

³⁷⁸ UKDA 2013, note 50, article 12.

³⁷⁹ UKDA 2013, note 50, article 13.

³⁸⁰ Discussion au chapitre V.

³⁸¹ Même si les excuses peuvent ne pas être imposées par le tribunal, la *Loi sur la diffamation* les encourage, ainsi que la rétractation, prévoyant qu'elles servent à limiter les dommages-intérêts : note 5, articles 9, 20. Discussion dans Downard, Libel, note 87, page 294.

- ³⁸² Dominic McGoldrick, « The Limits of Freedom of Expression on Facebook and Social Networking Sites: A UK Perspective » (2013) 13 *Human Rights L Rev* 125, page 151.
- ³⁸³ Mullis, Scott, Tilting at Windmills, note 320, page 107.
- ³⁸⁴ Mullis, Scott, Tilting at Windmills, note 320, page 107.
- ³⁸⁵ Mullis, Scott, Tilting at Windmills, note 320, page 108.
- ³⁸⁶ Mike Masnick (2005) cité par Dale A. Herbeck, « Swimming in Cyber-Cesspools », dans Susan J. Drucker et Gary Gumpert, dir., *Regulating Social Media: Legal and Ethical Considerations*, page 50.
- ³⁸⁷ Ardia, Social Foundations, note 111, pages 314-315.
- ³⁸⁸ Commission de réforme du droit de l'Australie, note 63, page 31.
- ³⁸⁹ Par exemple, *St. Lewis v. Rancourt*, 2015 ONCA 513, autorisation de pourvoi refusée, 2016 CanLII 7600 (CSC). La procédure judiciaire a duré plus de 5 années, après la première diffusion diffamatoire.
- ³⁹⁰ Rowbottom, Protection, note 160, pages 196-197.
- ³⁹¹ Rowbottom, Protection, note 160, page 197.
- ³⁹² Amy Kristin Sanders, Defining Defamation 2010, note 206, page 131.
- ³⁹³ Solove, Future of Reputation, note 195, chapitre 5, page 121.
- ³⁹⁴ *Thorley v. Kerry* (1812) 128 ER 367, lord Mansfield.
- ³⁹⁵ Rapport du comité Faulks, note 48, pages 18-19.
- ³⁹⁶ Rapport du comité Faulks, note 48.
- ³⁹⁷ Alberta, Manitoba, Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Écosse, Île-du-Prince-Édouard, Terre-Neuve-et-Labrador, Yukon, Territoires du Nord-Ouest : liste complète dans Downard, Libel, note 87, page 311.
- ³⁹⁸ CHLC, Loi uniforme sur la diffamation, note 23.
- ³⁹⁹ Dans son rapport de 1985, la Law Reform Commission of British Columbia avait recommandé de supprimer la distinction : LRCBC, Defamation, note 24. La recommandation n'a pas été suivie, et la distinction perdure.
- ⁴⁰⁰ *Collins on Defamation*, note 3, page 57.
- ⁴⁰¹ La distinction ne s'applique pas en droit écossais. Elle a été supprimée en Irlande, mais continue de s'appliquer en Angleterre, au Pays de Galles et en Irlande du Nord : *Collins on Defamation*, note 3, pages 57-58.
- ⁴⁰² Par exemple, *Collins on Defamation*, note 3, page 58.
- ⁴⁰³ *Loi sur la diffamation*, note 5, article 16.
- ⁴⁰⁴ *Loi sur la diffamation*, note 5, article 17.
- ⁴⁰⁵ Par exemple, *Romano v. D'Onofrio* (2005), 77 OR (3d) 583 (CA).
- ⁴⁰⁶ Rapport du comité Faulks, note 48, page 20.
- ⁴⁰⁷ Danay, citant Glenn Harlan Reynolds, « Libel in the Blogosphere: Some Preliminary Thoughts » (2006) 84 *Wash U L Rev* 1157.
- ⁴⁰⁸ *Karam*, note 217, paragraphe 29.
- ⁴⁰⁹ *Loi sur la diffamation*, note 5.
- ⁴¹⁰ Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, octobre 2013, http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/AC_Report_English_Final.pdf [Comité d'action].
- ⁴¹¹ C'est l'un des thèmes qui sont revenus souvent durant les consultations ayant conduit à la promulgation de la *Defamation Act* 2013. Voir House of Commons, Joint Committee on the Draft Defamation Bill, « Summary » dans *First Report*, The Stationary Office Limited, Londres, 19 octobre 2011, page 3, <https://publications.parliament.uk/pa/jt201012/jtselect/jtdefam/203/20303.htm> [Joint Committee on the Draft Defamation Bill]. Alastair Mullis et Andrew Scott, « Opinion : "Lord Lester's Defamation Bill 2010: a distorted view of the public interest?" », *Inform's Blog*, 7 juillet 2010, <https://inform.wordpress.com/2010/07/07/opinion-lord-lester%E2%80%99s-defamation-bill-2010-a-distorted-view-of-the-public-interest-alastair-mullis-and-andrew-scott>.
- ⁴¹² Scott, Recommendations, note 56, paragraphe 1.05, citant le document de consultation de Commission du droit de l'Irlande du Nord, http://www.nilawcommission.gov.uk/final_version_-_defamation_law_in_northern_ireland_consultation_paper_-_nilc_19_2014_.pdf.
- ⁴¹³ Comité d'action, note 410, page iii.
- ⁴¹⁴ Comité d'action, note 410, page 12.

⁴¹⁵ Canadian Forum on Civil Justice, « Access to the Civil Justice System in Canada is a Concern According to Data from the 2016 World Justice Project Rule of Law Index », *Obiter Dicta*, 6 février 2017, <http://obiter-dicta.ca/2017/02/06/access-to-the-civil-justice-system-in-canada-is-a-concern-according-to-data-from-the-2016-world-justice-project-rule-of-law-index/>.

⁴¹⁶ Comité d'action, note 410, page 9.

⁴¹⁷ Judith Gibson, « It Came From Cyberspace: Defamation Law and the Internet », NSW State Legal Conference: Session 16, 28 août 2014, page 6, <https://inform.files.wordpress.com/2014/09/it-came-from-cyberspace-judith-gibson.pdf>.

⁴¹⁸ *Bernstein v. Poon*, 2015 ONSC 2125, paragraphe 9. Par exemple, dans *Awan v. Levant*, le demandeur a intenté un procès au sujet d'une série de billets publiés sur le blogue du défendeur dans lesquels il a traité le demandeur de menteur. La Cour a statué que les billets étaient diffamatoires et malveillants. Bien qu'elle ait accordé au demandeur des dommages-intérêts de 50 000 \$ et des dommages-intérêts majorés de 30 000 \$, ses coûts se sont élevés à environ 120 000 \$ (dont 73 000 \$ ont été attribués pour les dépens). *Awan v. Levant*, 2014 ONSC 6890, confirmé 2016 ONCA, demande d'autorisation d'appel de l'arrêt rejetée (CSC). Attribution de dépens : *Awan v. Levant*, 2015 ONSC 2209. Dans *Bird v. Ontario*, l'avocate de la demanderesse a intenté une action au sujet d'un message vocal laissé par le défendeur dans lequel il l'accuse d'incompétence professionnelle. Le procès de trois jours a débouché sur un jugement en dommages-intérêts de 10 000 \$. Les coûts de la demanderesse se sont élevés à 64 000 \$, dont elle n'a recouvré que 7 500 \$. *Bird v. Ontario*, 2014 ONSC 6387.

⁴¹⁹ Voir, par exemple, un blogue décrivant une action en diffamation qui s'est déroulée sur 22 jours, mais qui a débouché sur un jugement en dommages-intérêts relativement modeste de 200 000 \$ en faveur du demandeur : Advocate Daily.com staff, « Don't Expect a Windfall from a Defamation Action », *Advocate Daily*, 24 mars 2017, <http://www.advocatedaily.com/brian-radnoff-dont-expect-a-windfall-from-a-defamation-action.html>.

⁴²⁰ *Manson v. Doe*, 2013 ONSC 628, [*Manson*]. Voir aussi *Busseri v. Doe*, 2014 ONSC 819, [*Busseri*] et *St. Lewis v. Rancourt*, 2014 ONSC 4840. En Australie, voir *Tate v. Duncan-Strelec* [2014] NSWSC 1125. En Angleterre, voir *The Law Society & Ors v. Kordowski* [2011] EWHC 3185.

⁴²¹ *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, Règles 1.04 (1), 1.04 (1.1) [*Règles de procédure civile*]; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7 [*Hryniak*].

⁴²² *Hryniak*, note 421, paragraphe 5.

⁴²³ *Hryniak*, note 421, paragraphe 29.

⁴²⁴ *Dow Jones v. Jameel*, [2005] EWCA Civ 75, paragraphe 54 [*Jameel* 2005]. En Australie, voir *Bleyer v. Google Inc.* [2014] NSWSC 897 : la Cour suprême a suspendu définitivement une action en diffamation contre Google; le demandeur avait notamment allégué avoir été diffamé dans des diffusions par seulement trois personnes.

⁴²⁵ *Warman v. National Post*, 2015 ONSC 267, citant en référence *Warman v. National Post* 2010 ONSC 3670.

⁴²⁶ Mew J. dans *Bernstein*, note 418, paragraphe 10. Le juge Mew n'indique pas les critères qu'il a en tête, mais ils sont liés sans doute à la sauvegarde de la réputation du demandeur et à la valeur de la liberté d'expression, des choses intangibles qui sont difficilement mesurables à l'aune de l'argent.

⁴²⁷ À noter qu'une préoccupation à l'égard de la proportionnalité est différente du souci d'éviter que les actions en diffamation soient utilisées de façon abusive (procès stratégiques contre la mobilisation publique – poursuites-bâillons). La proportionnalité laisse supposer que l'action est tout à fait légitime, mais que les coûts qui y sont associés sont disproportionnés au regard de l'atteinte à la réputation en cause. Les poursuites-bâillons sont abordées séparément ci-après.

⁴²⁸ *Brown*, note 28, page 80. Voir aussi *Barrick*, note 13.

⁴²⁹ *Brown*, note 28, page 81.

⁴³⁰ *Lewis v. Daily Telegraph Ltd.* [1964] AC 234 (H.L.), 262 [*Lewis*]. Voir aussi *Barrick*, note 13, paragraphe 49.

⁴³¹ En règle générale, les dommages-intérêts majorés ont pour but d'indemniser une partie pour des préjudices moraux – voir Young, *Rethinking*, note 16, page 534.

⁴³² *Civil Law (Wrongs) Act 2002* (ACT), article 121; *Defamation Act 2006* (NT), article 8; *Defamation Act 2005* (NSW), article 9; *Defamation Act 2005* (Qld), article 9; *Defamation Act 2005* (SA), article 9; *Defamation Act 2005* (Tas), article 9; *Defamation Act 2005* (Vic), article 9; *Defamation Act 2005* (WA), article 9.

⁴³³ Ces arguments sont tous invoqués dans Young, Rethinking, note 16. La plupart sont également soulevés dans Howarth, Libel.

⁴³⁴ Howarth, Libel, note 16, page 874, faisant référence à Lord Scott dans *Jameel* 2005, note 424.

⁴³⁵ Young, Rethinking, note 16, pages 549-550; Howarth, note 16, pages 874-875.

⁴³⁶ Young, Rethinking, note 16, pages 557-560.

⁴³⁷ Young, Rethinking, note 16, page 559.

⁴³⁸ Young, Rethinking, note 16, page 559; Howarth, Libel, note 16, page 875.

⁴³⁹ Howarth, Libel, note 16, page 875.

⁴⁴⁰ Les personnes morales peuvent introduire une action pour mensonge malveillant si une ou plusieurs fausses déclarations faites par le défendeur font référence à leur entreprise, à leur propriété ou à leur titre. Pour avoir gain de cause, la société demanderesse doit démontrer la fausseté et les dommages selon la prépondérance des probabilités. *Lysko v. Braley*, 2006 CanLII 11846 (ON CA) paragraphes 133-134 [*Lysko*].

⁴⁴¹ La Cour suprême a statué que « [l]a possibilité d'intenter une action pour diffamation n'empêche pas d'invoquer une cause d'action fondée sur la négligence lorsque les éléments nécessaires sont établis » : *Young c. Bella*, [2006] 1 RCS 108, 2006 CSC 3, paragraphe 56.

⁴⁴² *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), chapitre T-13, alinéa 7a).

⁴⁴³ Young, Rethinking, note 16, pages 575-576.

⁴⁴⁴ Young, Rethinking, note 16, pages 563-565.

⁴⁴⁵ Les organismes sans but lucratif en Australie ont toujours le droit d'intenter des actions en diffamation.

⁴⁴⁶ Young, Rethinking, note 16, page 539.

⁴⁴⁷ Young, Rethinking, note 16, page 531, note de bas de page 6.

⁴⁴⁸ David Rolph, « Corporations' Right to Sue For Defamation: An Australian Perspective ».

⁴⁴⁹ *Lewis*, note 430, 4.

⁴⁵⁰ UKDA 2013, note 50, paragraphe 1(2).

⁴⁵¹ Voir *Lysko*, note 440, paragraphe 133.

⁴⁵² David Milo, *Defamation and Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 168 (citant *Holomisa v. Argus Newspapers*, 1996 (2) SA 588 (W)).

⁴⁵³ *Haaretz.com v. Goldhar*, 2016 ONCA 515 [*Goldhar*].

⁴⁵⁴ *Club Resorts Ltd c. Van Breda*, [2012] 1 R.C.S. 572 [*Van Breda*].

⁴⁵⁵ *Van Breda*, note 454.

⁴⁵⁶ Un récent jugement de la Cour suprême du Canada statue que des entreprises comme Google qui fournissent des services électroniques dans une province peuvent être considérées comme exerçant des activités dans la province aux fins du critère du lien réel et substantiel : *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*, 2015 BCCA 265, paragraphe 54; confirmé pour d'autres motifs, 2017 CSC 34, voir le paragraphe 37.

⁴⁵⁷ *Van Breda*, note 454, paragraphe 90.

⁴⁵⁸ *Van Breda*, note 454, paragraphe 84.

⁴⁵⁹ *Banro*, note 35; *Black*, note 35.

⁴⁶⁰ *Van Breda*, note 454, paragraphe 103.

⁴⁶¹ *Van Breda*, note 454, paragraphe 105.

⁴⁶² Facteurs énumérés au paragraphe 11(1) de la *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* : *Van Breda*, note 454, paragraphe 105.

⁴⁶³ *Van Breda*, note 454, paragraphe 112.

⁴⁶⁴ Voir le jugement dissident dans *Goldhar*, note 42, et le commentaire formulé au paragraphe 130.

⁴⁶⁵ *Haaretz.com c. Goldhar*, Renseignement sur les dossiers de la Cour suprême du Canada, dossier n° 37202, <http://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/af-ma-fra.aspx?cas=37202> [*Haaretz.com* CSC].

⁴⁶⁶ *Goldhar*, note 42, la juge Pepall, dissidente, paragraphe 127.

⁴⁶⁷ *Goldhar*, note 42, la juge Pepall, dissidente, paragraphe 130.

⁴⁶⁸ *Goldhar*, note 42, paragraphe 43.

⁴⁶⁹ *Haaretz.com* CSC (Mémoire relatif à l'appel de l'appelant, paragraphes 27-32).

⁴⁷⁰ *Goldhar*, note 42, paragraphe 132.

⁴⁷¹ *Goldhar*, note 42, la juge Pepall, dissidente, paragraphe 151.

⁴⁷² *Banro*, note 35, paragraphe 50.

⁴⁷³ *Banro*, note 35, paragraphe 50.

⁴⁷⁴ *Banro*, note 35, paragraphe 56.

⁴⁷⁵ *Banro*, note 35, paragraphe 58.

⁴⁷⁶ *Goldhar*, note 42, dissidence, paragraphe 169; Kate Sutherland, « Book Reviews, the Common Law Tort of Defamation, and the Suppression of Scholarly Debate » (2010) 11:6 *German L.J.* 656, 667-669, cité dans *Goldhar*, note 42, paragraphe 174.

⁴⁷⁷ *Banro*, note 35, paragraphe 59; *Goldhar*, note 42, la juge Pepall, dissidente, paragraphe 180; *Defamation Act 2005* (Cth), paragraphe 11(3).

⁴⁷⁸ *Goldhar*, note 42, paragraphe 86, citant le juge Lebel LeBel J. dans *Banro*, note 35, paragraphe 55.

⁴⁷⁹ Scott, Recommendations, note 56, paragraphe 2.111; Dana Green, « The SPEECH Act Provides Protection Against Foreign Libel Judgments », *Litigation News*, ABA Section of Litigation, <https://apps.americanbar.org/litigation/litigationnews/mobile/firstamendment-SPEECH.html>.

⁴⁸⁰ Scott, Recommendations, note 56, paragraphe 2.112; David Rolph, « Splendid Isolation? Australia as a Destination for “Libel Tourism” », (2012) *Australian International Law Journal* 79, 81.

⁴⁸¹ *Young v. New Haven Advocate*, 315 F (3d) 256, 2622-64 (4th Circuit 2002), demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême refusée, 538 US 1035 (2003).

⁴⁸² *SPEECH Act*, note 72.

⁴⁸³ UKDA 2013, note 50, article 9. Il s'applique uniquement aux personnes non résidentes et aux ressortissants de pays non membres de l'UE ou de la Convention de Lugano. Il a été recommandé que cette disposition soit adoptée par l'Irlande du Nord : Scott, Recommendations, note 56, paragraphe 2.115. La disposition est également à l'étude par la Commission du droit de l'Écosse, note 57, paragraphe 11.4.

⁴⁸⁴ UKDA 2013, note 50, Explanatory Notes, paragraphe 66.

⁴⁸⁵ *Ahuja v. Politika Novine / Magazini DOO & Ors*, [2015] EWHC 3380 (QB) paragraphe 31.

⁴⁸⁶ David Rolph, A Critique, note 62. L'Australie n'a pas modifié son critère de choix de loi applicable pour les actions internationales. Standing Committee of the Attorney General Working Group of State and Territory Officers, Proposal for Uniform Defamation Laws (juillet 2004), pages 31-32, http://www.justice.qld.gov.au/_data/assets/pdf_file/0018/21636/uniform-defamation.pdf. Par conséquent, le critère de la *lex loci delicti* détermine le ressort et le défendeur doit démontrer que l'Australie n'est pas un forum approprié. *Régie nationale des usines Renault SA v. Zhang*, 2002 HCA.

⁴⁸⁷ C'est l'argument de l'appelant devant la Cour suprême du Canada dans *Haaretz.com CSC*, note 465 (Mémoire relatif à l'appel de l'appelant, paragraphe 8).

⁴⁸⁸ La courtoisie et la réciprocité exigent que les États respectent leurs législations respectives et les décisions gouvernementales et qu'ils accordent la réciprocité lorsque les actions ne violent pas les valeurs fondamentales d'un autre peuple.

⁴⁸⁹ *Loi sur la diffamation*, note 5, paragraphe 5(1). En vertu de l'article 7, la période de préavis « ne s'applique qu'aux journaux imprimés et publiés en Ontario ainsi qu'à ce qui est radiodiffusé ou télédiffusé par des stations situées en Ontario ». Il a été statué que le délai d'avis s'applique aussi aux actions contre des défendeurs autres que les médias lorsque l'action est liée à un libelle diffamatoire publié dans un journal ou radiodiffusé ou télédiffusé : Downard, Libel, note 87, paragraphes 13.18, 13.19.

⁴⁹⁰ *John v. Ballingall*, 2017 ONCA 579 [Ballingall].

⁴⁹¹ *Loi sur la diffamation*, note 5, paragraphe 5(2). Il convient de qualifier ce paragraphe. Selon le paragraphe 5(3), les dispositions relatives à l'avis et à la rétractation ne s'appliquent pas dans le cas d'un libelle diffamatoire contre un candidat à une fonction publique sauf si la rétractation est faite clairement au moins cinq jours avant l'élection. Selon le paragraphe 8(1), les dispositions relatives à l'avis et à la rétractation s'appliquent aux journaux seulement si les noms et adresses du propriétaire et de l'éditeur sont bien en évidence dans le journal. Selon le paragraphe 8(3), les dispositions relatives à l'avis et à la rétractation ne s'appliquent aux radiodiffuseurs et aux télédiffuseurs que si ces derniers transmettent les noms et les adresses demandés par le demandeur.

⁴⁹² Downard, Libel, note 87, page 298.

⁴⁹³ *Loi sur la diffamation*, note 5, article 6. En vertu de cet article, l'action peut comprendre une demande fondée sur un autre libelle diffamatoire contre le même demandeur dans l'année qui précède l'introduction de l'action. Cependant, l'article 6 fait l'objet de quelques qualifications. En vertu de l'article 7, le délai de prescription ne s'applique qu'aux journaux imprimés et publiés en Ontario ainsi qu'à ce qui est radiodiffusé ou télédiffusé par des stations situées en Ontario. En vertu du paragraphe 8(1), les noms et adresses du propriétaire et de l'éditeur doivent être bien en évidence dans le journal. En vertu du paragraphe 8(3), les radiodiffuseurs et les télédiffuseurs doivent fournir le nom et l'adresse du propriétaire ou de l'exploitant de la station à la demande du demandeur.

⁴⁹⁴ *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, note 254.

⁴⁹⁵ Délais d'avis : *Loi sur la diffamation*, note 5, articles 5 et 7; délais de prescription : *Loi sur la diffamation*, note 5, article 6; règles générales : *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, note 254, annexe B, article 4.

⁴⁹⁶ Il convient de noter qu'en vertu de la *Loi sur la diffamation* de l'Ontario (à la différence des autres provinces et territoires à l'exception de la Saskatchewan, de la Colombie-Britannique et du Québec), les délais d'avis et de prescription dépendent de l'endroit où le délit a été commis plutôt que de l'entité qui pourrait être citée comme défendeur. L'Ontario n'a pas adopté la *Loi uniforme sur la diffamation* de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. De plus, la *Loi sur la diffamation* de l'Ontario statue que les dispositions relatives aux avis ne s'appliquent qu'aux journaux imprimés et publiés en Ontario ainsi qu'à ce qui est radiodiffusé ou télédiffusé par des stations situées en Ontario (*Loi sur la diffamation*, note 5, article 7).

⁴⁹⁷ Délais d'avis : *Defamation Act*, RSA 2000, C D-7, article 13(1); délais de prescription : *Defamation Act*, RSA 2000, C D-7, article 3(1).

⁴⁹⁸ Délais d'avis : *Loi sur la diffamation*, CPLM c. D20, article 14(1); délais de prescription : le Manitoba a spécifié un délai de prescription pour chaque type de cause d'action. Les actions en diffamation sont assujetties à un délai de prescription de deux ans. *Loi sur la Prescription*, CPLM c. L150, alinéa 2(1)c).

⁴⁹⁹ Délais d'avis : *Defamation Act*, RSNL 1990, chapitre D-3, paragraphe 16(1), [*Defamation Act* (NL)]; délais de prescription : *Defamation Act* (NL), paragraphe 17(1); délai général : *Limitations Act*, SNL 1995, chapitre L-16.1, article 5.

⁵⁰⁰ Délais d'avis : *Defamation Act*, RSNS 1989, chapitre 122, paragraphe 18(1), [*Defamation Act* (NS)]; délais de prescription : *Defamation Act* (NS) article 19; délai général : *Limitation of Actions Act*, SNS 2014, chapitre 35, article 8.

⁵⁰¹ Délais d'avis : T.-N.O. et NU : *Loi sur la diffamation*, LRTN-O (Nu) 1988, chapitre D-1, article 15; YK : *Loi sur la diffamation*, LRY 2002, chapitre 52, article 15. Délai général : T.-N.O. et NU : *Loi sur les prescriptions*, LRTN-O (Nu) 1988, chapitre L-8, alinéa 2(1)c) pour l'action en diffamation : deux ans à compter de la diffusion de l'écrit diffamatoire ou de la profération des paroles calomnieuses; pour l'action fondée sur un dommage particulier : deux ans à compter de la survenance du dommage; YK : *Loi sur la prescription*, LRY 2002, chapitre 139, alinéa 2(1)c), mêmes délais que T.-N.O. et NU.

⁵⁰² Délais d'avis : *Defamation Act*, RSPEI 1988, chapitre D-5, paragraphe 14(1), [*Defamation Act* (Î.-P.-É.)]; délais de prescription : *Defamation Act* (Î.-P.-É.) article 15; délai général : *Statute of Limitations*, RSPEI 1988, chapitre S-7, alinéa 2(1)c) pour l'action en diffamation : deux ans à compter de la diffusion de l'écrit diffamatoire ou de la profération des paroles calomnieuses; pour l'action fondée sur un dommage particulier : deux ans à compter de la survenance du dommage.

⁵⁰³ Avis : À la différence de la plupart des autres provinces et territoires, il n'y a pas de point de départ pour le délai d'avis faisant en sorte qu'un délai applicable à une action ne sert à rien; délais de prescription : au Québec, le délai de prescription s'applique à compter de la date de diffusion ou du moment où le demandeur prend connaissance de l'action jusqu'à un délai maximal d'un an à compter de la date de diffusion : *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991, chapitre 64, article 2889.

⁵⁰⁴ À la différence de la majorité des provinces et des territoires, il n'y a pas de point de départ pour le délai d'avis faisant en sorte qu'un délai applicable à une action ne sert à rien. Comme en Ontario, les délais en Saskatchewan dépendent de l'endroit où le délit a été commis plutôt que de l'entité qui pourrait être citée comme défendeur. *The Libel and Slander Act*, RSS 1978, c L-14, article 15; délais de prescription : *The Limitations Act*, SS 2004, c L-16.1, article 5.

⁵⁰⁵ *Limitation Act*, SBC 2012, c 13, paragraphe 6(1).

-
- ⁵⁰⁶ *Loi sur la prescription*, LN-B 2009, c L-8.5, alinéa 5(1)a).
- ⁵⁰⁷ Voir l'analyse dans Downard, *Libel*, note 87, chapitre 13.
- ⁵⁰⁸ LRCBC, *Defamation*, note 24.
- ⁵⁰⁹ LRCBC, *Defamation*, note 24, chapitre 10, section C.
- ⁵¹⁰ Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Proceedings of the Sixty-Ninth Annual Meeting held at Victoria, British Columbia*, août 1987, annexe C, *Defamation*, Report of the Saskatchewan Commissioners, page 143.
- ⁵¹¹ Comité consultatif du ministère du Procureur général, *The Law of Defamation : An Issues Paper*, mars 1989, pages 98-99 [Rapport MPG 1989]; Rapport MPG 1990, note 4, page 22.
- ⁵¹² Les défendeurs autres que les médias faisant l'objet d'une action en diffamation pour libelle publié dans un journal, radiodiffusé ou télédiffusé peuvent aussi tirer parti des délais d'avis et de prescription.
- ⁵¹³ *Ballingall*, note 490; *Weiss v. Sawyer* (2002) 61 OR (3d) 526 (CA).
- ⁵¹⁴ *Shtaiif v. Toronto Life Publishing Co Ltd*, 2013 ONCA 405, paragraphes 20-24; *Bahlieda v. Santa* (2003), 68 OR (3d) 115 (CA).
- ⁵¹⁵ Rapport MPG 1989, note 511, pages 98-99.
- ⁵¹⁶ *Warman v. Fromm*, (2007) 62 CCLT (3d) 227, (ONSC)
- ⁵¹⁷ *Loi sur la diffamation*, note 5, article 8.
- ⁵¹⁸ Rapport MPG 1989, note 511, page 99.
- ⁵¹⁹ Voir l'analyse dans Downard, *Libel*, note 87, pages 266-271.
- ⁵²⁰ Voir les observations écrites par CBC à la CDO, *Proposal to the Law Commission of Ontario for the Introduction of a Uniform Limitation Period in Defamation Actions*, avril 2017.
- ⁵²¹ *Loi sur la diffamation*, note 5, article 6.
- ⁵²² *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, note 254.
- ⁵²³ Rapport MPG 1990, note 4, pages 22-23.
- ⁵²⁴ Rapport MPG 1989, note 511, page 99.
- ⁵²⁵ Voir Comité d'action, note 410, page 18.
- ⁵²⁶ *Règles de procédure civile*, note 421, règle 77. Cette règle s'applique seulement à l'égard de certains centres géographiques et de certains types de demandes : règle 77.02. Cette règle s'applique généralement aux actions en diffamation du moment qu'elles ne sont pas inscrites au rôle commercial. Il faut la décision d'un tribunal ou le consentement des parties pour qu'une instance soit affectée à la gestion des causes : règle 77.05.
- ⁵²⁷ *Civil Procedure Rules 1998* (UK), SI1998/3132, partie 3. [CPR]
- ⁵²⁸ CPR, note 527, règle 3.1.
- ⁵²⁹ Ministry of Justice, *Pre-Action Protocol for Defamation*, https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_def [Pre-Action Protocol]. Voir aussi *Collins on Defamation*, note 3, paragraphe 2.93.
- ⁵³⁰ *Pre-Action Protocol*, note 529.
- ⁵³¹ CPR, note 527, règle 3.1.
- ⁵³² La réforme du droit de la diffamation au Royaume-Uni a été entreprise dans le processus plus global de réforme du système de justice civile découlant du 2009 Jackson Report, *Review of Civil Litigation Costs : Final Report*, décembre 2009 [Jackson Report]. Le Jackson Report s'est penché sur les différentes options de protection contre les dépens, qui font toujours l'objet de débats au Royaume-Uni, donnant lieu tout récemment, en avril 2017, à l'arrêt de la Chambre des lords *Times Newspapers v. Flood*, [2017] UKSC 33. Ces options, dont la convention d'honoraires conditionnelle, l'assurance après l'événement et les honoraires en cas de réussite ne tombent pas sous la portée du projet de la CDO.
- ⁵³³ *Joint Committee on the Draft Defamation Bill*, note 411, pages 44-51.
- ⁵³⁴ Ministry of Justice, *The Government's Response to the Report of the Joint Committee on the Draft Defamation Bill*, Londres, The Stationary Office Limited, février 2012, pages 18-21, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217300/government-response-draft-defamation-bill.pdf.
- ⁵³⁵ Civil Justice Council, *Defamation Costs Working Group Final Report*, 2013, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2012/12/Defamation-costs-final-report-18-4-13-d.pdf>.

⁵³⁶ Récemment, Mathilde Groppo a fait valoir des arguments en faveur de l'utilisation des procédures de gestion des affaires déjà disponibles en Angleterre pour permettre un contrôle plus rigoureux des actions en diffamation afin de freiner une montée en flèche des coûts. Groppo propose que des juges spécialisés reçoivent une formation pour apprendre comment restreindre les interrogatoires préalables s'il y a lieu et harmoniser la procédure judiciaire. Mathilde Groppo, « Libel Litigation : Jackson, Fixed Costs and Case Management », *Inform's Blog*, 28 mars 2017, <https://inform.wordpress.com/2017/03/28/libel-litigation-jackson-fixed-costs-and-case-management-mathilde-groppo/> [Groppo, *Libel Litigation*].

⁵³⁷ L'Angleterre a mis en place une liste spécialisée de médias et de communications dont est chargé le juge Warby qui peut exercer un certain contrôle sur des questions procédurales : *Mr Justice Warby to Take Charge of Media-Related Case Listing*, 27 février 2017, <https://www.judiciary.gov.uk/announcements/the-media-and-communications-list/>.

⁵³⁸ Groppo, *Libel Litigation*, note 536.

⁵³⁹ *R c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, paragraphe 17; *Mantini v. Smith Lyons LLP* (2003), 64 OR (3d) 516, (CA). Selon la règle 20.04 (2.1-2.2), les juges peuvent aussi apprécier la preuve lors de requêtes en jugement sommaire et ordonner des témoignages oraux.

⁵⁴⁰ *Daniels Midtown Corporation v. Mariai*, 2015 ONSC 6568, paragraphe 17.

⁵⁴¹ *Règles de procédure civile*, note 421, règle 20.

⁵⁴² *Hryniak*, note 421, paragraphe 36.

⁵⁴³ *Règles de procédure civile*, note 421, règle 20.04(2.1), 20.04(2.2). Les requêtes en jugement sommaire ont été revigorées, encore une fois, par l'arrêt *Hryniak* de la Cour suprême du Canada, dont il a été question précédemment, et l'accent mis sur la proportionnalité dans les procédures judiciaires.

⁵⁴⁴ *Hazel v. Rainy River First Nations*, 2016 ONSC 5875 (requête en jugement sommaire accueillie, action accueillie, dommages-intérêts de 10 000 \$); *Brent v. Nishikawa*, 2016 ONSC 4297, 4297 (requête en jugement sommaire accueillie, action accueillie, dommages-intérêts généraux de 30 000 \$); *Pitney v. Toronto Police Services Board*, 2016 ONSC 1013 (requête en jugement sommaire accueillie, défense d'immunité relative établie et action rejetée); *Rolon v. Bell*, 2015 ONSC 6042 (requête en jugement sommaire accueillie, défense d'immunité relative établie et action rejetée).

⁵⁴⁵ *CPR*, note 527, alinéas 3.1(2)i) et 3.1(2)j).

⁵⁴⁶ *CPR*, note 527, article 3.3.

⁵⁴⁷ Voir, par exemple, *GKR Karate (UK) Ltd v. Yorkshire Post Newspapers Ltd (n° 1)*, [2000] EWCA Civ 420, paragraphe 28, où la cour d'appel a confirmé les résultats d'une enquête préliminaire portant sur les questions de savoir si une défense d'immunité relative est recevable et si la diffusion était motivée par la malveillance. Le juge avait déduit qu'une enquête préliminaire prendrait environ trois jours à la différence des quatre à six semaines nécessaires pour une instruction complète, *GKR Karate*, paragraphe 6. De plus, les enquêtes préliminaires sur le sens sont régies par des règles spécifiques définies dans la Practice Direction 53 des *CPR*, article 4.

⁵⁴⁸ *Cooke v. MGN Limited*, [2014] EWHC 2831.

⁵⁴⁹ *Lachaux v. Independent Print Limited (no 2)*, [2015] EWHC 2242 (QB), paragraphe 7, [*Lachaux (no 2)*].

⁵⁵⁰ *Ames v. The Spamhaus Project*, [2015] EWHC 127 (QB), paragraphe 101; *Lachaux (no 2)*, note 549, paragraphe 167. Voir, en revanche, *Brown v. Bower*, [2017] EWHC 1388 (QB).

⁵⁵¹ *Defamation Act 1996* (UK), c 31, articles 8, 9 et 10, [UKDA 1996].

⁵⁵² UKDA 1996, note 551, paragraphes 8(1) et 8(2).

⁵⁵³ *James Gilbert v. MGN*, [2000] EMLR, 690-691. [*Gilbert*]

⁵⁵⁴ UKDA 1996, note 551, paragraphe 8(4)

⁵⁵⁵ UKDA 1996, note 551, article 9.

⁵⁵⁶ Helena Jeffs, *Defamation Bill [HL], Bill 127 of 1995-96: Law and Procedure Research Paper 96/60*, House of Commons Library, 16 mai 1996, 39-40, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP96-60/RP96-60.pdf>.

⁵⁵⁷ *Gilbert*, note 553; *Downtex plc v. Flatley*, [2003] EWCA Civ 1282.

⁵⁵⁸ *Gillick v. Brook Advisory Centres*, [2002] EWHC 829 QBD; *Milne v. Telegraph Group Ltd*, [2002] EWHC 2564 (QB); *Mosley v. Focus Magazine*, [2001] EWCA Civ 1030.

⁵⁵⁹ *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd and others* (n° 2-5), [2001] EWCA Civ 1805.

⁵⁶⁰ *Brett Wilson LLP v. Person(s) Unknown, Responsible for the Operation and Publication of the website www.solicitorsfromhelluk.com* [2015] EWHC 2628 (QB), [Brett Wilson LLP]; *Smith v. Unknown Defendants* [2016] EWHC 1775 (QB), [Smith v. Unknown].

⁵⁶¹ Dans *Berstein*, le juge Mew a dénoncé les coûts exorbitants engagés par les parties dans cette affaire. Il s'est tourné vers les procédures de [TRADUCTION] « règlement rapide » proposées au Royaume-Uni et il a suggéré que les procédures améliorées de jugement sommaire en Ontario soient adaptées pour compenser l'absence de proportionnalité dans cette affaire : Mew J. dans *Bernstein*, note 418, paragraphe 10.

⁵⁶² Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPPs) Report 2008*, août 2008, <http://www.ulcc.ca/en/annual-meetings/235-2008-quebec-city-qc/civil-section-documents/448-strategic-lawsuits-against-public-participation-slapps-report-2008?showall=&limitstart=>, paragraphe 4, [CHLC 2008].

⁵⁶³ CHLC 2008, note 562, paragraphe 4.

⁵⁶⁴ Peter Downard, *The Balance Shifts: The Ontario Protection of Public Participation Act 2015, Free Speech and Reputation Protection*, Barreau du Haut-Canada, 18 janvier 2016, 2, [Downard, The Balance Shifts].

⁵⁶⁵ LPDPAP, note 30.

⁵⁶⁶ Rapport sur les poursuites-bâillons, note 29, paragraphe 2.

⁵⁶⁷ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, chapitre C.43, articles 137.1-137.5

⁵⁶⁸ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, note 567, paragraphe 137.1 (1).

⁵⁶⁹ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, note 567, paragraphe 137.1(3).

⁵⁷⁰ Rapport sur les poursuites-bâillons, note 29.

⁵⁷¹ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, note 567, paragraphe 137.1(4).

⁵⁷² *Loi sur les tribunaux judiciaires*, note 567, paragraphe 137.2(1)

⁵⁷³ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, note 567, paragraphe 137.2(2)

⁵⁷⁴ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, note 567, paragraphe 137.1(5).

⁵⁷⁵ *Accruent LLC v. Mishimagi*, 2016 ONSC 6924, paragraphe 4.

⁵⁷⁶ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, note 567, paragraphe 137.1(7).

⁵⁷⁷ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, note 567, paragraphe 137.1(8).

⁵⁷⁸ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, note 567, paragraphe 137.1(9). Cette disposition a été appliquée par le tribunal dans *United Soils Management v. Mohammed*, 2017 ONSC 4450 lorsqu'il a accordé des dommages-intérêts de 7 500 \$ à la défenderesse alors que le demandeur a présenté plusieurs requêtes interlocutoires visant à « intimider » la défenderesse, paragraphe 78. [*United Soils Management*]

⁵⁷⁹ *Fortress Real Developments Inc. v. Rabidoux*, 2017 ONSC 167; *United Soils Management*, note 578.

⁵⁸⁰ *Able Translations Ltd. v. Express International Translations Inc.*, 2016 ONSC 6785, [Able Translations]; *Platnick v. Bent*, 2016 ONSC 7340 [Platnick]; un appel de cette décision est en délibéré; *Rizvee v. Newman*, 2017 ONSC 4024, [Rizvee].

⁵⁸¹ *Able Translations*, note 580.

⁵⁸² *Platnick*, note 580; un appel de cette décision est en délibéré.

⁵⁸³ *Thomspson v. Cohodes*, 2017 ONSC 2590.

⁵⁸⁴ *Able Translations*, note 580, paragraphe 38.

⁵⁸⁵ *United Soils Management*, note 578, paragraphe 45.

⁵⁸⁶ *Able Translations*, note 580, paragraphe 48, *Platnick*, note 580, paragraphe 87.

⁵⁸⁷ Brian Radnoff, « A "SLAPP" in the Face to Defamation Plaintiffs », *The Lawyer's Daily*, 10 avril 2017, <https://www.thelawyersdaily.ca/articles/2839/a-slapp-in-the-face-to-defamation-plaintiffs>.

⁵⁸⁸ Les éléments constitutifs du délit de diffamation sont les suivants : 1) les mots en cause visent bel et bien le demandeur; 2) les mots en cause ont été diffusés, c'est-à-dire qu'ils ont été communiqués à au moins une personne autre que le demandeur; 3) les mots en cause sont diffamatoires au sens où ils tendent à entacher la réputation du demandeur aux yeux d'une personne raisonnable (*Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, paragraphe 28).

⁵⁸⁹ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, note 567, paragraphes 137.1 (7), 137.1 (8), 137.1 (9).

⁵⁹⁰ Julius Melnitzer, « Corporate litigators get ready for Ontario's new anti-SLAPP legislation », *Financial Post*, 2 décembre 2015, <http://business.financialpost.com/legal-post/corporate-litigators-get-ready-for-ontarios-new-anti-slapp-legislation>.

⁵⁹¹ Derek J. Bell, « Everything You Need to Know About Ontario's New Anti-SLAPP Law », *Bennet Jones* (blogue), 29 octobre 2015, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=86bbad1b-c680-4f9f-b648-82baf59eee30>.

⁵⁹² *Platnick*, note 580, paragraphe 150.

⁵⁹³ Rapport sur les poursuites-bâillons, note 29, paragraphe 28.

⁵⁹⁴ Rapport sur les poursuites-bâillons, note 29, paragraphe 31.

⁵⁹⁵ Rapport sur les poursuites-bâillons, note 29, paragraphe 33.

⁵⁹⁶ Rapport sur les poursuites-bâillons, note 29, paragraphe 62.

⁵⁹⁷ Scottish Law Commission, « Defamation and Malicious Publications (Scotland) Bill, Working Draft », 2017, article 19.

⁵⁹⁸ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, note 567, article 108.

⁵⁹⁹ *Loi sur la diffamation*, note 5, article 14.

⁶⁰⁰ Canadian Media Lawyers Association, note 263, page 10.

⁶⁰¹ Canadian Media Lawyers Association, note 263, page 10.

⁶⁰² Canadian Media Lawyers Association, note 263, page 10.

⁶⁰³ Juge Coulter A. Osborne, c.r. , *Projet de réforme du système de justice civile*, novembre 2007, <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/20000/276577.pdf>.

⁶⁰⁴ *Joint Committee on the Draft Defamation Bill*, 24, citant le juge en chef Jackson, Jackson Report, note 532, chapitre 32, paragraphe 6.3.

⁶⁰⁵ Mullis, Scott, *Tilting at Windmills*, note 320; Scottish Law Commission, note 483, paragraphe 11.11.

⁶⁰⁶ Mullis, Scott, *Tilting at Windmills*, note 320, 106; Scottish Law Commission, note 483, paragraphe 11.11.

⁶⁰⁷ Mullis, Scott, *Tilting at Windmills*, note 320, 106.

⁶⁰⁸ Canadian Media Lawyers Association, note 263, page 11.

⁶⁰⁹ *Gatley on Libel and Slander*, paragraphe 36.1; Hilary Young, « "Anyone ...in Any Medium?" The Scope of Canada's Responsible Communication Defence », 3 avril 2014, SSRN, 22, <https://ssrn.com/abstract=2420103>.

⁶¹⁰ *Rothermere v. Times Newspaper Ltd*, [1973] 1 WLR 448, [*Rothermere v. Times*]. Ce raisonnement développé par lord Denning n'a plus de valeur de précédent étant donné la réforme législative mise en place en Angleterre. Dans *Tim Yeo v. Times Newspaper Ltd*, [2014] EWHC 2853 (QB), le juge Warby a statué que la jurisprudence établie avant la réforme législative, comme dans l'arrêt *Rothermere v. Times*, ne pouvait plus [TRADUCTION] « avoir une action déterminante » puisqu'elle repose sur l'idée d'un droit constitutionnel à un procès devant jury. Toutefois, elle représente la conception traditionnelle que doit prendre en compte une réforme législative.

⁶¹¹ Scott, *Recommendations*, note 56, paragraphe 2.121.

⁶¹² *Manson*, note 420, paragraphe 20. Voir aussi *Busseri*, note 420.

⁶¹³ *Eltis*, note 273, page 35.

⁶¹⁴ *Manson*, note 420, paragraphe 20.

⁶¹⁵ Par exemple, Facebook exigeait antérieurement que l'utilisateur fournisse son nom réel et d'autres renseignements personnels pour utiliser le service. Cette politique a été modifiée récemment : Thaddeus Houston, « Constitutional Drag Race : Anonymous Online Speech after *Digital Music News v. Superior Court* », (2015) 30 *Berkley Tech LJ*, 1243.

⁶¹⁶ Voir, par exemple, *Voltage Picture LLC c. John Doe*, 2014 CF 161.

⁶¹⁷ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, chapitre 5 [LPRPDÉ].

⁶¹⁸ LPRPDÉ, note 617, paragraphe 7(3). Il y a plusieurs exemptions. Par exemple, une organisation peut communiquer des renseignements, à l'insu de l'intéressé ou sans son consentement, à une institution gouvernementale qui en fait la demande en citant des questions de sécurité nationale ou à des fins du contrôle d'application ou de l'application du droit.

⁶¹⁹ L'identification des auteurs de propos anonymes est une façon d'aborder le problème. Une autre consiste à tenir les intermédiaires de l'Internet directement responsables du contenu diffamatoire. En Angleterre, en vertu

des articles 5 et 10 de la *Defamation Act 2013*, les intermédiaires sont considérés comme des défendeurs [TRADUCTION] « auxiliaires » dans l'éventualité où le demandeur ne peut pas identifier le ou les auteurs de propos anonymes pour intenten une action contre eux. Cette réponse réglementaire au problème des propos anonymes en ligne est traitée au chapitre VII ci-après.

⁶²⁰ *Règles de procédure civile*, note 421, règle 31.10. Voir aussi la règle 30.10.

⁶²¹ *Norwich Pharmacal Co v. Customs and Excise Commissioners*, [1974] AC 133 (HL), 175.

⁶²² Par exemple, dans *York University v. Bell Canada*, un groupe utilisant le pseudonyme « York Faculty Concerned about the Future of York University (YFCFYU) » a envoyé un courriel anonyme alléguant que le président de l'université avait commis une fraude intellectuelle. L'Université York a déposé une requête pour obtenir une ordonnance de type *Norwich* obligeant Bell et Rogers à divulguer les noms associés à l'enregistrement de l'adresse IP à partir de laquelle le courriel avait été envoyé. Le tribunal a statué que l'Université avait établi une preuve *prima facie* que les propos étaient diffamatoires. Il a aussi appliqué plusieurs facteurs équitables en rendant l'ordonnance. Les conditions d'utilisation du FSI reconnaissent que le FSI peut être tenu de divulguer l'identité d'abonnés dans certaines circonstances et que les abonnés n'avaient pas nécessairement le droit à une attente raisonnable de respect de la vie privée. Il n'y avait pas d'autre source potentielle auprès de laquelle l'information pouvait être obtenue. Les coûts de communication de l'information étaient minimes et le demandeur s'était engagé à les acquitter : *York University c. Bell Canada Enterprises* (2009), 99 O.R. (3d) 695, paragraphe 39, [York University v. Bell Canada].

⁶²³ Robert J. Currie, « Cross-Cutting Conflicts: Developments in the Use of *Norwich* Orders in Internet Defamation Cases », dans T. L. Archibald et R.S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation 2016*, Toronto, Carswell, 2016, 129 [Currie, Cross-Cutting].

⁶²⁴ *Warman c. Wilkins-Fournier et al.*, 2010 ONSC 2126 [Warman c. Wilkins-Fournier]. Toutefois, dans une décision ultérieure, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que la deuxième étape de l'analyse relative aux ordonnances de type *Norwich* exige l'application du critère de la demande véritable plutôt que celui plus exigeant de la preuve *prima facie* appliqué dans *Warman* : *1654776 Ontario Limited v. Stewart*, 2013 ONCA 184. Pour une décision plus récente, voir *Olsen v. Facebook Inc.*, 2016 NSSC 155. Pour établir la diffamation à première vue, le tribunal doit déterminer, comme s'il s'agissait d'une question de droit, si les propos peuvent être diffamatoires : *Warman v. Fournier*, 2011 ONSC 3023, paragraphe 26.

⁶²⁵ *Warman c. Wilkins-Fournier*, note 624, paragraphe 34.

⁶²⁶ Dans *Warman c. Wilkins-Fournier*, note 624, la Cour divisionnaire de l'Ontario a procédé à une analyse en vertu de la Charte pour ordonner la divulgation de renseignements identifiant des défendeurs anonymes : paragraphes 15-19.

⁶²⁷ Currie, Cross-Cutting, note 623.

⁶²⁸ Currie, Cross-Cutting, note 623.

⁶²⁹ *York University v. Bell Canada*, note 622.

⁶³⁰ Mark Donald, « Speaker's Corner: Rebalancing Defamation Law in an Online Age », *Law Times*, 12 décembre 2016, <http://www.lawtimesnews.com/201612125831/commentary/speaker-s-corner-rebalancing-defamation-law-in-an-online-age>.

⁶³¹ Par exemple, les propriétaires de chambres d'hôte auraient été victimes de diffamation par des utilisateurs anonymes de TripAdvisor. Un tribunal écossais a soutenu qu'il n'avait pas compétence pour ordonner la divulgation de l'identité des auteurs d'avis dans TripAdvisor, le siège de l'entreprise étant situé au Massachusetts et ses conditions d'utilisation prévoyant que toutes les actions intentées contre elle doivent être entendues dans cet État : Gavin Madeley, « B&B Owners Crushed », *Daily Mail Online*, 2014, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2553671/B-B-owners-took-TripAdvisor-faceless-reviewers-left-crushed-judge-says-no-power-make-web-giant-reveal-names-critics.html>.

⁶³² *Applause Store v. Raphael*, [2008] EWHC 1781 (QB), paragraphe 10, [Applause Store].

⁶³³ *Applause Store*, note 632, paragraphe 62.

⁶³⁴ Kevin Poulsen, « The FBI Used the Web's Favorite Hacking Tool to Unmask Tor Users », *Wired*, 2014, <http://www.wired.com/2014/12/fbi-metaspoit-tor/>.

⁶³⁵ *Brett Wilson LLP*, note 560.

⁶³⁶ *Brett Wilson LLP*, note 560, paragraphe 6. Voir aussi *Smith v. Persons Unknown*, note 560.

⁶³⁷ Nous pourrions prendre en compte également le coût social que pourrait représenter l'obligation pour les FSI de conserver un registre où seraient consignées toutes les activités des utilisateurs pendant un temps assez long pour que ces requêtes puissent être présentées.

⁶³⁸ Currie, Cross-Cutting, note 623.

⁶³⁹ Ronen Perry et Tal Z Zarsky, « Who Should be Liable for Online Anonymous Defamation? » (2015) *U. Chi. L. Rev. Dialogue* 82 (2015) 162.

⁶⁴⁰ Donald, Rebalancing Defamation, note 630.

⁶⁴¹ Patricia Barrett, « Facebook: a substitute for personal service », *Western University Report*, 10 avril 2015, <http://westernreport.fims.uwo.ca/index.php/facebook-a-substitute-for-personal-service/>; Darcy Merkur, « Personal Injury Law: Service via Facebook should become the norm », *Law Times*, 20 janvier 2014, http://www.lawtimesnews.com/201401203716/commentary/personal-injury-law-service-via-facebook-should-become-the-norm?utm_source=responsys&utm_medium=email&utm_campaign=CLNewswire_20140120.

⁶⁴² UKDA 2013, note 50.

⁶⁴³ Il convient de signaler la position de Laidlaw et Young voulant qu'il ne soit pas approprié d'imputer la responsabilité à l'intermédiaire qui n'est pas blâmable moralement pour les propos contestés : Laidlaw, Young, note 220.

⁶⁴⁴ Voir en revanche James Grimmelmman, « The Unmasking Option » (2010) 87 *Denver U LR Online* 23, [Grimmelmman] : il soutient que la divulgation de l'identité d'un diffamateur présumé pourrait atteindre certains objectifs d'intérêt public, dissociés et distincts de tout litige qui pourrait ou non suivre.

⁶⁴⁵ *Brett Wilson LLP*, note 560; *Smith v. Unknown*, note 560.

⁶⁴⁶ Andrew Scott propose qu'une requête en jugement sommaire permettrait d'atteindre le même objectif – le retrait du contenu ordonné par le tribunal – sans que le diffuseur principal ne soit identifié : Scott, *Recommendations*, note 56, paragraphe 2.68.

⁶⁴⁷ « Defamed by Persons Unknown – Interview with Iain Wilson », *Inform's Blog*, 30 juillet 2016, <https://inform.wordpress.com/2016/07/30/defamed-by-persons-unknown-interview-with-ian-wilson/>.

⁶⁴⁸ Grimmelmman, note 644.

⁶⁴⁹ *AB c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, paragraphe 11, [Bragg, CSC].

⁶⁵⁰ Charte, note 2. Voir aussi *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, paragraphes 1-2, et *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, paragraphe 23, [Vancouver Sun (Re)].

⁶⁵¹ Comité consultatif sur l'utilisation des nouvelles technologies par les juges, *La transparence de la justice, l'accès électronique aux archives judiciaires, et la protection de la vie privée*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 2003, 2, https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_techissues_OpenCourts_20030904_fr.pdf.

⁶⁵² *Vancouver Sun (Re)*, note 650, paragraphe 26.

⁶⁵³ En Ontario, la règle 14.06 des *Règles de procédure civile* exige que l'acte introductif d'instance précise le nom du demandeur et du défendeur. La règle 2.03 confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de dispenser de l'observation de cette règle seulement si cela est nécessaire dans l'intérêt de la justice : *Règles de procédure civile*, note 421, règles 2.03 et 14.06(1).

⁶⁵⁴ *Re Vancouver Sun*, note 650, paragraphe 29, citant en référence *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835 *et* *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76.

⁶⁵⁵ David Rolph, « Anonymity and Defamation », *Secrecy, Law and Society*, G. Martin, R. Scott Bray, M. Kumar, dir., Abingdon, Routledge, 2015; *Sydney Law School Research Paper* n° 16/04, <https://ssrn.com/abstract=2711549> [Rolph, Anonymity and Defamation].

⁶⁵⁶ Voir, par exemple, la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, chapitre 1, article 110 et la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, chapitre C.11, paragraphe 45(8).

⁶⁵⁷ *Bragg, CSC*, note 649.

⁶⁵⁸ *Bragg, CSC*, note 649, paragraphe 10.

⁶⁵⁹ *AB v. Bragg Communications Inc.*, 2011 NSCA 26, paragraphe 80 [Bragg, NSCA].

⁶⁶⁰ *Bragg, NSCA*, note 659, paragraphe 99.

⁶⁶¹ *Bragg, CSC*, note 649, paragraphe 13.

- ⁶⁶² Bragg, CSC, note 649, paragraphe 23.
- ⁶⁶³ Bragg, CSC, note 649, paragraphes 28 et 29.
- ⁶⁶⁴ *Vancouver Sun (Re)*, note 650, paragraphe 25.
- ⁶⁶⁵ Sujoy Chatterjee, « Balancing Privacy and the Open Court Principle in Family Law: Does De-Identifying Case Law Protect Anonymity? » (2014) 23 *Dal J. Leg Stud* 91, [Chaterjee, Balancing Privacy].
- ⁶⁶⁶ Jane Bailey et Jacquelyn Burkell, « Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication: Questioning Presumptive Public Access to Parties' and Witnesses' Personal Information » (2017) 48 *Ottawa Law Rev* 143, 154 [Bailey, Burkell].
- ⁶⁶⁷ Rolph, Anonymity and Defamation, note 655.
- ⁶⁶⁸ *McKeogh v. John Doe 1* (User Name Daithii4u), [2012] IEHC 95. Voir Eva Nagle, « “Unringing” the Bell that Has Sounded so Loudly: Maintaining Anonymity When Suing for Defamation and Breach of Privacy in the Internet Realm », 22 janvier 2014, <https://ssrn.com/abstract=2383222>.
- ⁶⁶⁹ Chaterjee, Balancing Privacy, note 665.
- ⁶⁷⁰ Ces sites n'ont pas de procédures propres pour conserver des renseignements personnels.
- ⁶⁷¹ Bailey, Burkell, note 666, 180.
- ⁶⁷² Voir, par exemple, Solove, *Future of Reputation*, note 195, chapitre 5, 121.
- ⁶⁷³ Karen Eltis, « The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship Between Privacy and Accessibility in the Cyber Context » (2011) 56 *McGill L.J.* 291.
- ⁶⁷⁴ Rolph, Anonymity and Defamation, note 655.
- ⁶⁷⁵ Voir *Église de scientologie*, note 1. Voir aussi, par exemple, CPVPC, *Réputation en ligne*, note 187.
- ⁶⁷⁶ Samuel D. Warren et Louis D. Brandeis, « The Right to Privacy » (1890) 4 *Harv L Rev* 193.
- ⁶⁷⁷ *Justice K.S. Puttaswamy v. Union of India*, Writ Petition (Civil) n° 494 / 2012, Cour suprême de l'Inde, 24 août 2017, paragraphe 170 [Puttaswamy].
- ⁶⁷⁸ David Mangan, *The Relationship Between Defamation, Breach Of Privacy And Other Legal Claims Involving Offensive Internet Content*, rapport commandé par la CDO, juillet 2017, 20, <http://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2017/07/DIA-Commissioned-Paper-Mangan.pdf>, 20, [Mangan, Defamation, Privacy].
- ⁶⁷⁹ Mangan, Defamation, Privacy, note 678.
- ⁶⁸⁰ Bailey, Steeves, note 191, 5, 78, 92.
- ⁶⁸¹ *Église de Scientologie*, note 1, paragraphe 121.
- ⁶⁸² *Pfeifer v Austria*, (2009) 48 EHRR 8.
- ⁶⁸³ Mullis, Scott, note 116. Une proposition récente veut que la réputation ne fasse pas partie de la vie privée, mais que l'atteinte à la réputation puisse y nuire : Aplin, Bosland, note 116, page 265.
- ⁶⁸⁴ Mangan, note 678, page 24.
- ⁶⁸⁵ Mangan, note 678, page 28.
- ⁶⁸⁶ Hunt, Hodgepodge, note 124. Par exemple : *Tolley v Fry*, [1931] AC 333 (HL).
- ⁶⁸⁷ *Tsige*, note 9.
- ⁶⁸⁸ La décision dans *Jones v. Tsige* a été appliquée à un scénario de divulgation dans *Jane Doe 464533 v. ND*, une affaire de porno-vengeance. Toutefois, la décision a été rendue dans le contexte d'un jugement par défaut et elle a été annulée depuis : *Jane Doe 464533 v ND*, 2016 ONSC 541, [Doe v. ND].
- ⁶⁸⁹ *Loi sur la protection de la vie privée*, C.P.L.M. chapitre P125; *Privacy Act*, RSBC 1996, chapitre 373; *Privacy Act*, RSS 1978, chapitre P-24; *Privacy Act*, RSNL 1990, chapitre P-22. Le Québec reconnaît également le droit à la vie privée en vertu de sa *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ chapitre C-12 [Charte du Québec].
- ⁶⁹⁰ *Code civil du Québec*, note 73, articles 3, 35, 36 et 37; Charte du Québec, note 689, article 5.
- ⁶⁹¹ *Loi sur la protection des Canadiens contre la cybercriminalité*, L.C. 2014, chapitre 31.
- ⁶⁹² *Loi sur la protection des images intimes*, C.P.L.M. c I87, article 11; *Protecting Victims of Non-Consensual Distribution of Intimate Images Act*, SA 2017, chapitre P-26.9.
- ⁶⁹³ *Doe v. ND*, note 688.
- ⁶⁹⁴ *Jane Doe 464533 v. ND*, 2016 ONSC 4920.
- ⁶⁹⁵ Bailey, Steeves, note 191, page 32.

⁶⁹⁶ L'intimidation a été définie comme « un comportement répété qui a pour intention de causer – ou dont on devrait savoir qu'il va causer – un sentiment de peur, d'humiliation, de détresse ou d'autres formes de préjudices à une autre personne en ce qui a trait à sa condition physique, ses sentiments, son estime de soi, sa réputation ou ses biens » : *AB c. Bragg Communications Inc.*, [2012] 2 RCS 567, paragraphe 21, [*AB c. Bragg*].

⁶⁹⁷ *AB c. Bragg*, note 696.

⁶⁹⁸ *Cyber-safety Act*, SNS 2013, C 2, article 21; *Crouch v. Snell*, 2015 NSSC 340, [*Crouch*].

⁶⁹⁹ *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, chapitre H.19, paragraphe 10(1).

⁷⁰⁰ *Warman v. Grosvenor*, (2008) 92 OR (3d) 663 (SC).

⁷⁰¹ *Protection from Harassment Act*, 1997, c 40, paragraphe 1(1) [PHA].

⁷⁰² *Convention européenne des droits de l'homme*, note 75, intégrée à la *Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998 c 42.

⁷⁰³ *Campbell v MGN Ltd.*, [2004] UKHL 22, paragraphe 51 [*Campbell*].

⁷⁰⁴ Mangan, note 678, 37.

⁷⁰⁵ Mangan, note 678, 37.

⁷⁰⁶ L'Ontario réglemente la divulgation de renseignements personnels par les établissements publics et les dépositaires de renseignements sur la santé : *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, chapitre F.31; *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, chapitre M.56; *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé*, L.O. 2004, chapitre 3, annexe A.

⁷⁰⁷ LPRPDÉ, note 617. La LPRPDÉ a été promulguée pour satisfaire à la directive de l'Union européenne de 1998 qui interdit aux membres de l'UE d'exporter des données personnelles vers des pays tiers qui ne protègent pas adéquatement les renseignements personnels : Mangan, note 678, 41. Le respect de cette directive était une condition préalable aux échanges avec des pays membres de l'UE. L'UE a mis en place un nouveau *Règlement général sur la protection des données* harmonisé qui entrera en vigueur en 2018. On se demande si la LPRPDÉ sera jugée conforme à ce règlement : Susan Krashinsky Robertson, « Calls Grow for Canada to Modernize Privacy Laws Amid EU Changes », *The Globe and Mail*, 24 juillet 2017, <https://beta.theglobeandmail.com/report-on-business/industry-news/marketing/calls-grow-for-canada-to-modernize-privacy-laws-amid-eu-changes/article35778176/?ref=http://www.theglobeandmail.com&>.

⁷⁰⁸ Hunt, Hodgépodge, note 124, 181.

⁷⁰⁹ Voir l'analyse d'Alex Cameron et Michelle Johnston, « Current Trends in Canadian Privacy Law of Interest to the Media Industry: Damage Awards, Tort Claims and Class Actions », *Ad Idem 2012 Annual Conference, Canadian Media Lawyers Association* [Cameron, Johnston]; *Girao c. Zarek Taylor Grossman Hanrahan LLP*, 2011 CF 1070, paragraphe 42 [*Girao*].

⁷¹⁰ *Girao*, note 709, paragraphe 47.

⁷¹¹ *Nammo c. Transunion of Canada Inc.*, 2010 CF 1284, [*Nammo*].

⁷¹² *Nammo*, note 711, paragraphes 67 et 68.

⁷¹³ *Nammo*, note 711, paragraphe 71.

⁷¹⁴ Premièrement, la Loi s'applique uniquement à la collecte de renseignements personnels dans le cadre d'activités commerciales; elle ne s'applique donc pas, par exemple, aux violations de la vie privée dans les médias sociaux. Deuxièmement, les pouvoirs du Commissariat sont limités à formuler des recommandations non contraignantes, et la possibilité d'intenter une action en justice n'est pas tellement intéressante, car a) il faut d'abord aller jusqu'au bout du processus du Commissariat; b) le tribunal accordera des dommages-intérêts seulement dans les cas les plus flagrants; c) même si des dommages-intérêts sont accordés, ils sont généralement modestes. Troisièmement, les violations en ligne de la vie privée mettent souvent en cause des sites Web étrangers ce qui soulève des questions de compétence concernant l'applicabilité extraterritoriale de la LPRPDÉ. CPVPC, Réputation en ligne, note 187, 6.

⁷¹⁵ Pour une analyse sur l'exemption à des fins journalistiques, voir *AT c. Globe24h.com*, 2017 CF 114, paragraphe 65.

⁷¹⁶ *Data Protection Act 1998* (R.-U.), chapitre 29 [DPA].

⁷¹⁷ *Convention européenne des droits de l'homme*, note 75, article 8.

⁷¹⁸ DPA, note 716, article 32.

⁷¹⁹ Convention européenne des droits de l'homme, note 75, article 10.

⁷²⁰ Michael Patrick et Alicia Mendonca, *Using data protection law to defend your reputation: what about the new Data Protection Bill?*, <https://inform.org/2017/09/05/using-data-protection-law-to-defend-your-reputation-what-about-the-new-data-protection-bill-michael-patrick-and-alicia-mendonca/> [Patrick, Mendonca]

⁷²¹ DPA, note 716, paragraphe 4(4).

⁷²² DPA, First Data Protection Principle.

⁷²³ *Law Society v. Kordowski*, [2011] EWHC 3182 (QB), paragraphe 78, 100, [Kordowski].

⁷²⁴ Kordowski, note 723.

⁷²⁵ *Protection from Harassment Act 1997* (R.-U.), 1997 chapitre 40.

⁷²⁶ Kordowski, note 723, paragraphe 74.

⁷²⁷ *Prince Hicham v. Elaph Publishing Ltd.*, [2017] EWCA Civ 29.

⁷²⁸ *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, [1995] JO, L281/31, [Commission européenne]. Toutefois, en 2016, l'UE a adopté le *Règlement général sur la protection des données* pour remplacer la Directive. Le règlement entrera en vigueur en 2018 et créera un seul régime réglementaire unifié en matière de vie privée : *Règlement général sur la protection des données* (EU) 2016/679, entrée en vigueur prévue le 25 mai 2018.

⁷²⁹ *Google Spain*, note 76; Cour de justice de l'Union européenne, Communiqué de presse, 70/14, « Arrêt dans C-131/12 *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González* » (13 mai 2014), paragraphe 93, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070fr.pdf>, 3). La Cour a décrit le droit à l'oubli comme suit : « l'exploitant d'un moteur de recherche est obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, [...] et ce, le cas échéant, même lorsque leur publication en elle-même sur lesdites pages est licite » (*Google Spain*, note 76, paragraphe 94).

⁷³⁰ *Google Spain*, note 76, paragraphe 94.

⁷³¹ Commission européenne, note 728, 2.

⁷³² Commission européenne, note 728, 5.

⁷³³ Ivor Shapiro et Brian MacLeod Rogers, « How the "Right to be Forgotten" Challenges Journalistic Principles », *Digital Journalism*, 2017, vol. 5, page 1101; Ellis Schindler, « Will the Right to be Forgotten be just a Memory? », *Inform's Blog*, 8 juillet 2016, <https://inform.wordpress.com/2016/07/08/will-the-right-to-be-forgotten-be-just-a-memory-ellis-schindler/>; Eloïse Gratton et Jules Polonetsky, « Privacy Above All Other Fundamental Rights? Challenges with the Implementation of a Right to Be Forgotten in Canada », 28 avril 2016, présentation au Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, pages 10-18, www.eloisegratton.com/files/sites/4/2016/04/PolonetskyGratton_RTBFpaper_FINAL.pdf, [Gratton, Polonetsky]; David T.S. Fraser, « You'd Better Forget the Right to Be Forgotten in Canada », *Canadian Privacy Law* (blogue), 28 avril 2016, <http://blog.privacylawyer.ca/2016/04/you-d-better-forget-right-to-be.html>.

⁷³⁴ Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données)*, COM (2012) 11 final, article 17, L 119/43 – 119/44. Le règlement a été approuvé par le Parlement européen en avril 2016 et entrera en vigueur en mai 2018 (CE, *Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil*, (2016) L119/1 – L 119/89, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2016:119:FULL&from=FR>, 132.)

⁷³⁵ Google, « Transparency Report » (chiffres du 4 août 2016), <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/>.

⁷³⁶ CPVPC, Réputation en ligne, note 187.

⁷³⁷ Gratton, Polonetsky, note 733, pages 10-18.

⁷³⁸ Gratton, Polonetsky, note 733, page 47.

⁷³⁹ Une partie prenante consultée par le conseil consultatif de Google à la suite de l'arrêt *Google Spain* a affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « Nous ne parlons pas d'un droit à l'oubli, mais du droit d'une personne de contester le

traitement de ses données personnelles » : Moritz Karg, Commissioner for Data Protection Hamburg Data Protection Authority, Advisory Council Meeting, Berlin, 14 octobre 2014, cité dans le *Advisory Council to Google Report*, 6 février 2015, http://www.cil.cnrs.fr/CIL/IMG/pdf/droit_oubli_google.pdf, 3 [Advisory Council to Google Report].

⁷⁴⁰ Le déréférencement c'est le retrait de l'information de la liste des résultats d'une recherche à partir du nom de la personne concernée. Toutefois, l'information n'est pas supprimée complètement d'Internet. Le conseil consultatif de Google a fait remarquer que des critères juridiques différents pourraient s'appliquer pour déterminer si la suppression de l'information est justifiée : Advisory Council to Google Report, note 739, 4.

⁷⁴¹ Cheer, note 204, 312.

⁷⁴² Mangan, Defamation, Privacy, note 678, 21.

⁷⁴³ Mangan, Defamation, Privacy, note 678, 22.

⁷⁴⁴ *Lawson c. Accusearch Inc.*, [2007] 4 RCF 314.

⁷⁴⁵ *McKennitt v. Ash*, [2006] EWCA Civ 1714, paragraphes 80, 86.

⁷⁴⁶ Katherine Schulten et Amanda Christy Brown, « Evaluating Sources in a “Post-Truth” World: Ideas for Teaching and Learning about Fake News », *New York Times*, 19 janvier 2017, <https://www.nytimes.com/2017/01/19/learning/lesson-plans/evaluating-sources-in-a-post-truth-world-ideas-for-teaching-and-learning-about-fake-news.html>.

⁷⁴⁷ Bailey, Steeves, note 191, 36, 40, 71.

⁷⁴⁸ Bailey, Steeves, note 191, 41.

⁷⁴⁹ Bailey, Steeves, note 191, 6.

⁷⁵⁰ *Puttaswamy*, note 677, paragraphes 55, 56, jugement minoritaire concordant de Sanjay Kishan Kaul, citant Daniel Solove, « 10 Reasons Why Privacy Matters », 20 janvier 2014, <https://www.teachprivacy.com/10-reasons-privacy-matters/>.

⁷⁵¹ Toutefois, l'opinion contraire a aussi été avancée, à savoir que la dichotomie vérité/fausseté est toujours au cœur du délit de diffamation. Eric Descheemaeker soutient que la vérité est à juste titre un moyen de défense complet contre une action en diffamation puisque la nature du délit ne concerne pas la réputation dans son ensemble, mais la réputation *méritée* ou la *renommée*. Le droit de la diffamation a été interprété largement pour protéger des droits liés à la dignité comme la vie privée et l'amour-propre sous la rubrique de la réputation, mais ils ne sont pas correctement inscrits dans le cadre de ce droit : Eric Descheemaeker, « “Veritas non est defamatio?” Truth as a Defence in the Law of Defamation », (2011) 31 *Legal Studies* 1.

⁷⁵² Rolph, Vindicating, note 123, 291.

⁷⁵³ Rolph, Vindicating, note 123, 293-294.

⁷⁵⁴ Rolph, Vindicating, note 123, 304.

⁷⁵⁵ Rolph, Vindicating, note 123.

⁷⁵⁶ Rolph, Vindicating, note 123, 307.

⁷⁵⁷ Rolph, Vindicating, note 123, 304.

⁷⁵⁸ Ceci se démarque de l'Union européenne où les tribunaux doivent établir un équilibre entre le droit à la vie privée que prévoit l'article 8 et le droit à la liberté d'expression que prévoit l'article 10.

⁷⁵⁹ *Chandra v. CBC*, 2015 ONSC 6519, paragraphe 49 [*Chandra*].

⁷⁶⁰ *Chandra*, note 759, paragraphe 49 [*Chandra*]; *Griffin v. Sullivan*, 2008 BCSC 827. En Angleterre, voir *Cooper v. Turrell*.

⁷⁶¹ De 2015 à 2016, le nombre d'arrêts relatifs à la diffamation rendus en Angleterre et dans le Pays de Galles est passé de 56 à 37. Patrick et Mendonca, note 720. Voir aussi le tableau des arrêts (2010-2017), « Table of media Law Cases », *Inform's Blog*, <https://inform.wordpress.com/table-of-cases-2/>.

⁷⁶² *Crouch*, note 698, paragraphe 67, citant la *Cyber-safety Act*, SNS 2013, article 3.

⁷⁶³ *Crouch*, note 698, paragraphe 141.

⁷⁶⁴ *Nova Scotia (Director of Public Safety) v. Lee*, 2015 NSSC 71.

⁷⁶⁵ *AB c. Bragg*, note 696.

⁷⁶⁶ David Rolph, « Preparing for a Full-Scale Invasion? Truth, Privacy and Defamation », *Communications Law Bulletin*, 2007, vol. 25, 7.

⁷⁶⁷ Rolph, *Vindicating*, note 123. En 1948, le comité Porter a décidé de ne pas élargir le champ d'application du droit en matière de diffamation pour y inclure l'atteinte à la vie privée, estimant que cette dernière constituait un problème de [TRADUCTION] « bon goût » et de « discipline interne devant être établie par un accord entre les organismes d'entreprises de presse et journalistiques » : Comité Porter, note 10, 10. De même, la Commission du droit de la Nouvelle-Galles du Sud de 1971 a exclu de la portée de son projet de réforme l'atteinte à la vie privée et la divulgation de renseignements confidentiels, déclarant que le droit en matière de diffamation n'était pas [TRADUCTION] « un instrument adéquat pour cette tâche ». Le Faulks Committee de 1975 a souscrit à ces conceptions. Rapport du Faulks Committee citant la Privacy Commission de 1972. Plus près de nous, le processus de réforme en Angleterre qui a débouché sur la *Defamation Act 2013* a traité uniquement du droit en matière de diffamation. Toutefois, faisant exception à cette tendance, la Law Reform Commission de l'Australie a abordé aussi bien la diffamation que la vie privée dans son rapport de 1979 intitulé *Unfair Publication: Defamation and Privacy*.

⁷⁶⁸ Andrew T. Kenyon, « Defamation and privacy in an era of "more speech" », dans Kenyon, *Comparative Defamation*, note 116, page 6.

⁷⁶⁹ Rolph, *Vindicating*, note 123; Cheer, note 204; Mangan, *Defamation, Privacy*, note 678.

⁷⁷⁰ Cheer, note 204.

⁷⁷¹ Mangan, *Defamation, Privacy*, note 678, 56.

⁷⁷² Mangan, *Defamation, Privacy*, note 678, 51, 53.

⁷⁷³ Mangan, *Defamation, Privacy*, note 678, 19.

⁷⁷⁴ Cheer, note 204, 319-320.

⁷⁷⁵ Cheer, note 204, 320.

⁷⁷⁶ *Harmful Digital Communications Act (NZ)* (2015), 2015 No 63. Cheer décrit également un modèle constitutionnel possible que nous n'abordons pas ici : Cheer, note 204, 327.

⁷⁷⁷ Cheer, note 204, 325-326.

⁷⁷⁸ Commission de réforme du droit de l'Australie, note 63, page 9.

⁷⁷⁹ Commission de réforme du droit de l'Australie, note 63, page 9.

⁷⁸⁰ Commission de réforme du droit de l'Australie, note 63, page 204.

⁷⁸¹ John Gregory, « Intermediary Liability Revisited: Part 2 – Policy Questions », *Slaw*, 18 septembre 2014, <http://www.slaw.ca/2014/09/18/intermediary-liability-part-2-policy-questions/> [Gregory, *Intermediary Liability Part 2*].

⁷⁸² Riordan, note 227, 1. La CDO a adopté le terme « intermédiaires Internet » comme descripteur de ce projet pour les mêmes raisons énoncées par Riordan, note 227, 28.

⁷⁸³ Voir l'étude de cas de l'Internet Watch Foundation par Laidlaw, note 141, chapitre 4. Voir aussi Robert Epstein, « The New Censorship: How did Google become the internet's censor and master manipulator, blocking access to millions of websites? », 22 juin 2016, <https://www.usnews.com/opinion/articles/2016-06-22/google-is-the-worlds-biggest-censor-and-its-power-must-be-regulated>.

⁷⁸⁴ OCDE, *The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives*, Les Éditions de l'OCDE, 2011, 20 [OCDE].

⁷⁸⁵ Riordan, note 227, paragraphe 2.40.

⁷⁸⁶ Riordan, note 227, paragraphe 2.46.

⁷⁸⁷ Riordan, note 227, paragraphe 2.57.

⁷⁸⁸ Riordan, note 227, paragraphes 2.58-2.59.

⁷⁸⁹ Riordan, note 227, paragraphes 2.73.

⁷⁹⁰ Voir, d'une manière générale, Laidlaw, note 141, chapitre 5.1.

⁷⁹¹ Selon une étude, 91 % du trafic Google provient des résultats de recherche qui s'affichent sur la première page. Eric Sharp, « The First Page of Google by the Numbers », *Protofuse*, 30 avril 2014, <http://www.protofuse.com/blog/first-page-of-google-by-the-numbers/>.

⁷⁹² *Google Inc. v. Duffy*, note 69, confirmant *Duffy v. Google Inc.*, note 6.

⁷⁹³ OCDE, note 784, 40-52, 189; L. Edwards, *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, présentation à l'OMPI, 22 juin 2011, 6-7; Riordan, note 227, 4.

- ⁷⁹⁴ Jerome Armstrong et Markos Moulitsas Zuniga, *Crashing the Gate: Netroots, Grassroots, and the Rise of People Powered Politics*, Chelsea Green Publishing, 2008.
- ⁷⁹⁵ OCDE, note 784, 66.
- ⁷⁹⁶ OCDE, note 784, 66.
- ⁷⁹⁷ OCDE, note 784, 66-67.
- ⁷⁹⁸ William R. King, « Knowledge Management and Organizational Learning », *Annals of Informations Systems*, 2009, vol. 4, 4-5.
- ⁷⁹⁹ R. Lambiotte et P. Panzarasa, « Communities, Knowledge Creation and Information Diffusion », *Journal of Infometrics*, 2009, vol. 3, 180-181.
- ⁸⁰⁰ OCDE, note 784, 64-65.
- ⁸⁰¹ OCDE, *The Internet Economy on the Rise: Progress Since the Seoul Declaration*, 2013, page 107 [OCDE 2]; OCDE, note 784, 61.
- ⁸⁰² European Digital Media Association, *Online Intermediaries: Impact on the EU Economy*, Copenhagen Economics, 2015, 20-25 [European Digital Media Association]; OCDE, note 784, 62-63.
- ⁸⁰³ European Digital Media Association, note 802, 20-21.
- ⁸⁰⁴ Laidlaw, Young, note 220, page 95.
- ⁸⁰⁵ Riordan, note 227, 9.
- ⁸⁰⁶ Des statistiques faisant état d'une augmentation importante du piratage en ligne et d'autres violations du droit d'auteur illustrent la difficulté d'appliquer la loi en ligne. Voir, par exemple, Commission européenne, *Online Copyright Enforcement, Consumer Behaviour, and Market Structure*, Institute for Prospective Technological Studies, 2015, 2.
- ⁸⁰⁷ R.J. Mann et S.R. Belzley, « Internet Ills: The Promise of Internet Liability » (2005) 47 *Williams & Mary LR* 1, 245-246.
- ⁸⁰⁸ Patricia L. Bellia et al., *Cyberlaw: Problems of Policy and Jurisprudence in the Information Age*, 4^e éd., Minnesota, Thomson Reuters, 2011, 495-496.
- ⁸⁰⁹ OCDE, note 784, 27, 30.
- ⁸¹⁰ Frank La Rue, *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, Assemblée générale des Nations Unies, 16 mai 2011, cité dans Laidlaw, *Regulating Speech*, note 141, 21.
- ⁸¹¹ *Davison v. Habeeb & Ors*, [2011] EWHC 3031(QB), cité dans Laidlaw, Young, note 220, page 12.
- ⁸¹² *Communications Decency Act*, note 71, article 230.
- ⁸¹³ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 RCS 427, paragraphe 46.
- ⁸¹⁴ *Crookes*, note 38. Les deux hyperliens en cause renvoyaient le lecteur à un site Web qui contenait trois articles prétendument diffamatoires. Un hyperlien a été considéré comme « simple » puisqu'il pointait simplement au site Web concerné, mais pas à une page spécifique. (Certains commentateurs soutiennent que les liens simples ne sont pas vraiment des hyperliens...). Le deuxième hyperlien était « profond » puisqu'il menait au contenu prétendument diffamatoire. Aucun des deux liens n'était accompagné d'une opinion au sujet du contenu diffamatoire ou ne répétait le contenu.
- ⁸¹⁵ Fischer, Iris et Lazier, Adam, « *Crookes v. Newton : The Supreme Court of Canada Brings Libel Law into the Internet Age* » (2012) 50 *Alberta LR* 205-217 [Fischer, Lazier].
- ⁸¹⁶ *Crookes*, note 38, paragraphe 26.
- ⁸¹⁷ *Crookes*, note 38, paragraphe 27.
- ⁸¹⁸ *Crookes*, note 38, paragraphe 25. Aussi dans *Niemela v. Malamas*, le tribunal a interprété la jurisprudence antérieure comme ayant restreint la règle traditionnelle en matière de diffusion : *Niemala*, note 370, paragraphes 85, 95.
- ⁸¹⁹ *Crookes*, note 38, paragraphe 36.
- ⁸²⁰ Fischer, Lazier, note 815, 211.
- ⁸²¹ Laidlaw, Young, note 220, page 34.
- ⁸²² *Baglow* 2015, note 41.

⁸²³ *Weaver v. Corcoran*, 2015 BCSC 165, infirmée et nouveau procès ordonné pour d'autres motifs, 2017 BCCA 160. Voir aussi *Niemala*, note 370, concluant que Google n'était pas un diffuseur avant d'être avisé de l'existence du contenu diffamatoire.

⁸²⁴ *Bunt v. Tilley*, [2006] EWHC 407 (QB)

⁸²⁵ *Metropolitan International Schools v. Design Technica*, [2009] EWHC 1765 (QB)

⁸²⁶ *Tamiz v. Google* (procès), 2012 EWHC 449 (QB).

⁸²⁷ *Tamiz* 2013 (appel), note 6.

⁸²⁸ Comme la diffamation postérieure à la signification de l'avis était insignifiante, l'appel a été rejeté.

⁸²⁹ *Trkulja v. Google* (No 5), [2012] VSC 533. Dans une autre instance mettant en cause Trkulja, *Google v. Trkulja* [2016] VSCA 33, la cour a statué que les moteurs de recherche différaient sensiblement des exploitants de sites Web dans le degré de contrôle qu'ils exercent sur les résultats de recherche qui sont basés sur des algorithmes. Elle a mis en garde contre une analyse universelle. Selon son raisonnement, les moteurs de recherche sont des diffuseurs secondaires de résultats de recherche plutôt que des diffuseurs primaires. Toutefois, elle a refusé de se prononcer sur la question de diffusion puisque le contenu n'avait pas de sens diffamatoire (paragraphe 285, 347).

⁸³⁰ *Google Inc. v. Duffy*, note 69, confirmant *Duffy v. Google Inc.*, note 6.

⁸³¹ Laidlaw, Young, note 220, page 20.

⁸³² *Visscher v. Maritime Union of Australia* (No 6), [2014] NSWSC 350.

⁸³³ *Cripps v. Vakras*, [2014] VSC 110.

⁸³⁴ *Oriental Press Group Ltd v. Fevaworks Solutions Ltd*, [2013] HKCFA 47.

⁸³⁵ Riordan, note 227, paragraphe 8.83.

⁸³⁶ *Karam v. Fairfax New Zealand Limited*, [2012] NZHC 1331, paragraphe 44.

⁸³⁷ Laidlaw, Young, note 220, page 33.

⁸³⁸ La priorité accordée à l'obligation de diligence raisonnable est compatible avec l'analyse du caractère raisonnable qui apparaît ailleurs dans le droit en matière de diffamation. Voir chapitre IV, section E.

⁸³⁹ Riordan, note 227, 230.

⁸⁴⁰ Cette inquiétude a joué un rôle clé aux États-Unis pour octroyer l'immunité aux intermédiaires en vertu de l'article 230 de la *Communications Decency Act*, note 71. Laidlaw, Young, note 220, pages 20-21.

⁸⁴¹ Laidlaw, Young, note 220, page 86; Scott, Recommendations, note 56, paragraphe 2.59.

⁸⁴² Laidlaw, Young, note 220, page 85.

⁸⁴³ Scott, Recommendations, note 56, paragraphe 2.54. Voir aussi Ryan Turner, « Internet Defamation Law And Publication by Omission: A Multi-Jurisdictional Analysis », 2014.

⁸⁴⁴ Laidlaw, Young, note 220, page 89.

⁸⁴⁵ Laidlaw, Young, note 220, pages 91-92; Joachim Dietrich, « Clarifying the Meaning of "Publication" of Defamatory Matter in the Age of the Internet », (2013) 18 *Media and Arts Law Review*.

⁸⁴⁶ *Collins on Defamation*, note 3, paragraphe 4.86.

⁸⁴⁷ Laidlaw, Young, note 220, page 84.

⁸⁴⁸ Shea Huffman, « Electricity as utility. A model for the internet? », *Marketplace*, 10 novembre 2014, <http://www.marketplace.org/2014/11/10/tech/numbers/electricity-utility-model-internet>.

⁸⁴⁹ Laidlaw, *Regulating Speech*, note 141, 44.

⁸⁵⁰ Laidlaw, *Regulating Speech*, note 141, 48, 243.

⁸⁵¹ La question de la réglementation des intermédiaires peut se diviser en deux grandes catégories : la réglementation des processus du réseau et des processus opérationnels (réglementation directe) et la réglementation des contenus préjudiciables ou illégaux (réglementation indirecte). Ce projet a pour objectif cette deuxième catégorie.

⁸⁵² Le rapport entre la diffamation et des actions connexes en justice a été examiné dans une perspective plus large au chapitre VI.

⁸⁵³ UKDA 1996, note 231; UKDA 2013, note 50.

⁸⁵⁴ Voir Riordan, note 227, paragraphe 8.113.

⁸⁵⁵ UKDA 1996, note 231, paragraphe 1(1).

⁸⁵⁶ UKDA 1996, paragraphes 1(2) à 1(6).

⁸⁵⁷ *Collins On Defamation*, note 3, paragraphe 16:40.

⁸⁵⁸ Mullis, Scott, *Tilting at Windmills*, note 320.

⁸⁵⁹ UKDA 2013, note 50, article 10.

⁸⁶⁰ Voir, par exemple, l'affaire *Brett Wilson LLP v. Persons Unknown* dans laquelle les exploitants d'un site Web répertoriant les plaintes déposées par des tiers contre des avocats ont été jugés responsables de la diffusion de propos diffamatoires publiés dans la page du site Web dédiée aux plaintes et, par conséquent, inaptes à invoquer l'article 10 de la *Defamation Act 2013* : *Brett Wilson LLP*, note 560.

⁸⁶¹ *Defamation (Operators of Websites) Regulations 2013* SI 3028/2013, [*Website Operator Regulations*].

⁸⁶² Laidlaw, Young, note 220, page 39.

⁸⁶³ *Website Operator Regulations*, note 861, Annexe.

⁸⁶⁴ *Website Operator Regulations*, note 861, Annexe, article 3.

⁸⁶⁵ Ministry of Justice, *Complaints about defamatory material posted on websites: Guidance on Section 5 of the Defamation Act 2013 and Regulations*, janvier 2014, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/269138/defamation-guidance.pdf.

⁸⁶⁶ [TRADUCTION] « Par conséquent, en réalité, lorsqu'un l'auteur de propos est inconnu du demandeur, l'auteur ou l'intermédiaire finiront souvent par retirer les propos » : Taylor Wessing, « The website operators' defence for defamatory user generated content », *Lexology*, 8 juillet 2016, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=246bc2af-f53a-4f8b-9564-6c75a64fce06>.

⁸⁶⁷ *Website Operator Regulations*, note 861, article 8.

⁸⁶⁸ Mullis, Scott, *Tilting at Windmills*, note 320, page 101.

⁸⁶⁹ Scott, *Recommendations*, note 56, paragraphe 2.61.

⁸⁷⁰ Riordan, note 227, paragraphe 8.143.

⁸⁷¹ Laidlaw, Young, note 220, page 39.

⁸⁷² Laidlaw, Young, note 220, page 39.

⁸⁷³ *Communications Decency Act*, note 71.

⁸⁷⁴ Laidlaw, Young, note 220, page 59.

⁸⁷⁵ Même la protection solide que procure l'article 230 reste dans l'incertitude quant à savoir si un intermédiaire est un « service d'informatique interactif » ou s'il participe à l'élaboration de contenus de manière à devenir diffuseur. Voir Laidlaw, Young, note 220.

⁸⁷⁶ *Jones v. Dirty World Entertainment Recordings LLC* (2014).

⁸⁷⁷ Pour : Brian Holland, « In Defence of Online Intermediary Immunity », 2008; Laidlaw, Young, note 220, pages 67-68. Contre : Susan Freiwald, « Comparative Institutional Analysis in Cyberspace: The Case of Intermediary Liability for Defamation », 14.2 *Harv J L & Tech* 569, 656 (2001).

⁸⁷⁸ Laidlaw, Young, note 220, page 68; Ardia, « Free Speech Savior or Shield for Scoundrels: An Empirical Study of Intermediary Immunity under Section 230 of the Communications Decency Act » (2010) 43 *Loyola of Los Angeles Law Review* 373.

⁸⁷⁹ Voir *The Offensive Internet* pour une première perspective, et Balkin, *Future*, note 167, 433-436 pour une autre.

⁸⁸⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur [Directive].

⁸⁸¹ Riordan, note 227, paragraphe 12.06.

⁸⁸² Directive, note 880, article 12.

⁸⁸³ Directive, note 880, article 13.

⁸⁸⁴ Directive, note 880, article 14.

⁸⁸⁵ Riordan, note 227, paragraphe 12.116.

⁸⁸⁶ Riordan, note 227, paragraphe 12.150.

⁸⁸⁷ Laidlaw, Young, note 220, pages 50-59.

⁸⁸⁸ Laidlaw, Young, note 220, pages 55-56.

⁸⁸⁹ Laidlaw, Young, note 220, pages 58-59.

⁸⁹⁰ Directive, note 880.

⁸⁹¹ *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) 17 U.S.C. § 512.

⁸⁹² Laidlaw, Young, note 220, page 70.

⁸⁹³ *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, chapitre 20, articles 41.25 à 41.27. Cette loi est entrée en vigueur en 2015, mais le secteur recourait volontairement depuis 2005 à la pratique qu'elle prévoit.

⁸⁹⁴ Laidlaw, Young, note 220.

⁸⁹⁵ *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, note 893, paragraphe 41.26(3).

⁸⁹⁶ Gregory R. Hagen, « Modernizing ISP Copyright Liability », dans Michael Geist, dir., *From 'Radical Extremism' to 'Balanced Copyright': Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010, 359-360.

⁸⁹⁷ Ryan J. Black, Peter E.J. Wells et Sarah Kilpatrick, « Copyright Reform Bill C-11 », <http://www.mcmillan.ca/Copyright-Reform-Bill-C---11>. Voir aussi, Témoignages, Comité permanent du patrimoine canadien, 37^e législature, 3^e session, 22 avril 2004, <http://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/37-3/HERI/reunion-9/temoignages>. Voir, par exemple, les observations de Paul Spurgeon, vice-président, Services juridiques, et chef du contentieux, Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, et celles de Richard Pfohl, chef du contentieux, L'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement. On prétend aussi qu'un régime du double avis ne suffit pas, à lui seul, pour s'attaquer à des enjeux complexes, comme le partage de fichiers. Voir Barry Sookman, « Copyright Reform for Canada: What Should We Do?, Copyright Consultations Submission » (2009) 2 *Osgoode Hall Rev of Law and Policy* 73, 99-100.

⁸⁹⁸ Laidlaw, Young, note 220, pages 72-73.

⁸⁹⁹ Crookes, note 38.

⁹⁰⁰ Laidlaw, Young, note 200, page 43.

⁹⁰¹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, paragraphe 19(3).

⁹⁰² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, note 901, paragraphe 19(3).C

⁹⁰³ Conseil des droits de l'homme, CCPR/C/GC/34 (septembre 2011), paragraphe 47.

⁹⁰⁴ Frank La Rue, *Rapport établi par le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, A/66/290, 10 août 2011, page 7 [La Rue].

⁹⁰⁵ La Rue, note 904, paragraphe 27.

⁹⁰⁶ La Rue, note 904, paragraphe 47.

⁹⁰⁷ *Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et de l'Internet* (Signataires : Rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'expression et d'opinion, Représentant de l'OSCE pour la liberté des médias, Rapporteuse spéciale de l'OEA pour la liberté d'expression, Rapporteur spécial sur la liberté d'expression de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 1^{er} juin 2011 [Déclaration conjointe]. Cette Déclaration conjointe est conforme au paragraphe 19(3), tout en fournissant plus de détails. Par exemple, elle prévient que les systèmes classiques de réglementation pourraient ne pas être appropriés pour l'Internet et qu'il faudrait accorder plus d'attention au « développement d'approches alternatives et adaptées aux caractéristiques uniques d'Internet, afin de répondre aux contenus illicites ». L'autorégulation et les efforts d'éducation sont conseillés comme moyen de « promouvoir la capacité de chacun à utiliser l'Internet de manière autonome et responsable ».

⁹⁰⁸ Déclaration conjointe, note 907, 2a.

⁹⁰⁹ Déclaration conjointe, note 907, 5.

⁹¹⁰ David Kaye, *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, A/HRC/32/38 (2016) [Kaye].

⁹¹¹ Kaye, note 910, 12, 14.

⁹¹² Laidlaw, Young, note 220, pages 46-47.

⁹¹³ Laidlaw, Young, note 220, pages 75-76. Principes de Manille sur la responsabilité des intermédiaires », <https://www.manilaprinciples.org/principles>. Les auteures passent également en revue le *Marco Civil* du Brésil, une autre démarche semblable à l'égard de la responsabilité des intermédiaires, fondée sur les droits de la personne.

⁹¹⁴ John Gregory, *Intermediary Liability Part 2*, note 781. Voir aussi John Gregory, « Intermediary Liability Revisited: Part 1 – Examples », *Slaw*, 8 juillet 2014, <http://www.slaw.ca/2014/07/08/intermediary-liability-revisited-part-1-examples/>.

⁹¹⁵ Voir le chapitre V sur les questions de compétence.

⁹¹⁶ Laidlaw, *Regulating Speech*, note 141, 244.

⁹¹⁷ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, paragraphe 127.

⁹¹⁸ Scott, *Recommendations*, note 56, 61.

⁹¹⁹ Des preuves empiriques montrent que des contenus sont retirés trop souvent sans motif valable : Keller, note 178.

⁹²⁰ Tamir Israel, « Crookes v. Newton : Speculations on Intermediary Liability... », *Slaw*, Substantive Law: Judicial Decisions, 2 novembre 2011, <http://www.slaw.ca/2011/11/02/crookes-v-newton-speculations-on-intermediary-liability/>.

⁹²¹ Scott, *Recommendations*, note 56, paragraphe 2.63.

⁹²² Voir, par exemple, *Canadian National Railway v. Google Inc*, 2010 ONSC 3121.

⁹²³ Riordan, note 227, paragraphe 8.108.

⁹²⁴ La Rue, note 904, paragraphe 42.

⁹²⁵ Les *Website Operator Regulations* du Royaume-Uni tentent de régler ce problème en prévoyant le retrait automatique d'un contenu identique ou sensiblement identique à celui ayant déjà fait l'objet de deux ou plusieurs avis de plainte : *Website Operator Regulations*, note 861, Annexe, article 9.

⁹²⁶ Laidlaw, Young, note 220, page 96.

⁹²⁷ Laidlaw, Young, note 220.

⁹²⁸ Laidlaw, Young, note 220, pages 96-107.

⁹²⁹ La proposition de Laidlaw et Young favoriserait également la responsabilité sociale des entreprises en établissant que les conditions d'utilisation et les pratiques internes d'un intermédiaire soient prises en compte par un tribunal dans la détermination d'une amende en vertu du régime.

⁹³⁰ Solove, *Future of Reputation*, note 195, chapitre 5, 123.

⁹³¹ Laidlaw, *Are We Asking*, note 373, page 81.

⁹³² Laidlaw, *Are We Asking*, note 373.

⁹³³ Laidlaw, *Are We Asking*, note 373, pages 17-19.

⁹³⁴ Solove, *Future of Reputation*, note 195, chapitre 5, 122.

⁹³⁵ Bailey, Steeves, note 191, étude analysée dans Laidlaw, *Are We Asking*, note 373, page 29.

⁹³⁶ Laidlaw, *Are We Asking*, note 373, pages 34, 91.

⁹³⁷ Balkin, *Digital Speech*, note 167, page 6.

⁹³⁸ Nous ne disposons pas de statistiques pouvant le confirmer, mais on peut en déduire des deux millions de plaintes reçues par Facebook en une seule semaine comparées à la cinquantaine de décisions rendues par des tribunaux en Angleterre et dans le Pays de Galles en 2012.... (à confirmer).

⁹³⁹ Les jeunes ont aussi tendance à signaler l'incident à un enseignant : Bailey, Steeves, note 191, page 56.

⁹⁴⁰ Il n'existe pas de statistiques faisant état de l'utilisation de mécanismes de plainte en ligne pour des cas de diffamation. Toutefois, une étude sur le harcèlement en ligne menée par le Pew Research Centre a révélé que des renseignements erronés avaient été diffusés en ligne au sujet de 26 % des adultes répondants (dans 17 % des cas, ces renseignements étaient préjudiciables à leur réputation) et la moitié d'entre eux avaient demandé que ces renseignements soient retirés ou corrigés. Pew Research Centre, étude analysée par Laidlaw, note 373, page 21.

⁹⁴¹ Facebook, « Code of conduct », <https://www.facebook.com/notes/msn-canada/code-of-conduct/310898272257690>.

⁹⁴² « Tips on writing a review to avoid defamation | Glassdoor », http://help.glassdoor.com/article/Tips-on-writing-a-review-to-avoid-defamation/en_US

⁹⁴³ Reddiquette – Reddit.com, <https://www.reddit.com/wiki/reddiquette>.

⁹⁴⁴ Règles de Twitter – Centre d'assistance, <https://support.twitter.com/articles/75576#>.

⁹⁴⁵ « Rules – 4chan », <http://www.4chan.org/rules>.

⁹⁴⁶ 4Chan: Janitor Application – 4Chan, <https://www.4chan.org/janitorapp>; Reddit: What is a moderator? | Reddit, <https://www.reddithelp.com/en/categories/reddit-101/moderators/what-moderator>, Microsoft : Constitution de votre réputation – communauté Microsoft, <https://answers.microsoft.com/fr-fr/page/faq?auth=1#faqBuildingYourReputation1>.

⁹⁴⁷ James Grimmelman, « The Virtues of Moderation », 17 *Yale JL & Tech* (2015), 94.

⁹⁴⁸ Reddit professe une philosophie axée sur une conception très libertaire du contenu à ne pas supprimer, se déroband ainsi très activement aux obligations de la législation sur la diffamation. Par exemple, à la suite de l'attentat à la bombe à Boston, un groupe d'utilisateurs dans un « subreddit » (sujets de discussion plus restreints) ont identifié à tort un étudiant de premier cycle, Sunil Tripathi, comme l'un des responsables, déclenchant une frénésie médiatique et portant atteinte à sa réputation. Ainsi, les systèmes de réputation en ligne peuvent entraîner la transgression de normes en matière de diffamation par des modérateurs autoproclamés, ce qui met en jeu le concept de l'unique personne raisonnable au sein d'une communauté.

⁹⁴⁹ Laidlaw, *Are We Asking*, note 373, page 20.

⁹⁵⁰ Ken Manbert Salcedo, « Instagram Adds 'DeepText' Algorithm To Filter Out Offensive Comments, Harassment », *IBT*, 29 juin 2017, <http://www.ibtimes.com/instagram-adds-deeptext-algorithm-filter-out-offensive-comments-harassment-2559292>.

⁹⁵¹ Julia Angwin et Hannes Grassegger, « Facebook's Secret Censorship Rules Protect White Men from Hate Speech But Not Black Children », *ProPublica*, 28 juin 2017, <https://www.propublica.org/article/facebook-hate-speech-censorship-internal-documents-algorithms>.

⁹⁵² Voir, par exemple, Gabriel Gimenes, Robson L. F. Cordeiro et Jose F. Rodrigues-Jr, « ORFEL: Efficient Detection of Defamation Or Illegitimate Promotion in Online Recommendation », *Information Sciences*, février 2017, volume 379, page 274; Elijah Bitting, Jonathan Carter et Ali A Ghorbani, « Detecting And Preventing Defamation in Multiagent Systems », *Communication Networks and Services Research Conference 2003* (sujet approfondi dans Elijah Bitting et Ali A Ghorbani, « Protecting e-commerce agents from defamation », *Electronic Commerce Research and Applications*, volume 3, numéro 1, printemps 2004, page 21).

⁹⁵³ Certains hébergeurs de sites Web, mais pas tous, ont mis en place des mécanismes d'appel en vertu desquels les utilisateurs peuvent se défendre contre des mesures disciplinaires. Ces mécanismes permettent aux utilisateurs de demander à d'autres utilisateurs de passer en revue les commentaires et d'en rajouter s'il y a lieu (Ebay, Règlement sur le retrait des insatisfactions, <http://pages.cafr.ebay.ca/help/policies/defect-removal.html>, Facebook, « Mon compte personnel Facebook est désactivé », <https://www.facebook.com/help/103873106370583?helpref=search&sr=5&query=appeal>) ou de présenter des renseignements prouvant la véracité de leurs propos (HomeStars, « What should I do if I think a review is fake » dans *Frequently Asked Questions*, HomeStars, <https://homestars.com/companies/faq>).

⁹⁵⁴ Danielle Keats Citron, « Technological Due Process », 85 *Wash U L Rev.* 1249, 1252. Voir aussi Karen Eltis, « The Unwitting Foreign Arbiters of Charter Rights: Facebook's "(Quasi) Judicial" Appointment », *CBA National*, janvier 2017.

⁹⁵⁵ Laidlaw, *Are We Asking*, note 373, page 79.

⁹⁵⁶ Pages d'aide, « Signaler un abus », Facebook, https://www.facebook.com/help/1753719584844061?helpref=hc_global_nav Abuse

⁹⁵⁷ Laidlaw, *Are We Asking*, note 373, page 80.

⁹⁵⁸ Laidlaw, *Are We Asking*, note 373, page 80.

⁹⁵⁹ Charlie Warzel, « It Only Adds to the Humiliation" How Twitter Responds to Harrassers », *Buzzfeed News*, 22 septembre 2016, https://www.buzzfeed.com/charliewarzel/after-reporting-abuse-many-twitter-users-hear-silence-or-wor?utm_term=.dry9IY8YL#.dtemEdrd1. Buzzfeed prend soin de faire remarquer que l'étude n'est pas rigoureuse sur le plan scientifique.

⁹⁶⁰ Les implications juridiques et stratégiques de l'arrêt *Google Spain* sont abordées dans David Lindsay, « The "Right to be Forgotten" By Search Engines », dans Kenyon, *Comparative Defamation*, note 116, page 199.

⁹⁶¹ *Google Spain*, note 76; Cour de justice de l'Union européenne, Communiqué de presse, 70/14, « Arrêt dans l'affaire C-131-12 *Google Spain SL, Google Inc v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González* », 13 mai 2014, paragraphe 93, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014->

[05/cp140071fr.pdf](https://cp140071fr.pdf). La Cour a décrit le droit à l'oubli comme suit : « l'exploitant d'un moteur de recherche est obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, [...] et ce, le cas échéant, même lorsque leur publication en elle-même sur lesdites pages est licite » (*Google Spain*, paragraphe 88).

⁹⁶² Jimmy Wales, Advisory Council to Google Report, note 739, page 27. Voir aussi Frank La Rue, Advisory Council to Google Report, note 739, page 29 [TRADUCTION] « [...] la protection des droits de la personne est une responsabilité de l'État et, dans les cas où il peut y avoir une limitation de l'exercice d'un droit pour empêcher un préjudice ou la violation d'autres droits ou dans l'intérêt supérieur de la société, c'est l'État qui doit prendre ces décisions. »

⁹⁶³ Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Advisory Council to Google Report, note 739, page 25.

⁹⁶⁴ Advisory Group to Google Report, note 739, page 34.

⁹⁶⁵ Advisory Group to Google Report, note 739, page 36.

⁹⁶⁶ Les agents de protection des données sont responsables de la protection de la vie privée.

⁹⁶⁷ Laidlaw, Are We Asking, note 373, page 75.

⁹⁶⁸ Laidlaw, Young, note 220.

⁹⁶⁹ Laidlaw, Young, note 220, pages 106-107.

⁹⁷⁰ Laidlaw, Are We Asking, page 41.

⁹⁷¹ Laidlaw, Are We Asking, note 373, page 27.

⁹⁷² Laidlaw, Are We Asking, note 373, pages 27-28.

⁹⁷³ Voir, par exemple, son examen de l'Autorité canadienne pour les enregistrements Internet (ACEI) qui gère les noms de domaine .ca. Elle laisse entendre que l'ACEI offre un bon exemple d'un [TRADUCTION] « organisme privé de règlement de différends qui fournit des services aux côtés des actions en justice classiques, ayant vu le jour en raison du système de litige actuel, coûteux en temps et en argent, qui ne suffit pas à régler le très grand nombre de différends de faible valeur en cause ». Laidlaw, Are We Asking, note 373, pages 52-53.

⁹⁷⁴ Laidlaw, Are We Asking, note 373, pages 40-41.

⁹⁷⁵ Alastair Mullis et Andrew Scott, « Reframing Libel: Taking (All) Rights Seriously and Where It Leads », LSE Legal Studies Working Paper n° 20/2010, 14 décembre 2010, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1718998, [Mullis, Scott, Reframing Libel].

⁹⁷⁶ Mullis, Scott, Reframing Libel, note 975, page 23.

⁹⁷⁷ Mullis, Scott, Reframing Libel, note 975, page 24.

⁹⁷⁸ Mullis, Scott, Reframing Libel, note 975, page 24.

⁹⁷⁹ Mullis, Scott, Reframing Libel, note 975, page 24.

⁹⁸⁰ Mullis, Scott, Reframing Libel, note 975, page 25.

⁹⁸¹ Laidlaw, Are We Asking, note 373, page 56.

⁹⁸² Laidlaw, Are We Asking, note 373, page 59.

⁹⁸³ Laidlaw, Are We Asking, note 373, page 60.

⁹⁸⁴ *Civil Resolution Tribunal Act*, SBC 2012, chapitre 25.

⁹⁸⁵ Voir l'analyse de Laidlaw, Are We Asking, note 373, pages 68-72.

⁹⁸⁶ Laidlaw, Are We Asking, note 373, page 91.

⁹⁸⁷ Laidlaw, Young, note 220.

⁹⁸⁸ Laidlaw, Are We Asking, note 373, page 99.

⁹⁸⁹ Laidlaw, Are We Asking, note 373, page 100.

⁹⁹⁰ Laidlaw, Are We Asking, note 373, page 101.

⁹⁹¹ Laidlaw, Are We Asking, note 373, page 62.

⁹⁹² Laidlaw, Are We Asking, note 373, page 107, note de bas de page 416.

⁹⁹³ *Cyber-safety Act*, SNS 2013, chapitre 2, article 21.

⁹⁹⁴ *Crouch*, note 698.

⁹⁹⁵ *Cyber-safety Act*, articles 8, 21 et 26A.

⁹⁹⁶ La *Safer Communities and Neighbourhoods Act* autorise le gouverneur à prendre des règlements [TRADUCTION] « pour nommer un fonctionnaire directeur de la sécurité publique dans une région de la province précisée dans les fins prévues au paragraphe 2(1) ». La portée de la loi a été élargie pour inclure des plaintes (alinéa 28(1)a)) liées à la cyberintimidation (alinéa 28(1)b)), notamment des ordonnances de prévention (sous-alinéa 40b)ea) « New anti-cyberbullying act now law in Nova Scotia », *The Chronicle Herald*, 14 avril 2014,

<http://thechronicleherald.ca/novascotia/1146403-new-anti-cyberbullying-act-now-law-in-nova-scotia>.

⁹⁹⁷ *Cyber-safety Act*, article 33 (26B).

⁹⁹⁸ *Cyber-safety Act*, article 33 (26G).

⁹⁹⁹ Unité d'enquête CyberSCAN, Brochure CyberSCAN,

https://cyberscan.novascotia.ca/fr/docs/CyberScanBrochure_French.pdf.

¹⁰⁰⁰ Angela MacIvor, « Head of cyberbullying unit says his "heart goes out to" victims left in limbo », *CBC News*, 16 décembre 2015 : CBC News, <http://www.cbc.ca/news/canada/nova-scotia/cyberscan-cyberbullying-law-quashed-1.3366564>.

¹⁰⁰¹ Unité d'enquête CyberSCAN, « Avis important », *CyberScan*, <https://cyberscan.novascotia.ca/fr/index.html>.

¹⁰⁰² CyberSCAN, Avis important, note 1001.

¹⁰⁰³ Roger Brownsword, *Rights, Regulation, and the Technological Revolution*, OUP, 2008, 240.

¹⁰⁰⁴ Kevin Kelly, *The Inevitable*.