

COMMENTAIRES SUR LES DIFFICULTÉS CONCEPTUELLES QUE POSE LE RECOURS EN DIFFAMATION DANS LES ARRÊTS *PRUD'HOMME* ET *BOU MALHAB* : L'ABSENCE DE RECOURS POUR ATTEINTE À LA RÉPUTATION EN DROIT QUÉBÉCOIS

Manon Montpetit and Gabriel Roy

Special Issue, June 2015

Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1067978ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1067978ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Montpetit, M. & Roy, G. (2015). COMMENTAIRES SUR LES DIFFICULTÉS CONCEPTUELLES QUE POSE LE RECOURS EN DIFFAMATION DANS LES ARRÊTS *PRUD'HOMME* ET *BOU MALHAB* : L'ABSENCE DE RECOURS POUR ATTEINTE À LA RÉPUTATION EN DROIT QUÉBÉCOIS. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 109–130. <https://doi.org/10.7202/1067978ar>

Article abstract

The *Charter of Human Rights and Freedoms* not only expressly states how certain rights and freedoms must be protected and exercised, but also provides the way unlawful interference with the free exercise thereof must be punished. Despite the clarity of its provisions, the Supreme Court of Canada decides nevertheless that the *Charter* does not create a liability regime separate and independent from the civil liability (tort) regime (*Béliveau St-Jacques* – 1996). To the extent that such convergence of actions can be accepted, one would expect that the rights described in the *Charter* be fully recognized as triggers for a civil remedy when an infringement is alleged. However, it appears that this is not always the case, as it is for the action for unlawful interference with the right to safeguard its reputation, which is completely absorbed by “the action in defamation”. The analysis of two decisions of the Supreme Court on “the law of defamation” demonstrates the conceptual consequences of the assimilation of the action for a victim of unlawful interference with the right to the safeguard of his reputation based on section 49 of the *Charter* by the general principles of civil liability. After examining the context of theoretical analysis of *Prud'homme v Prud'homme* (2002) and *Bou Malhab v Metromedia CMR Broadcasting inc* (2011), the authors propose that its application is problematic. In the first decision, the absence of liability is determined through the concept of fault (the comments are justified by freedom of expression) without truly considering the presence of an injury, which appears to be somehow presumed. In the second decision, the fault being admitted without further analysis by the Court, it is the absence of injury that determines the outcome. The latter judgment also illustrates the difficulty of using the “law of defamation” for punitive damages. This glaring conceptual discontinuity makes decidedly difficult to understand why the fault and the injury should govern the consideration of action for unlawful interference with the right to the safeguard of his reputation provided by the *Charter*. Would the fact that the Supreme Court is able to invert so easily the relationship between the “action in defamation” and the “unlawful interference with the right to reputation” means that in the end, their coordination is artificial and therefore ... pointless?

COMMENTAIRES SUR LES DIFFICULTÉS CONCEPTUELLES QUE POSE LE RECOURS EN DIFFAMATION DANS LES ARRÊTS *PRUD'HOMME* ET *BOU MALHAB* : L'ABSENCE DE RECOURS POUR ATTEINTE À LA RÉPUTATION EN DROIT QUÉBÉCOIS

*Manon Montpetit et Gabriel Roy**

La *Charte des droits et libertés de la personne* établit non seulement expressément la façon dont certains droits et libertés doivent être protégés et exercés, mais prévoit aussi la façon dont les *atteintes illicites* au libre exercice de ceux-ci doivent être sanctionnées. Malgré la clarté de ce texte, la Cour suprême du Canada décide néanmoins que la *Charte* ne crée pas de régime de responsabilité distinct et autonome du droit commun de la responsabilité civile (*Béliveau St-Jacques* – 1996). Si tant est que l'on puisse accepter une telle convergence des recours, l'on s'attendrait à ce que les droits qui y sont énoncés soient pleinement reconnus comme éléments déclencheurs d'un recours civil lorsqu'une atteinte est alléguée. Or, il appert que ce n'est pas toujours le cas, comme en fait foi le sort que l'on a réservé au recours en dommages-intérêts pour *atteinte illicite au droit à la sauvegarde de sa réputation*, lequel se voit complètement absorbé par « le recours en diffamation ». L'examen de deux arrêts de la Cour suprême portant sur « le droit de la diffamation » nous démontre les conséquences conceptuelles de l'assimilation par le droit de la responsabilité civile des recours qui pourraient pourtant être mis en œuvre par le biais de l'article 49 de la *Charte* (atteinte illicite à la réputation). Examinant le *cadre d'analyse théorique* des arrêts *Prud'homme c Prud'homme* (2002) et *Bou Malhab c Diffusion Métromédia CMR inc* (2011), les auteurs proposent que leur *application* s'avère problématique. Dans le premier cas, l'absence de responsabilité n'est examinée qu'à travers la notion de faute (les propos sont justifiés par la liberté d'expression) sans que ne soit véritablement examinée la présence d'un préjudice, lequel semble être en quelque sorte présumé. Dans le second cas, la faute étant acquise, et ce, sans véritable analyse de la part de la Cour, c'est l'absence de préjudice qui détermine l'issue du litige. Ce dernier arrêt illustre par ailleurs la difficulté de recourir au « droit de la diffamation » en matière de dommages punitifs. Cette discontinuité conceptuelle criante rend résolument ardue la compréhension des raisons pour lesquelles la faute et le préjudice devraient gouverner l'examen des recours pour atteinte à la réputation sous la *Charte*. Que la Cour intervertisse si aisément les rapports qu'entretiennent les recours « en diffamation » de la responsabilité civile de droit commun et celui pour « atteinte illicite à la réputation » de la *Charte des droits et libertés de la personne* ne revient-il pas à dire, qu'au final, leur coordination est artificielle et dès lors... inutile?

The *Charter of Human Rights and Freedoms* not only expressly states how certain rights and freedoms must be protected and exercised, but also provides the way unlawful interference with the free exercise thereof must be punished. Despite the clarity of its provisions, the Supreme Court of Canada decides nevertheless that the *Charter* does not create a liability regime separate and independent from the civil liability (tort) regime (*Béliveau St-Jacques* – 1996). To the extent that such convergence of actions can be accepted, one would expect that the rights described in the *Charter* be fully recognized as triggers for a civil remedy when an infringement is alleged. However, it appears that this is not always the case, as it is for the action for unlawful interference with the right to safeguard its reputation, which is completely absorbed by “the action in defamation”. The analysis of two decisions of the Supreme Court on “the law of defamation” demonstrates the conceptual consequences of the assimilation of the action for a victim of

* Me Manon Montpetit est directrice-adjointe à la Direction de la protection et de la défense des droits à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Elle agissait auparavant en tant que Membre assesseur du Tribunal des droits de la personne (2006-2011). Gabriel Roy est titulaire d'un baccalauréat en droit de l'Université de Montréal et finissant de l'École du Barreau. Il a collaboré au journal d'analyse juridique *Faits & Causes* et complète présentement une maîtrise en droit international à l'Université d'Islande.

unlawful interference with the right to the safeguard of his reputation based on section 49 of the *Charter* by the general principles of civil liability. After examining the context of theoretical analysis of *Prud'homme v Prud'homme* (2002) and *Bou Malhab v Metromedia CMR Broadcasting inc* (2011), the authors propose that its application is problematic. In the first decision, the absence of liability is determined through the concept of fault (the comments are justified by freedom of expression) without truly considering the presence of an injury, which appears to be somehow presumed. In the second decision, the fault being admitted without further analysis by the Court, it is the absence of injury that determines the outcome. The latter judgment also illustrates the difficulty of using the “law of defamation” for punitive damages. This glaring conceptual discontinuity makes decidedly difficult to understand why the fault and the injury should govern the consideration of action for unlawful interference with the right to the safeguard of his reputation provided by the *Charter*. Would the fact that the Supreme Court is able to invert so easily the relationship between the “action in defamation” and the “unlawful interference with the right to reputation” means that in the end, their coordination is artificial and therefore ... pointless?

HOMMAGE

Il nous fait honneur de participer à la réalisation de cette publication collective en hommage à Jacques-Yvan Morin afin de souligner la contribution et l'influence qu'aura eue cet éminent juriste, professeur et auteur¹ dans la conception et l'adoption d'une *Charte des droits et libertés de la personne* au Québec [*Charte québécoise*], plus particulièrement par l'apport que constituent son texte et son projet de « Charte des droits de l'homme » publié en 1963 dans la *Revue de droit McGill*², un texte qui, nécessairement, éclipse la contribution que nous apportons aujourd'hui.

D'emblée, il convient de souligner comment Jacques-Yvan Morin, dans un texte pouvant être qualifié d'avant-garde pour l'époque, prend soin de situer sa pensée dans un contexte politique et juridique d'ouverture au monde³. S'inspirant des instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme⁴ ainsi que du droit canadien en matière de protection contre la discrimination, le projet de charte élaboré par Jacques-Yvan Morin s'avérera précurseur du nouveau discours qui consacre peu à peu l'évolution d'un mouvement international de protection des droits de l'homme.

Dans cet article⁵ de fond très fouillé, Jacques-Yvan Morin constate la grande réserve dont font preuve à l'époque les tribunaux lorsqu'il s'agit de la protection des droits civils et économiques des citoyens, tant à l'égard du pouvoir étatique que du principe de liberté contractuelle. Devant l'absence d'instruments normatifs pouvant faire contrepoids à ce phénomène, Jacques-Yvan Morin met de l'avant l'idée de faire adopter un texte législatif, allant même jusqu'à en proposer le contenu et le libellé dont l'intitulé serait « la Charte des droits de l'homme pour le Québec ». Le passage suivant résume ainsi sa pensée :

L'expérience des vingt dernières années montre que la Législature n'a pas pu prendre toutes ses responsabilités dans ce domaine [...] c'est au Droit qu'il revient, en tant qu'instrument de construction sociale de dire quelles peuvent et doivent être les exigences réciproques de la société et des particuliers⁶.

L'ascendant de cet article a été déterminant et l'on peut certainement considérer⁷ ce projet de charte comme étant la source principale d'inspiration de la

¹ Car de toutes les fonctions qu'il aura assumées au cours de sa carrière, c'est à ces titres que nous voulons souligner sa contribution.

² Jacques-Yvan Morin, « Une charte des droits de l'homme pour le Québec » (1963) 9 RD McGill 273 [Morin]. Voir *ibid* à la p 274 : « Les solutions proposées à l'extérieur, notamment par les organisations internationales ou régionales, peuvent être adaptées aux conditions québécoises et servir d'inspiration à la législation provinciale. »

³ *Ibid*.

⁴ Plus particulièrement, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217 (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71 et la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés des fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5.

⁵ Morin, *supra* note 2.

⁶ *Ibid* à la p 273.

⁷ Voir notamment André Morel, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne » (1987) 21 RJT 1 à la p 6; Alain-Robert Nadeau, « La Charte des droits et libertés de la personne; origines, enjeux et perspectives, Prolégomènes » dans *La Charte québécoise : origines,*

*Charte québécoise*⁸ qui sera finalement adoptée en 1975. Il ne fait aucun doute à ce moment que l'adoption de la *Charte* constitue un changement de cap important dans la façon de concevoir la protection des droits et libertés civiles par rapport au régime de responsabilité civile de droit commun.

Mais que reste-t-il vraiment aujourd'hui de la spécificité de ce projet de charte? Bien que le texte de la *Charte* adoptée en 1975 ait respecté, tant dans la forme que dans le fond, la pensée de Jacques-Yvan Morin, son application *in concreto*, en contexte de droit privé, peut-elle prétendre au même constat?

La *Charte*, par sa structure et son libellé, non seulement établit expressément la façon dont certains droits et libertés doivent être protégés et exercés, mais prévoit aussi la façon dont les atteintes au libre exercice de ceux-ci doivent être sanctionnées. Alors que le régime de responsabilité civile de droit commun se rattache à la faute⁹, le régime spécifique prévu par la *Charte* se rattache à l'illicite¹⁰. Lors de son adoption, il était permis de penser que cette conception telle qu'elle se présente dans sa structure législative annonçait une nouvelle forme de responsabilité¹¹ se distinguant du régime de responsabilité civile de droit commun. Alors que le régime prévu à l'article 1457 *Code civil du Québec (CcQ)* se conçoit en tant « [qu'] obligation d'agir raisonnablement, prudemment et diligemment et [pouvant] être qualifiée d'obligation de moyens¹² », la notion d'illicite prévue à la *Charte*, en tant que source de responsabilité, renvoie plutôt à l'exercice d'un acte fait sans droit ou sans justification.

En 1996, la Cour suprême du Canada décide néanmoins dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*¹³ que la *Charte québécoise* ne crée pas de régime de responsabilité distinct et autonome du droit commun de la responsabilité civile. Par l'adoption d'une telle

enjeux et perspectives, Revue du Barreau du Québec/Numéro thématique hors série, Yvon Blais, 2006, 1 à la p 7.

⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, 1985, c C-12 [*Charte québécoise*].

⁹ Art 1457 *CcQ*: « Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui. Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel. Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde ».

¹⁰ *Charte québécoise*, *supra* note 8, art 49. Une atteinte illicite à un droit ou une liberté reconnu par la présente *Charte* confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs.

¹¹ Tant pour l'état que pour l'individu *Charte québécoise*, *supra* note 8, art 52.

¹² *Ciment du Saint-Laurent c Barrette*, [2008] 3 RCS 392 au para 21.

¹³ *Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés de services publics inc*, [1996] 2 RCS 345 [*Béliveau*].

politique judiciaire, elle dispose ainsi du sort de l'article 49 de la *Charte*, qui prévoit pourtant la possibilité pour la victime d'une atteinte illicite à un droit ou à une liberté d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. Pour la Cour suprême, le premier alinéa de cet article doit se lire comme une confirmation du recours en responsabilité civile issu de l'article 1457 du *CcQ*. Le juge LeBel utilisera plus tard l'expression « méthode de coordination et de convergence¹⁴ » afin de qualifier la relation entre les recours prévus par la *Charte* et le *Code civil*, telle que conceptualisée par la Cour suprême.

Dans le cours des litiges soulevant l'application de la *Charte* depuis l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, la Cour suprême a continué d'appliquer *la plupart du temps*¹⁵ cette méthode « de coordination et de convergence des recours » (cela dit, il est vrai aussi qu'elle ne le fait *pas toujours*¹⁶, *pas toujours de la même façon*¹⁷ ou *pas toujours clairement*). Il s'agit alors de rechercher la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité pour disposer des cas qui lui sont soumis sous la *Charte*. Cette équivalence revient donc, en pratique, à assimiler le recours de la *Charte* aux exigences du régime de responsabilité civile de droit commun.

Bien que le régime de responsabilité civile prévu à l'article 1457 *CcQ* et le régime juridique prévu à l'article 49, alinéa 1 de la *Charte* aient comme finalité commune de prévoir l'indemnisation d'un préjudice découlant de la violation d'un devoir¹⁸, cet état de fait devrait-il pour autant devenir la prémisse selon laquelle les régimes juridiques doivent se confondre? L'introduction de conditions d'ouverture plus restrictives que ce que prévoit en réalité le libellé des recours contenus à l'article 49 de la *Charte* n'a-t-elle pas pour effet de confiner les valeurs véhiculées par la *Charte* dans un simple rôle de figurant?

Plus encore, si tant est que l'on puisse accepter que la *Charte* demeure en « convergence » avec le *Code civil* et que ses dispositions doivent être coordonnées avec le droit commun de la responsabilité civile, ne devrait-on pas s'attendre, à tout le moins, à ce que les droits qui y sont énoncés soient pleinement reconnus comme éléments déclencheurs d'un recours civil lorsque qu'une atteinte est alléguée? Or, il appert que ce n'est pas toujours le cas, comme en fait foi le sort que l'on a réservé au recours en dommages-intérêts pour atteinte illicite¹⁹ au droit à la sauvegarde de sa réputation²⁰.

¹⁴ Louis LeBel, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile » (2004) 49 RD McGill 231 à la p 245.

¹⁵ *Béliveau*, *supra* note 13; *Prud'homme c Prud'homme*, [2002] 4 RCS 663 [*Prud'homme*]; *Bou Malhab c Diffusion Métromédia CMR inc*, [2011] 1 RCS 21 [*Bou Malhab*].

¹⁶ *Godbout c Longueuil (Ville)*, [1997] 3 RCS 844; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Maksteel Québec inc*, [2003] 3 RCS 228; *Montréal (Ville) c Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2008] 2 RCS 698.

¹⁷ *Québec (Curateur public) c Syndicat des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211.

¹⁸ Ou bien quelquefois de l'inexécution d'une obligation, dans le cas de la *Charte*.

¹⁹ *Charte québécoise*, *supra* note 8, art 49.

²⁰ *Ibid*, art 4.

L'examen de deux arrêts de la Cour suprême du Canada portant sur « le droit de la diffamation » nous démontre les conséquences conceptuelles de l'assimilation par le droit de la responsabilité civile des recours qui pourraient pourtant être mis en œuvre par le biais de l'article 49 de la *Charte*, en tant que recours autonome, lorsqu'il est question du droit à la sauvegarde de sa réputation. Les arrêts *Prud'homme c Prud'homme*²¹ et *Bou Malhab c Diffusion Métromédia CMR inc*²², proposent l'application d'un cadre d'analyse qui s'avère problématique à bien des égards.

Dans une première partie, nous soumettons que le « recours en diffamation » ainsi désigné par la Cour s'articule difficilement avec les principes du droit québécois auquel il est associé. Nous nous attardons au postulat dont il procède, soit l'absence de recours particulier pour l'atteinte à la réputation (I). Nous examinons ensuite la notion de diffamation afin d'explicitier subséquemment comment la Cour la conjugue avec le fondement du recours, soit les éléments de préjudice et de faute propres au régime de responsabilité civile de droit commun (II). La Cour greffe à ce cadre d'analyse la prise en compte de deux droits fondamentaux (III) auxquels nous consacrons la troisième partie de ce texte. La mesure dans laquelle ces droits ou « valeurs », tels que la Cour les désigne, s'intègrent dans le cadre d'analyse du recours en diffamation est discutée. Nous nous penchons tour à tour sur la liberté d'expression et le droit à la réputation afin d'apprécier les conséquences conceptuelles de leur incorporation au cadre d'analyse traditionnel de la responsabilité civile en matière de recours en diffamation. La quatrième partie de ce texte consiste à montrer sommairement l'application aux faits (IV) du cadre légal proposé par la Cour pour trancher les pourvois dans les affaires *Prud'homme* et *Bou Malhab*. À cet égard, nous signalons les contradictions entre ceux-ci et l'examen auquel semble se livrer véritablement la Cour, notamment quant à la nature et au rôle de la faute et du préjudice dans ces recours. En guise de conclusion, nous mettons en évidence les difficultés analytiques et conceptuelles auxquelles donne lieu l'application du cadre légal du recours en diffamation tel qu'établi dans ces deux arrêts. Nous souhaitons ainsi que s'engage une réflexion sur la pertinence pour les tribunaux de reconsidérer la valeur normative accordée à la *Charte* québécoise afin qu'éventuellement, le recours en diffamation trouve des assises qui lui soient propres au point de peut-être... se redéfinir.

I. Le recours en diffamation en l'absence de recours particulier pour atteinte à la réputation

Comme nous l'avons mentionné, la logique qui sous-tend la politique de convergence du régime de responsabilité civile prévu au *Code civil* et des recours prévus à la *Charte* devrait faire en sorte que les droits qui y sont énoncés soient pleinement reconnus *comme éléments déclencheurs* d'un recours autonome en

²¹ *Prud'homme*, *supra* note 15.

²² *Bou Malhab*, *supra* note 15.

responsabilité lorsqu'une atteinte illicite à un droit est alléguée.

Or, dans les arrêts *Prud'homme* et *Bou Malhab*, la Cour suprême établit étonnamment que « le droit civil québécois ne prévoit pas de recours particulier pour l'atteinte à la réputation²³ ». D'abord, dans l'affaire *Prud'homme*²⁴, dont la décision est rendue en 2002, la Cour annonce ainsi ses couleurs en établissant ce qui suit :

Le droit civil québécois ne prévoit pas de recours particulier pour l'atteinte à la réputation. Le fondement du recours en diffamation au Québec se trouve à l'art. 1457 *C.c.Q.* qui fixe les règles générales applicables en matière de responsabilité civile. Ainsi, dans un recours en diffamation, le demandeur doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité, comme dans le cas de toute autre action en responsabilité civile, délictuelle ou quasi délictuelle²⁵.

Dans l'arrêt *Bou Malhab*²⁶, rendu en 2011, elle nuance quelque peu sa position sans toutefois mettre de côté la méthode utilisée dans *Prud'homme*. Même si la Cour semble plus réticente à faire complètement abstraction du « droit à la réparation » en cas d'atteinte au droit à la réputation prévu à la *Charte*, elle n'en reste pas moins campée sur sa position et nous comprenons que ce n'est que pour mieux absorber ce « droit à la réparation » spécifiquement prévu à la *Charte*, qu'elle fait ce détour :

Il n'existe pas, au Québec, de recours particulier pour sanctionner la diffamation. Le recours en diffamation s'inscrit dans le régime général de la responsabilité civile prévu à l'art. 1457 *C.c.Q.* Le demandeur a droit à une indemnisation si une faute, un préjudice et un lien causal coexistent [...].

L'action en diffamation fait aussi intervenir la *Charte québécoise*, puisque, comme je l'ai souligné plus tôt, l'action repose sur une atteinte au droit à la sauvegarde de la réputation, garanti à l'art. 4 de cet instrument. L'article 49 de la *Charte québécoise* prévoit le droit à la réparation du préjudice causé

²³ *Prud'homme*, *supra* note 15 au para 32.

²⁴ La Cour suprême rend l'arrêt *Prud'homme* en 2002. Les faits à l'origine de la décision remontent en 1997, moment où l'intimé Prud'homme est conseiller municipal pour la ville de Repentigny. Lors d'une séance régulière du conseil, celui-ci critique fermement la décision de la ville de ne pas porter en appel un jugement de la Cour supérieure qui annule un règlement de la ville et l'absence de débat public à ce sujet. Les appelants, cinq citoyens de Repentigny, sont également visés par les propos de l'intimé, qui leur reproche leur conduite dans l'ensemble de ce dossier. Plus d'une centaine de citoyens participent à la séance du conseil qui est aussi télédiffusée à un bassin de soixante-deux mille auditeurs. Les appelants intentent un recours en diffamation contre l'intimé, d'abord accueilli en première instance, puis renversé en appel. La Cour suprême confirme la décision de la Cour du Québec en rejetant le pourvoi.

²⁵ *Prud'homme*, *supra* note 15 au para 32.

²⁶ La Cour suprême rend l'arrêt *Bou Malhab* en 2011. Les faits se résument ainsi. Lors d'une émission radiophonique diffusée sur une station détenue par l'intimée Diffusion Métromédia CMR inc, le co-intimé André Arthur, polémiste bien connu, commente l'industrie du taxi à Montréal en insinuant que les chauffeurs de taxi de langue arabe et créole sont corrompus, incompetents et arrogants, les accusant notamment d'être incapables de parler français, il réfère à la langue créole par le terme « ti-nègre » et parle aussi de « fakirs ». Il suggère également que leurs voitures sont malpropres. L'intimé Arthur encourage de plus les propos d'une auditrice qui sont de nature similaire.

par une atteinte illicite aux droits de la personne. La *Charte québécoise n'a toutefois pas créé un régime indépendant et autonome de responsabilité civile qui ferait double emploi avec le régime général (de Montigny c. Brossard (Succession), 2010 CSC 51 [2010] 3 R.C.S. 64, par. 44). Les principes généraux de la responsabilité civile servent toujours de point de départ pour l'octroi de dommages-intérêts compensatoires à la suite d'une atteinte à un droit (Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc., [1996] 2 R.C.S. 345, par. 119 (le juge Gonthier) et par. 16 et 25 (la juge L'Heureux-Dubé, dissidente en partie), et de Montigny). Les actions en responsabilité civile fondées sur une atteinte à un droit, tel le recours en diffamation, constituent donc un point de rencontre de la Charte québécoise et du Code civil. Cette convergence des instruments doit être considérée dans la définition des trois éléments constitutifs de la responsabilité civile, c'est-à-dire la faute, le préjudice et le lien de causalité²⁷. [Nos italiques.]*

Que la *Charte québécoise* puisse « intervenir » dans « l'action en diffamation » ne constitue en fait qu'un fil de trame purement accessoire pour la Cour. Pour celle-ci, c'est toujours le droit de la diffamation tel qu'envisagé dans le cadre d'analyse du droit de la responsabilité civile prévu à l'article 1457 *CcQ* qui sert de déclencheur au droit à la réparation. Pourtant, on ne comprend toujours pas pourquoi l'élément déclencheur « du droit à la réparation » prévu à l'article 49 de la *Charte* ne serait tout simplement pas l'atteinte illicite au droit à la réputation, sous réserve toutefois d'y opposer le droit à la liberté d'expression, puisque les droits et libertés s'exercent dans le respect des droits d'autrui, tel que le prévoit l'article 9.1 de la *Charte*.

Le droit à la réputation est explicitement prévu à l'article 4 de la *Charte*. Les sanctions pouvant découler d'une atteinte illicite à ce droit sont expressément prévues à l'article 49. Il convient ici de reproduire ces dispositions :

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs²⁸.

À la lecture de ces articles, comment en est-on arrivé à conclure qu'en droit québécois il n'y a pas de recours pour atteinte à la réputation et qu'en conséquence c'est l'action en diffamation qui, à la lumière de l'article 1457 *CcQ*, doit encadrer l'analyse juridique applicable à un recours en dommages-intérêts pour atteinte à la réputation? Au départ, l'absence d'autonomie du recours prévu par la *Charte*, telle qu'interprétée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, visait notamment à empêcher qu'une double indemnisation puisse être réclamée par un

²⁷ *Bou Malhab, supra* note 15 aux para 23, 24.

²⁸ *Charte québécoise, supra* note 8, art 4, 49.

demandeur. En refusant de reconnaître un régime parallèle de responsabilité, les tribunaux s'assuraient qu'aucun dédoublement n'ait lieu. Ils ont donc choisi d'analyser les atteintes aux droits sous le seul angle de la responsabilité civile de droit commun. Il s'agissait alors de joindre les fondements donnant ouverture à un recours dans une analyse commune, celle découlant de l'article 1457 *CcQ*.

Mais à force de s'en remettre à ce seul cadre d'analyse, les tribunaux ont-ils fini par oublier que la *Charte* prévoit un recours en cas d'atteinte aux droits qu'elle protège? Le fait que ce recours doive être évalué dans le cadre conceptuel des éléments fondant la responsabilité civile de droit commun – la faute, le préjudice et le lien de causalité – fait-il en sorte qu'il perde toute assise dans les dispositions reconnaissant le droit dont il relève pourtant?

Suivant sa jurisprudence, même si nous n'adhérons pas à celle-ci tant au plan juridique, philosophique que téléologique, la Cour suprême n'aurait-elle pas dû dire que le recours pour atteinte à la réputation *prévu par la Charte* en droit québécois doit s'analyser sous l'angle de la responsabilité civile? Le glissement opéré par la Cour montre qu'elle a tant circonscrit son analyse dans le régime de responsabilité prévu au *Code civil* qu'elle a fini par perdre de vue qu'*absence d'autonomie* du recours sous la *Charte* ne devrait pas signifier *inexistence* de ce recours.

L'« absence de recours particulier pour atteinte à la réputation » telle que proclamée dans les arrêts *Prud'homme* et *Bou Malhab* est symptomatique d'une certaine confusion quant aux termes choisis pour définir le recours. Dans *Prud'homme*, en Cour d'appel du Québec, le juge Michaud affirme que l'appelant a été « condamné à payer à cinq contribuables de la ville de Repentigny 58 198 \$, *pour atteinte à leur réputation, au respect de leur vie privée et pour diffamation*²⁹ ». [Nos italiques.] Il mentionne plus loin qu'« André Prud'homme et autres ont alors procédé par requête réclamant des dommages-intérêts *pour atteinte à leur réputation et pour diffamation*³⁰ ». [Nos italiques.] On constate que ces termes, s'ils ne sont pas définis, demeurent distincts. À tout le moins, la Cour d'appel laisse entendre que le recours a pour fondement l'atteinte à la réputation *et* la diffamation. Il ne s'agit donc pas de synonymes. Elle n'offre toutefois aucune piste pour comprendre quel rôle assigner à chacun de ces éléments, de quelle façon et à quel stade du recours ils entrent en jeu.

La Cour suprême offre des réponses singulières à ces questions. Il n'y a pas de recours pour atteinte à la réputation *per se*. Le droit à la réputation n'est impliqué que dans un stade ultérieur de l'analyse du recours, dont il sera question dans la troisième partie de ce texte. Dans les arrêts *Prud'homme* et *Bou Malhab*, la Cour situe son analyse dans le recours en diffamation. Il devient dès lors utile de se demander de quoi il s'agit.

II. Cadre d'analyse du recours en diffamation

²⁹ *Prud'homme c Prud'homme*, 2000 CANLII 10165 (QC CA) au para 8.

³⁰ *Ibid* au para 13.

Le recours en diffamation trouve son fondement³¹ dans les règles du régime général de responsabilité civile prévues à l'article 1457 *CcQ*. Il faut donc que le demandeur prouve par prépondérance des probabilités l'existence d'un préjudice (1), d'une faute (2) et d'un lien de causalité. L'existence de ce dernier ne posant pas de difficulté particulière, tant dans l'arrêt *Prud'homme* que dans l'arrêt *Bou Malhab*, la Cour ne s'y attarde pas; nous en ferons de même.

A. Le préjudice

Dans *Prud'homme*, la Cour suprême détermine que le premier élément de responsabilité à prouver est l'existence d'un préjudice. À cet effet, elle mentionne que le demandeur doit faire une telle preuve en établissant le caractère diffamatoire des propos. Il faut donc que le juge conclue qu'il y a diffamation pour que le préjudice soit prouvé. Considérant la nécessité de prouver également une faute et un lien de causalité, cela signifie que le recours en diffamation ne sera pas acquis par la seule preuve de diffamation. En d'autres mots, le caractère diffamatoire des propos (le préjudice) n'engage pas nécessairement la responsabilité de l'auteur de ceux-ci. Comment prouver la diffamation? La Cour dans l'arrêt *Prud'homme* définit ainsi le concept de diffamation :

Le concept de diffamation a fait l'objet de plusieurs définitions au fil des années. De façon générale, on reconnaît que la diffamation consiste dans la communication de propos ou d'écrits qui font *perdre l'estime ou la considération* de quelqu'un [ou] qui, encore, suscitent à son égard des *sentiments défavorables ou désagréables*³². [Nos italiques.]

On comprend ici, par l'emploi du terme « ou », que la Cour reconnaît deux cas de figure différents susceptibles de déterminer l'existence de l'élément pouvant mener à une conclusion de diffamation (le préjudice). Sur le plan de l'analyse, il importe d'évaluer la teneur des propos dans le contexte global où ils ont été énoncés, de sorte que soient considérées les insinuations parfois indirectes ou implicites. Afin de déterminer si des propos sont diffamatoires, il faut utiliser la norme objective, dit la Cour suprême, et se placer dans la perspective du citoyen ordinaire. Ce test consiste à « se demander si un citoyen ordinaire estimerait que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation d'un tiers³³ ». Cette norme a été appliquée tant dans *Prud'homme* que dans *Bou Malhab*. Dans *Bou Malhab*, la Cour suprême a précisé que cette norme se justifie en raison de la nature même du concept de diffamation. Elle y précise que « diffamer quelqu'un, c'est attenter à une réputation légitimement gagnée³⁴ ». On doit donc comprendre de ces deux arrêts que la diffamation et l'atteinte à la réputation sont conceptuellement amalgamées (en tant qu'élément de préjudice au sens de la responsabilité civile). Contrairement à l'analyse qui s'applique habituellement en matière de préjudice, celui-ci « s'évalue en fonction

³¹ *Prud'homme*, *supra* note 15 au para 32; *Bou Malhab*, *supra* note 15 au para 22.

³² *Prud'homme*, *supra* note 15 au para 33.

³³ *Ibid* au para 34.

³⁴ *Ibid* au para 27.

d'une norme objective qui semble dispenser le demandeur de faire la preuve d'une atteinte réelle à sa réputation ou à son honneur³⁵ ».

La norme objective du citoyen ordinaire correspond bien à la première circonstance de la définition de la diffamation donnée par la Cour dans l'arrêt *Prud'homme*, selon laquelle il s'agit d'une communication de propos ou d'écrits qui font perdre l'estime ou la considération de quelqu'un. Il est en effet aisé d'assimiler l'atteinte à la réputation d'un tiers à la perte de l'estime ou de la considération que l'on a pour quelqu'un.

Toutefois, il semble plus difficile de faire concorder la deuxième circonstance définitionnelle de la diffamation énoncée dans *Prud'homme*, soit le fait de tenir des propos «qui suscitent [...] des sentiments défavorables ou désagréables³⁶», avec la norme objective du citoyen ordinaire, sans faire appel à l'examen du contexte dans lequel des propos ont été tenus. Est-il vraiment raisonnable de penser que le citoyen ordinaire puisse conclure que des propos ont globalement porté atteinte à la réputation d'un tiers *du seul fait* qu'il leur impute comme conséquence des sentiments défavorables ou désagréables? Des propos peuvent vraisemblablement susciter des sentiments négatifs à propos d'un individu sans toutefois *déconsidérer* sa personne ou faire *perdre l'estime* que l'on a pour elle. C'est probablement pour cette raison que la Cour suprême n'a pas insisté sur cette partie définitionnelle de la diffamation dans l'arrêt *Bou Malhab*. Ajoutons à cela que, compte tenu des conclusions de la Cour sur le sort du litige, la teneur des propos – graves, clairement racistes à l'égard de certains membres d'un groupe ciblé – aura peut-être joué dans le choix de s'écarter de l'arrêt *Prud'homme* sur cet aspect, puisqu'il aurait été difficile de concilier une conclusion d'absence de préjudice dans un tel cas. Il convient de reproduire le passage suivant afin de bien saisir la mouvance conceptuelle qui s'opère dans l'arrêt *Bou Malhab* :

Ce niveau d'analyse se justifie par le fait qu'une atteinte à la réputation se traduit par une *diminution de l'estime* et de la *considération* que *les autres portent à la personne* qui est l'objet des propos. Il n'y a donc pas que l'auteur et la personne qui fait l'objet des propos qui entrent en scène. Une personne est diffamée lorsqu'un individu donné ou plusieurs lui renvoient une image inférieure à celle que non seulement elle a d'elle-même, mais surtout qu'elle projetait aux « autres » dans le cours normal de ses interactions sociales. Dans notre société, toute personne peut légitimement s'attendre à un traitement égal sur le plan juridique. *L'atteinte à la réputation se situe à un autre niveau*. Diffamer quelqu'un, c'est attenter à une *réputation légitimement gagnée*. Par conséquent, l'effet de la diffamation n'est *pas tant l'incidence sur la dignité et le traitement égal reconnus à chacun par les chartes*, mais la diminution de l'estime qui revient à une personne à la suite de ses interactions sociales³⁷. [Nos

³⁵ *Diffusion Métromédia CMR inc c Bou Malhab*, 2008 QCCA 1938 (CanLII) au para 39 (opinion du juge Bich).

³⁶ *Prud'homme*, *supra* note 15 au para 33.

³⁷ *Bou Malhab*, *supra* note 15 au para 27. La Cour semble toutefois lancer un message contradictoire quant au lien avec la dignité. La dignité est une valeur que possèdent intrinsèquement tous les êtres

italiques.]

Enfin, la Cour suprême a précisé dans *Bou Malhab* que l'analyse du préjudice dans la perspective du citoyen ordinaire ne consiste pas à se demander si le citoyen ordinaire, *en tant que juge des faits*, aurait conclu à la diffamation de la victime aux yeux d'un public qui aurait porté par ailleurs foi aux propos reprochés. Ce n'est pas tellement les yeux du citoyen qui se posent en tant que juge des faits, mais le regard que porte le juge sur ce citoyen ordinaire, qui incarne les « autres »³⁸.

En résumé, lorsque l'on se place sous l'angle de la responsabilité civile, être diffamé consiste à être victime d'une atteinte à sa réputation. Le droit à la sauvegarde de sa réputation étant consacré à l'article 4 de la *Charte*, celui-ci devient conceptuellement un élément du préjudice à prouver lorsque l'on se place sous l'angle de l'article 1457 *CcQ*. C'est à travers les yeux du citoyen ordinaire que le juge se doit de déterminer si des propos ont fait perdre l'estime ou la considération de quelqu'un.

B. La faute

Puisque « le recours en diffamation s'inscrit dans le régime général de la responsabilité civile prévu à l'art. 1457 *C.c.Q.*³⁹ », celui qui veut faire sanctionner le préjudice subi (la diffamation) doit prouver le deuxième élément de responsabilité : la faute. Conformément aux principes généraux de la responsabilité civile de droit commun, elle doit être établie selon la norme de la personne raisonnable. Il y a preuve d'une faute si la Cour est convaincue qu'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances n'aurait pas exprimé les propos diffamatoires. La Cour rappelle que l'appréciation de la faute reste étroitement liée au contexte et aux circonstances entourant les propos diffamatoires.

La Cour identifie trois situations où la responsabilité de l'auteur des propos diffamatoires pourra être prouvée. Dans ces trois cas, elle conclut qu'une personne raisonnable se serait abstenue d'agir ainsi, de sorte qu'il y a faute. Le premier cas est celui d'une personne tenant des propos faux et désagréables en ayant une *intention malveillante*. Il va de soi qu'il s'agit d'une conduite fautive. Le second cas réfère à une personne n'ayant aucune intention malveillante qui tient des propos faux et défavorables, sans les avoir d'abord raisonnablement vérifiés. Cette *conduite*

humains, ceux-ci étant égaux en valeur et en dignité (voir les deux premiers « considérant » prévu au préambule de la *Charte*, *supra* note 8). Comment concilier l'idée qu'il faille légitimement gagner sa réputation? N'est-ce pas un droit intrinsèque à l'être humain? Aussi, ce passage se concilie difficilement avec le paragraphe 18 de ce même arrêt dans lequel la Cour indique que : « Le droit à la sauvegarde de la réputation est garanti par la *Charte québécoise* (art. 4) et le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3 et 35. *Parce qu'elle participe de la dignité* (Hill, par 120-121), la bonne réputation est aussi liée aux droits protégés par la *Charte canadienne*. La réputation constitue un attribut fondamental de la personnalité, qui permet à un individu de s'épanouir dans la société. Il est donc essentiel de la sauvegarder chèrement, car une fois ternie, une réputation peut rarement retrouver son lustre antérieur (Hill, par. 108) ». [Nos italiques.]

³⁸ *Ibid* au para 28.

³⁹ *Ibid* au para 22.

négligente est aussi fautive, puisqu'une personne raisonnable ayant des raisons de douter de la véracité de propos s'abstiendrait de les exprimer. Le troisième cas vise la personne *malintentionnée* qui énonce des propos défavorables, mais vrais, *sans motif valable*, conduite fautive qu'une personne raisonnable se refuserait.

Ces trois situations illustrent que ni l'intentionnalité, la défaveur ou la fausseté des propos ne sont déterminantes en soi pour établir la présence d'une faute. Toutefois, la preuve d'au moins deux de ces éléments amènera certainement le tribunal à conclure qu'une personne raisonnable n'agirait pas ainsi, et qu'il y a faute. La seule preuve de la faute n'est cependant pas garante de la réussite du recours en diffamation, puisque la preuve d'un préjudice – de la diffamation – doit également être faite.

Il demeure que le défendeur qui prouve qu'il a agi en personne raisonnable en exprimant des propos véridiques et sans intention malveillante, même si par ailleurs diffamatoires, serait exonéré. Nous serions dans une situation où le demandeur prouve qu'il a subi un réel préjudice, c'est-à-dire que sa réputation a été *objectivement déconsidérée par la diffamation* du défendeur, mais que les propos étaient véridiques et tenus sans intention malveillante. Selon ce qu'il faut comprendre de la conception de la Cour suprême, l'atteinte à la réputation ne serait *pas suffisante* pour que le recours *en diffamation* réussisse. Il est à se demander pourquoi une personne qui tiendrait des propos qu'elle sait être préjudiciables pour la victime, bien que véridiques, ne serait pas tenue responsable de ce préjudice, à moins que ces propos ne soient justifiés par un exercice de pondération entre la liberté d'expression et le droit à la réputation? Quelle place la Cour assigne-t-elle à ceux-ci?

III. LA prise en compte des droits fondamentaux

Ayant dressé la table du recours en diffamation avec les éléments du régime civiliste de responsabilité, la Cour traite dans un deuxième temps de la liberté d'expression et du droit à la réputation, qu'elle qualifie de « deux valeurs fondamentales⁴⁰ » mises en jeu par le recours en diffamation.

Le choix par la Cour du vocable « valeurs » plutôt que « droits » n'est pas anodin. Il est de l'essence d'un droit que son titulaire puisse en obtenir la sanction judiciaire en cas de violation. Or – quoi que puisse signifier le recours prévu à l'article 49 de la *Charte* –, la Cour l'a formellement dit : il n'existe pas de recours particulier pour l'atteinte à la réputation. S'en remettant au recours de responsabilité civile de droit commun, elle n'intègre toutefois pas directement la sanction du droit à la réputation au sein de l'analyse qu'elle propose. Le recours met en jeu *la diffamation*, et non pas le droit à la réputation. Manifestement, c'est seulement en termes de *valeurs* fondamentales que la liberté d'expression et le droit à la réputation peuvent se faire valoir, strictement à l'intérieur d'un cadre d'analyse structuré par le préjudice et la faute. Comment les y insérer, les *mettre en œuvre* concrètement dans le

⁴⁰ *Prud'homme*, supra note 15 au para 38.

recours en diffamation? Les arrêts *Prud'homme* et *Bou Malhab* fournissent davantage d'interrogations que de réponses à cette question.

A. La liberté d'expression

Rappelons sommairement les faits de l'arrêt *Prud'homme*. L'intimé Prud'homme est conseiller municipal pour la ville de Repentigny. Lors d'une séance régulière du conseil, celui-ci critique fermement la décision de la ville de ne pas porter en appel un jugement de la Cour supérieure qui annule un règlement de la ville et l'absence de débat public à ce sujet. Les appelants, cinq citoyens de Repentigny, sont également visés par les propos de l'intimé, qui leur reproche leur conduite dans l'ensemble de ce dossier.

En dernière instance, la Cour suprême réitère à plusieurs reprises que la liberté d'expression revêt une importance capitale. Cette importance est liée à l'essence fondamentale de la démocratie qu'elle protège constitutionnellement par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴¹. Si l'auteur des paroles qu'on allègue diffamatoires tenait un rôle démocratique au moment où elles ont été communiquées, *cette circonstance doit donc être prise en compte*. La Cour reconnaît par-là la valeur du rôle de l'élu, mais aussi le fondement de la démocratie : une opinion publique informée sans entrave et en mesure d'exprimer son point de vue librement – l'essence même de la liberté d'expression. Elle l'atteste clairement en disant : « notre Cour a souvent souligné que le discours politique se situait au cœur même de la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression⁴² ». Dans ce contexte, la liberté d'expression devrait *justifier* un large éventail de propos. En l'occurrence, la Cour suprême s'appuie largement sur le droit à l'expression du discours politique pour arriver à la conclusion que les propos ne sont pas fautifs et, étrangement, comme on le verra sur ce même discours pour conclure que les propos ne sont pas diffamatoires (non préjudiciables).

Dans l'arrêt *Bou Malhab*, à l'occasion d'une émission radiophonique, un polémiste bien connu, André Arthur, commente l'industrie du taxi à Montréal en insinuant que les chauffeurs de taxi de langue arabe et créole sont corrompus, incompetents et arrogants, les accusant notamment d'être incapables de parler français. Il réfère à la langue créole par le terme « ti-nègre » et parle aussi de « fakirs ». Il suggère également que leurs voitures sont malpropres. L'intimé Arthur encourage de plus les propos d'une auditrice qui sont de nature similaire.

D'entrée de jeu, la Cour rappelle dans *Bou Malhab* l'équilibre qui doit exister entre liberté d'expression et droit à la réputation :

[L]e concept de diffamation exige de concilier le droit à la protection de la réputation avec celui de la liberté d'expression, puisque ce qui appartient au

⁴¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

⁴² *Prud'homme*, *supra* note 15 au para 41.

premier est généralement retiré du second. Plusieurs conventions internationales font écho à ce besoin d'équilibre entre les deux droits. Par exemple, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, auquel le Canada est parti, assujettit l'exercice du droit à la liberté d'expression au respect de la réputation d'autrui⁴³.

L'accent mis sur la liberté d'expression est sans équivoque. Encore plus que dans l'arrêt *Prud'homme*, la Cour suprême insiste dans *Bou Malhab* sur l'évolution de la société et la tolérance accrue envers l'expression qui tend à protéger l'intérêt public. Ce passage résume bien la philosophie adoptée par la Cour dans cet arrêt :

Le point d'intersection varie suivant l'évolution de la société. Ce qui était une limite acceptable à la liberté d'expression au 19^e siècle peut ne plus l'être aujourd'hui. D'ailleurs, au cours des dernières décennies particulièrement, on observe une évolution du droit de la diffamation afin de protéger plus adéquatement la liberté d'expression à l'égard des questions touchant l'intérêt public⁴⁴.

Faisant une liste de décisions émanant des tribunaux étrangers, la Cour cherche à légitimer son parti pris pour la liberté d'expression en exposant comment se joue le rééquilibrage de deux droits concurrents, l'expansion de l'un se faisant au détriment de la portée de la protection de l'autre :

Toutes ces cours partagent avec les tribunaux canadiens, y compris les tribunaux québécois, une préoccupation accrue pour la protection de la liberté d'expression. Le droit en matière de diffamation évolue en conséquence⁴⁵.

Quand peut-on alors autoriser la limitation de la liberté d'expression? À quel stade de l'analyse cette limitation intervient-elle? Étant tributaire de la logique de la responsabilité civile, le recours en diffamation est essentiellement compensatoire, ce qui signifie, en droit civil, un renvoi *sine qua non* à la faute. C'est donc dans l'appréciation contextuelle de la faute que peut être limitée la liberté d'expression, et ce, dépendamment de l'intention malveillante ou de la négligence, de la fausseté ou de la véracité des propos.

Cela dit, tant dans *Prud'homme* que dans *Bou Malhab*, la Cour offre une réponse à la question de savoir comment envisager la limitation de la liberté d'expression. Cette réponse est directement liée à la façon dont on envisage la portée du droit à la réputation, seconde « valeur fondamentale » mise en jeu dans le recours en diffamation.

⁴³ *Bou Malhab*, *supra* note 15 au para 16.

⁴⁴ *Ibid* au para 19.

⁴⁵ *Ibid* au para 21.

B. Le droit à la réputation

Le droit à la réputation a pour corollaire de limiter la liberté d'expression. La Cour suprême dans *Prud'homme* motive l'intervention de cette valeur par l'importance qu'elle revêt pour la démocratie. Du fait qu'il participe du respect et de la dignité de la personne, le droit à la réputation justifie que la liberté d'expression soit parfois restreinte afin que soit protégée la « bonne réputation, qui rehausse le sens de valeur et de dignité d'une personne⁴⁶ ». Les démocraties reconnaissent cette importance fondamentale de la personne.

La Cour affirme ensuite que le droit à la réputation est *protégé* par les articles 3 *CcQ* et 4 de la *Charte*. Mais de quelle protection est-il question? La Cour suprême, rappelons-le, ne voit pas de recours particulier pour l'atteinte à la réputation. Le recours en diffamation dont elle parle vise à indemniser les dommages subis suite à des propos diffamatoires *communiqués fautivement*, par malveillance ou négligence. Il est difficile de voir comment cela confère au droit à la réputation une protection à proprement parler quand, aux fins de l'analyse, celui-ci a pour seule fonction légale de limiter la liberté d'expression.

Dans le cadre du recours en diffamation, ce rôle de limitation de la liberté d'expression correspond au devoir d'agir en personne raisonnable. Pour la Cour, il s'agit du résultat de la protection conférée par la *Charte* au droit à la réputation : « [e]n conséquence, aussi libre qu'il soit de discuter de sujets d'intérêt public, l'élu municipal doit agir en personne raisonnable⁴⁷ ». Autrement dit, le droit à la réputation équivaut pour l'auteur des propos à un devoir de ne pas commettre de faute. Il est une valeur fondamentale créatrice d'un devoir d'agir sans faute au regard de la liberté d'expression.

Mais si le respect du droit à la réputation correspond en fin de compte à l'absence de commission d'une faute, peut-on alors vraiment parler de *protection* de ce droit? Dans un recours en diffamation, les propos diffamatoires ne sont pas sanctionnés dans la mesure où leur auteur a agi en personne raisonnable, c'est-à-dire sans commettre de faute dans l'exercice de la liberté d'expression. Le respect du droit à la réputation implique donc la possibilité de tenir des propos diffamatoires et préjudiciables, car pour la Cour, la simple preuve de ce préjudice par le demandeur est insuffisante; il faut impérativement prouver la faute. Le seul fait que la Cour soit convaincue qu'un citoyen ordinaire croirait que des propos ont déconsidéré la réputation du demandeur n'entraîne pas le non-respect de son droit à la réputation. C'est ce qu'on doit logiquement – et malheureusement – conclure des arrêts *Prud'homme* et *Bou Malhab*. Après avoir rappelé l'évolution de la liberté d'expression et l'amplitude accrue de sa portée, la Cour suprême dans *Bou Malhab* nous indique que, de façon corollaire « [l]e droit en matière de diffamation évolue en conséquence » (lire : le droit à la sauvegarde de la réputation évolue en conséquence).

⁴⁶ *Prud'homme*, *supra* note 15 au para 43, citant *Hill c Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130 au para 108.

⁴⁷ *Ibid* au para 45.

Assurément, il y a lieu de s'interroger sérieusement sur l'aide qu'apporte le recours en diffamation quant à la protection du droit à la réputation. Le régime de droit commun de la responsabilité civile ne semble pas d'une cohérence conceptuelle suffisante pour justifier qu'il contienne à lui seul le fondement d'un recours utile. Avec égard, il nous semble que les critères servant à déterminer dans quelle mesure des propos seront considérés fautifs sont trop restrictifs pour assurer un juste équilibre dans l'exercice de pondération des droits sans hiérarchisation *a priori*. Ainsi, nous nous questionnons sur le fait qu'il soit possible, en fonction des critères élaborés par la jurisprudence de la Cour suprême, de tenir des propos que l'on sait être préjudiciables pour la victime, bien que véridiques, sans pour autant être tenu responsable de ce préjudice. À cet égard, les tribunaux auraient avantage à considérer les possibilités offertes par le recours prévu à la *Charte québécoise*, dont la structure permet un exercice de pondération des droits sans référence à la faute⁴⁸, quitte à revoir leur décision d'en refuser l'autonomie.

IV. L'application aux faits

Si la méthode d'application des règles du régime de responsabilité civile et leurs conséquences nous ont déroutés, il semble qu'elles ont également confondu la Cour suprême.

Dans *Prud'homme*, c'est par cette affirmation qu'elle débute l'application des règles de droit aux faits de l'espèce : « [à] la lumière des principes examinés précédemment, il convient maintenant de déterminer si l'intimé a commis *une faute*⁴⁹ ». [Nos italiques.] Cela apparaît surprenant, étant donné qu'elle annonçait précédemment que « [p]our démontrer *le premier élément* de la responsabilité civile, soit *l'existence d'un préjudice*, le demandeur doit convaincre le juge que les propos litigieux sont *diffamatoires*⁵⁰ ». [Nos italiques.]

Si le premier élément à démontrer est le préjudice, c'est-à-dire la diffamation, pourquoi la Cour amorcerait-elle son analyse par la recherche de la faute? Elle ajoute plus loin :

[I]l s'agit pour notre Cour [...] de *déterminer si la déclaration* de l'intimé, prise dans son contexte et dans son ensemble, *avait un caractère diffamatoire et constituait une faute* au sens du droit de la responsabilité civile⁵¹. [Nos italiques.]

Ici, l'analyse préconisée semble maintenue. La Cour annonce ainsi qu'elle cherchera *et* le préjudice *et* la faute. Pourtant, la conclusion laconique à laquelle elle arrive laisse dubitatif : « l'intimé n'a pas commis de faute⁵² ». Rien n'est dit quant au préjudice bien que son équivalent, la diffamation, soit à six reprises démenti en cours

⁴⁸ *Charte québécoise*, *supra* note 8, art 9.1.

⁴⁹ *Prud'homme*, *supra* note 15 au para 64.

⁵⁰ *Ibid* au para 33.

⁵¹ *Ibid* au para 67.

⁵² *Ibid* au para 84.

d'analyse. À quel examen se livre réellement la Cour? Comment articule-t-elle les éléments du régime de responsabilité civile dans les faits?

La Cour applique les règles de droit aux faits par la révision des six « reproches » contre l'intimé qui fondent l'accueil du recours en diffamation dans le jugement de première instance. À chacun des six reproches formulés par le juge Tellier de la Cour supérieure, elle oppose une appréciation contraire : il y a finalement absence de diffamation. Or, l'absence de diffamation ne signifie *stricto sensu* que ceci : il n'y a pas de préjudice, car un citoyen ordinaire ne croirait pas que les propos ont déconsidéré la réputation d'un tiers. Les propos ne pouvant être qualifiés de diffamatoires, le demandeur ne peut prouver qu'il a subi des dommages. Il devient alors inutile de s'attarder sur la notion de faute, puisque si l'existence du premier élément de la responsabilité civile n'est pas prouvée, le recours ne peut réussir de toute façon.

Pourquoi la Cour, après avoir démenti à six reprises la présence de diffamation – donc de préjudice –, finit-elle alors par dire que le défendeur n'a pas commis de faute⁵³? Ayant conclu à l'absence de diffamation quant à chacun des six reproches, la Cour n'a légalement aucun besoin de s'aventurer du côté de la faute. La seule conclusion logique et nécessaire à laquelle elle devait arriver est celle-ci : si les propos ne sont pas diffamatoires, il n'y a donc pas de préjudice. Ainsi, il n'y a pas lieu de passer à la deuxième étape de l'analyse, soit de déterminer si l'auteur des propos a commis une faute en les exprimant. Mais en y regardant de plus près, on constate que les conclusions ayant trait à l'absence de diffamation (donc de préjudice) sont en réalité en lien étroit avec l'absence de faute. Comme si l'aspect préjudice avait été présumé et qu'il ne restait plus qu'à prouver l'exonération de responsabilité par l'absence d'une faute. La Cour suprême s'exprime ainsi dans son analyse : « Il [l'intimé] a tout au plus laissé entendre que la valeur des terrains des appelants avait augmenté de façon considérable. Cette affirmation n'a rien d'inexact ni de diffamatoire⁵⁴ ».

En fait, tout se passe exactement comme si, au stade de l'analyse, la Cour *assimilait finalement la diffamation à la faute*, contredisant nettement en cela son exposé initial des éléments conceptuels fondant le recours en diffamation. Paradoxalement, son analyse se résume ainsi : il n'y a pas de faute, donc il n'y a pas de diffamation. Toute l'analyse porte sur la justification de propos que l'on n'a jamais qualifiés de diffamatoires (préjudiciables) dans un premier temps. À titre d'exemple, la Cour indique que :

Le droit de remettre en question le bien-fondé d'un jugement appartient à tout citoyen et, à plus forte raison, à un administrateur municipal. L'intimé *avait le droit de commenter* les conclusions du juge Croteau si, de bonne foi, elles lui paraissaient mal fondées. Aucun principe juridique ne permet

⁵³ *Ibid* au para 78. Une unique mention de la faute lors de l'analyse du quatrième reproche ne suffit pas pour éclaircir cette question. Par ailleurs, s'il fallait plutôt comprendre que la preuve de l'inexistence de la diffamation *et* de la faute avait été *distinctement* établie, il faudrait conclure de la part de la Cour à la plus extrême subtilité analytique dont nous admettons ne relever aucun indice textuel probant.

⁵⁴ *Ibid* au para 69.

de considérer de tels commentaires comme diffamatoires dans la forme et les circonstances où ils ont été prononcés⁵⁵. [Nos italiques.]

Celui-ci a toujours soutenu que les appelants devaient assumer la totalité des coûts liés à la construction de l'école au motif qu'ils étaient les premiers à en bénéficier. *Il avait alors droit de critiquer* le refus des appelants de signer une entente s'il jugeait, de bonne foi, les offres raisonnables, sans que l'on puisse considérer son expression d'opinion comme diffamatoire. Encore une fois, il importe de souligner que la déclaration de l'intimé doit être considérée dans son contexte et dans son ensemble. L'impression générale qui s'en dégage doit guider l'appréciation *de l'existence d'une faute*⁵⁶. [Nos italiques.]

Après l'analyse, la Cour conclut enfin dans les termes suivants :

L'intimé n'a pas commis de faute. [...] Dans l'ensemble, l'intimé *a agi de bonne foi*, dans le but d'accomplir son devoir d'élu municipal. Ses propos, bien que parfois durs à l'endroit des appelants, *ont été prononcés dans l'intérêt public*. L'intimé n'a pas abusé de son droit de commentaire et de discussion sur les affaires publiques intéressant la municipalité. Retenir la faute de l'intimé dans de telles circonstances minerait dangereusement le droit de libre discussion dans l'enceinte politique municipale et affaiblirait la vitalité de la démocratie locale⁵⁷. [Nos italiques.]

Nulle mention n'est faite du test objectif du citoyen ordinaire pour évaluer l'existence d'un préjudice, ni de celui de la personne raisonnable pour l'existence de la faute. La démarche de la Cour est opaque. Son raisonnement quant à l'application des éléments de la responsabilité civile ne permet pas de distinguer clairement la place et l'interaction de ses éléments (la faute et le préjudice), auxquels elle assigne pourtant des finalités bien distinctes dans son exposé des fondements du recours. Pire encore, il semble vraisemblablement en faire fi. Difficile de s'y retrouver...

À l'inverse, dans l'arrêt *Bou Malhab*, la Cour suprême ne fait aucun commentaire sur la faute, sauf pour rappeler que l'atteinte à un droit ne constitue pas nécessairement une faute au sens de la responsabilité civile. Néanmoins, la Cour accepte que les propos soient considérés comme fautifs en l'espèce, *puisque* cet aspect n'est plus contesté à l'étape de l'appel, seul l'élément du préjudice étant en litige.

En matière de *recours en diffamation*, le préjudice s'amalgamant au concept d'atteinte à la réputation, l'absence de préjudice individualisé fait en sorte que les propos, si *fautifs* qu'ils soient, ne peuvent être considérés comme portant atteinte à la réputation des membres du groupe visé, individuellement. L'idée d'associer l'élément de préjudice au droit à la réputation lui-même a pour effet de rendre hermétique l'analyse de l'atteinte à la réputation. Nous soutenons à ce titre qu'une atteinte à la réputation en droit québécois devrait s'analyser en fonction de l'article 49 de la *Charte*.

⁵⁵ *Ibid* au para 74.

⁵⁶ *Ibid* au para 83.

⁵⁷ *Ibid* au para 84.

Dans *Bou Malhab*, la Cour suprême indique qu'un « recours en diffamation ne peut réussir que si le ou les demandeurs ont dans les faits subi un préjudice personnel⁵⁸ ». Or, un recours en diffamation est exclusivement un recours en dommages-intérêts compensatoires. L'article 49 se distingue en cette matière de l'article 1457 *CcQ* puisqu'il prévoit, outre les dommages compensatoires, la mise en œuvre d'autres mesures de réparations, notamment des dommages-intérêts punitifs. Or, si tant est que dans *Bou Malhab* le recours ait été accueilli, la Cour suprême aurait dû non pas analyser le recours sous l'angle de la diffamation et du préjudice (atteinte à la réputation), mais obligatoirement sous l'angle de l'*atteinte illicite et intentionnelle au droit à la réputation* aux termes de l'article 49, alinéa 2, de la *Charte* exclusivement.

Ainsi, nous proposons que le préjudice, tel qu'entendu au sens du régime de responsabilité civile ne peut se poser en terme d'atteinte à la réputation, celle-ci étant plutôt un dommage qui s'inscrit en tant siège de l'atteinte et non en tant que conséquence d'une faute. Rappelons que l'article 49 prévoit que l'atteinte illicite confère à la victime d'un droit reconnu par la *Charte*; le droit d'obtenir la réparation du préjudice moral ou matériel *qui en découle*. Si le préjudice indemnisable découle de l'atteinte, il ne peut donc *être* l'atteinte.

Enfin, l'exigence d'un préjudice individualisé, en lieu et place de la preuve d'une atteinte illicite au droit à la réputation, ne permet pas de procéder véritablement à la pondération des droits exigés par la *Charte*. La Cour suprême rappelle à plusieurs reprises dans l'arrêt *Bou Malhab* l'importance qu'il faut donner à la conciliation de droits concurrents tels la liberté d'expression et le droit à la réputation. Or, la pondération de ces droits devrait se faire au moment⁵⁹ où l'on doit examiner si une atteinte à la réputation peut se justifier eu égard à l'exercice de la liberté d'expression. Dans la négative, l'existence d'un préjudice pouvant découler de cette atteinte ne devrait procéder qu'après avoir conclu à une atteinte illicite. L'octroi de dommages-intérêts punitifs n'est pas possible en vertu de l'article 1457 *CcQ*. C'est donc en vertu de l'article 49, alinéa 2, de la *Charte* qu'il faut procéder à l'analyse. Or, seul l'examen de l'atteinte illicite (en plus de l'intentionnalité) pourra permettre d'envisager une telle réparation, l'examen du préjudice indemnisable n'étant d'aucune pertinence à ce titre.

Dans l'arrêt *de Montigny*⁶⁰, la Cour suprême a reconnu implicitement la différence conceptuelle entre atteinte illicite et préjudice indemnisable en reconnaissant la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts punitifs en l'absence même de préjudice indemnisable pour atteinte illicite et intentionnelle au droit à la vie, compte tenu que la vie prend fin avec la mort...

L'approche civiliste du droit de la diffamation, exacerbée par l'amalgame des notions de préjudice et d'atteinte à la réputation ainsi que par l'exigence de

⁵⁸ *Bou Malhab*, *supra* note 15 au para 43.

⁵⁹ Mélanie Samson, « Les dommages punitifs en droit québécois : tradition, évolution et... révolution? » (2012) 42 RDUS 159 à la p 193.

⁶⁰ *de Montigny c Brossard (Succession)*, [2010] 3 RCS 64.

démontrer un préjudice individualisé, ne permet pas d'évaluer l'opportunité de sanctionner des propos tenus à l'endroit de personnes faisant partie de groupes historiquement stigmatisés et vulnérables, des propos graves et fautifs, qui de l'avis même de la Cour suprême risquent de coller à la peau des membres de ces groupes. Rappelons les propos en litige dans l'arrêt *Bou Malhab* :

Les allégations de M. Arthur étaient assurément graves et exaspérantes, mais le citoyen ordinaire y aurait tout de même reconnu une généralisation excessive formulée par l'animateur à partir d'une expérience personnelle déplaisante. Ce citoyen n'aurait pas ajouté foi aux allégations offensantes et il n'aurait pas considéré M. Arthur comme caution du bien-fondé de ses insultes racistes et méprisantes. Il n'aurait sûrement pas associé les allégations d'ignorance, d'incompétence, de malpropreté, d'arrogance et de corruption à chacun des chauffeurs de taxi de langue maternelle arabe ou créole individuellement⁶¹.

Dans l'arrêt *Prud'homme*, la Cour décide que les propos de l'intimé, élu municipal de la ville de Repentigny au moment des faits, ne sont pas diffamatoires et qu'il n'a pas commis de faute. La notion de préjudice, pour peu qu'on veuille toujours la rapporter à ce que la Cour en dit dans la première partie de son jugement, n'entre pas véritablement en jeu dans ses motifs. Le test du citoyen ordinaire n'est pas appliqué. En fait, l'analyse qu'elle propose suggère que la diffamation et la faute sont à ce point reliées qu'elles semblent s'affranchir de leur démarcation conceptuelle respective pour s'assimiler en une même notion synthétique... dans une analyse hermétique.

Ce qui détermine véritablement l'impossibilité pour la Cour de conclure à une faute est la liberté d'expression. Cette valeur fondamentale est en définitive trop importante dans le cadre des fonctions démocratiques de l'intimé, élu municipal de la ville de Repentigny. La Cour le souligne ainsi en terminant son jugement : « [r]etenir la faute de l'intimé dans de telles circonstances minerait dangereusement le droit de libre discussion dans l'enceinte politique municipale et affaiblirait la vitalité de la démocratie locale⁶². »

Qu'en est-il alors du droit à la sauvegarde de la réputation? Comment joue-t-il finalement son rôle de contrepoids restreignant la liberté d'expression que la Cour lui assigne? L'analyse de l'arrêt *Prud'homme* ne nous en dit rien. Le devoir d'agir en personne raisonnable – de ne pas commettre de faute – émane, dans un recours en diffamation, de la limitation ou non de la liberté d'expression par le droit à la réputation. Nous aurions donc cru que la Cour justifierait l'absence de faute de

⁶¹ *Supra* note 26.

⁶² *Prud'homme*, *supra* note 15 au para 84.

l'auteur des propos par le fait qu'il a rempli son devoir de personne raisonnable et ce, considérant la juste limitation de sa liberté d'expression dans les circonstances.

Or, pour la Cour, ce n'est pas le constat d'une limitation adéquate de sa liberté d'expression qui exonère l'auteur en rendant ses propos non fautifs... mais plutôt le danger même de la limiter pour la démocratie. Bien que nous soyons d'accord avec l'issue du litige sur le fond, il demeure que l'application du cadre d'analyse aux faits procède d'une confusion conceptuelle. À ce point, nous ne voyons plus ce qu'il reste du droit à la réputation dans l'analyse du recours en diffamation.

Les difficultés conceptuelles constatées dans l'arrêt *Prud'homme* sont issues d'une application équivoque des principes du régime de responsabilité civile de droit commun visant à pallier « l'absence de recours particulier » pour le droit à la réputation. Cette « absence » tire son origine du refus des tribunaux de reconnaître l'autonomie du régime d'indemnisation prévu par l'article 49 de la *Charte québécoise*. Ceux-ci décident de facto d'assimiler ce régime spécifiquement créé pour protéger les droits garantis par la *Charte* au cadre légal du *CcQ*. Or, celui-ci s'avère parfois – et c'est le cas ici – impuissant à s'acquitter de la tâche qu'on lui assigne : assurer la protection des droits et libertés que la *Charte* garantit.

L'arrêt *Prud'homme* en est un exemple patent : le recours en diffamation, censé permettre de faire valoir la protection du droit à la réputation, est incapable de justifier d'un lien convaincant avec ce dernier. Les fondements de ce recours sont tels qu'il est en principe possible que le droit à la réputation soit respecté alors qu'il y a preuve de diffamation, et qu'à l'inverse il soit violé alors que le recours est impossible faute de preuve d'un préjudice.

En fin de compte, la Cour ne s'attarde au droit à la réputation que pour en faire la contrepartie d'un autre droit – la liberté d'expression –, dans ce qui ressemble informellement au test de pondération de l'article 9.1 de la *Charte*. En l'espèce, en tant que simple élément limitatif dans un recours dont il devrait être le centre, le droit à la réputation est relégué on ne sait où, la Cour motivant finalement son jugement par la seule importance, voire prééminence, de la liberté d'expression.

L'arrêt *Bou Malhab*⁶³, seconde décision examinée dans ce texte, permet de mettre davantage en lumière les contradictions conceptuelles issues de l'application des règles de la responsabilité civile à la protection des droits prévus par la *Charte*. La Cour y change complètement son fusil d'épaule. L'atteinte à la réputation correspondrait désormais au préjudice⁶⁴, alors que dans *Prud'homme*, le droit à la réputation est respecté dès lors qu'il y a absence de faute – *a contrario*, l'atteinte est donc la commission d'une faute. Cette discontinuité conceptuelle criante rend résolument ardue la compréhension des raisons pour lesquelles la faute et le préjudice devraient gouverner l'examen des recours sous la *Charte*. Que la Cour en intervertisse si aisément le rapport qu'ils entretiennent avec le droit à la réputation ne revient-il pas à dire qu'au final, cette coordination est artificielle et dès lors... inutile?

⁶³ *Bou Malhab*, *supra* note 15.

⁶⁴ *Ibid* au para 26 : « Le préjudice qui définit la diffamation est l'atteinte à la réputation. »