UNE CONCEPTUALISATION NOVATRICE DE LA DIFFAMATION EN DROIT PRIVÉ À LA LUEUR DE LA *CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE* ET DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

Marième Lacroix*

L'atteinte à la sauvegarde du droit à l'honneur et à la réputation est susceptible de donner lieu à deux recours distincts, qui se chevauchent voire coïncident. D'une part, la Charte des droits et libertés de la personne sanctionne la diffamation et confère à une victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice qui en résulte, sur la base de l'article 49. D'autre part, la diffamation engage la responsabilité civile de son auteur en vertu de l'article 1457 du Code civil du Québec si l'on prouve le triptyque « faute, lien de causalité, préjudice ».

L'intérêt de cette réflexion critique fondamentale sur la notion de diffamation en droit privé consiste à proposer une lecture novatrice de ses éléments constitutifs et à fournir une ossature juridique cohérente qui la soutienne et l'articule rationnellement.

Dans une première partie, l'auteure propose un continuum qui se décline suivant une « atteinte à la réputation », à une « atteinte illicite à la réputation », à une « atteinte fautive à la réputation ». Seuls les deux derniers syntagmes intéressent la loi et correspondent à un cas de diffamation civile – une atteinte à un droit pouvant être licite et non fautive. Dans une seconde partie, l'auteure sonde l'incidence pratique de (re)conceptualiser la diffamation civile et prend pour illustration l'affaire Bou Malhab de 2011 de la Cour suprême, qui traite des conditions propres à un recours en diffamation civile et du préjudice collectif, c'est-à-dire celui que des membres d'un groupe allèguent avoir subi à la suite de propos racistes.

Interference with the individual's right to honour and reputation can give rise to two separate remedies, which overlap each other, or even

---

* Professeure à la Section de droit civil, Université d'Ottawa ; Avocate (LLB (Université de Montréal), LLM (Université de Montréal), Master 2 (Paris 1 – Panthéon-Sorbonne), LLD (Université Laval)). Le texte a été rédigé grâce à l'appui d'une subvention reçue de la Fondation du Barreau du Québec. L'auteure tient à remercier le professeur Patrick Forget du Département des sciences juridiques de la Faculté de science politique et de droit de l'UQAM pour les réflexions partagées autour du terme « atteinte ».

coincide. On the one hand, the Charter of human rights and freedoms punishes defamation and entitles the victim to obtain cessation of the infringement and reparation of the resulting harm, based on section 49. Meanwhile, defamation incurs the civil liability of the offender under Article 1457 of the Civil Code of Québec if the triumvirate of "fault, injury and a causal connection" can be proven.

This fundamental critical reflection on the concept of defamation in private law is useful for proposing an innovative reading of its constituent factors and providing a coherent legal framework that supports and articulates it rationally.

In the first part, the author proposes a continuum that runs from "harm to reputation," to "unlawful harm to reputation," to "wrongful harm to reputation." Only the latter two involve the law and correspond to a civil defamation case – interference that is illegal, not merely blameworthy. In the second part, the author surveys the practical impact of (re)conceptualizing civil defamation using as an illustration the 2011 Supreme Court decision in Bou Malhab, which addresses the specific conditions for a civil defamation remedy and for collective injury, that is to say, the injury that the members of a group claim to have suffered as a result of racist comments.

La réputation est chose précieuse.
« C'est un trésor opposable à tout le monde.
Sans réputation, un homme n'a point de place sur terre.
Aurait-il un grand savoir, des facultés brillantes, il végétera.
Le doute, le soupçon, la méfiance,
l'entoureront tels des Erinnyes.
Pendant combien de temps durera l'encerclement?
Un an, dix ans, davantage?
Tout dépendra de la souillure. »

Fortunat Lord, « L'injure : aperçu historique »,
(1941) 1 R du B 281 à la p 281.

Introduction

La diffamation est un terme d'origine latine qui réunit les mots *dis* et *famare*. Elle renvoie au fait de « répandre de côté et d'autre un propos ou un écrit touchant la réputation d'autrui »[1]. Toute situation de diffamation

---

[1] M Th Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t 1, Paris, RIOM, 1847 à la p 5. Le terme « diffamation » comporte un sens large et

civile implique la présence du droit à la sauvegarde de la dignité, de l'honneur et de la réputation[2]; il s'agit d'un droit de la personnalité dont toute personne est titulaire, c'est-à-dire a pleine et entière jouissance[3]. Qualifiée de valeur jumelle ou de principe antagoniste, la liberté d'expression se heurte inévitablement au droit à la réputation[4]. La diffamation civile tend à favoriser un équilibre entre ces deux droits fondamentaux, inhérents à toute société démocratique[5]. Au Québec, la résolution de ce heurt potentiel varie considérablement selon que l'on est en droit public ou en droit privé. C'est sur le terrain du droit privé exclusivement que la diffamation sera appréhendée[6].

---

couvre l'insulte et l'injure, de façon générale. Toutefois, pour une distinction entre la diffamation et l'injure en droit civil québécois, voir *Genex Communications inc c Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201 aux para 33-39, [2009] RJQ 2743 (CA), juge Dalphond, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 33535 (10 mars 2011) [*Genex*]. Voir *infra* note 143.

2 *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art 4 : « Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation. » [*Charte québécoise* ou C.d.l.p.]

3 Le *Code civil du Québec*, sous un sceau harmonieux avec la Charte québécoise, réaffirme le principe du respect de la réputation et en aménage l'exercice aux articles 3, al 1 et 35, al 1 : « 3. [al 1] Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. » et « 35. [al 1] Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée. » Pour des commentaires sur ces articles, voir Claude Masse, « La responsabilité civile », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : Obligations, contrats nommés*, t 2, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 235 à la p 261; Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t 1, Québec, Publications du Québec, 1993 aux pp 6, 33.

4 Intégrée dans la *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 [C.c.d.l.] à l'article 2(b), la liberté d'expression, en tant que liberté fondamentale, comporte cinq facettes. Sans être aussi explicite, le principe de la liberté d'expression est garanti par la Charte québécoise, à l'article 3.

5 Il faut toutefois souligner que la Cour suprême, dans l'arrêt *Bou Malhab c Diffusion Métromédia CMR inc*, 2011 CSC 9 au para 21, [2011] 1 RCS 214 [*Bou Malhab*], souligne une préoccupation accrue pour la protection de la liberté d'expression. Le droit en matière de diffamation civile évolue en conséquence. Voir la remarque formulée dans Pierre-Gabriel Jobin, « La diffamation d'un groupe au Québec », [2013] RTD civ 67 à la p 78 [Jobin, « Québec »] : « À plusieurs reprises, la Cour suprême du Canada a affirmé l'importance fondamentale qu'elle accorde à cette liberté, essentielle à l'exercice de la démocratie. L'affaire *Bou Malhab* nous en donne une autre illustration, aux dépens de l'honneur et la réputation. On y sent une odeur d'exaltation de la liberté d'expression. »

6 Adrian Popovici, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », (2000) 34 RJT 607 à la p 614 [Popovici, « Cour suprême »]:

Les définitions doctrinales et jurisprudentielles de la diffamation civile convergent autour de son caractère spécifique portant sur les « effets provoqués par des paroles ou écrits chez la personne qui en est l'objet »[7]. Les conséquences nuisibles et néfastes peuvent être de nature à exposer la personne visée à la haine, au mépris ou même seulement au ridicule[8]. En d'autres termes, la diffamation se matérialise par des propos ou des écrits qui tendent à « diminuer l'estime, le respect, la considération ou la

---

En matière de responsabilité civile, on a de plus en plus l'occasion de raisonner en fonction de la violation de droits fondamentaux, en raison des textes qui les protègent. C'est un réflexe naturel que de se servir des concepts et des raisonnements de la Charte canadienne, alors. Mais cette dernière n'a qu'un effet horizontal *indirect* en droit civil privé : il s'agit d'interpréter la loi provinciale à la lumière des valeurs véhiculées par la Charte canadienne. [italiques dans l'original]

Voir également à la p 616 :

On raisonne en droit civil sur des droits qui ont pris leur forme, leur contour, une fois que la question constitutionnelle a été résolue. Le droit ou la norme violée a déjà passé le test constitutionnel. Le droit est déjà circonscrit, les limites en sont tracées. En d'autres termes, en droit civil, il faut raisonner ainsi : si l'atteinte à l'objet protégé par le droit, l'intérêt principal visé et protégé, est portée par un particulier et que cette atteinte est licite, ce n'est pas une atteinte au *droit* de la victime. Si l'atteinte est portée par l'État, c'est une atteinte à un *droit*, que l'État pourrait avoir à justifier en vertu de l'article 1 de la Charte canadienne.

[italiques dans l'original]

Voir *infra* note 63.

7 Émile Colas, « Le droit à la vérité et le libelle diffamatoire », (1984) 44:4 R du B 637 à la p 647.

8 Louis-Arthur Richard, *Des délits de presse*, Québec, Le Soleil, 1915 aux pp 25-26; George VV Nicholls, *The Responsibility for Offences and Quasi-Offences Under the Law of Quebec*, Toronto, Carswell, 1938 à la p 38; Pierre Beullac, *La responsabilité civile dans le droit de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1948 à la p 105; André Nadeau, *Traité de droit civil du Québec*, t 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1949 au para 232, repris dans André Nadeau en collaboration avec Richard Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971 au para 232; Louis Perret, *Précis de responsabilité civile*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1979 à la p 32; Jean Pineau et Monique Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile*, 2e éd, Montréal, Thémis, 1980 à la p 62; Nicole Vallières en collaboration avec Florian Sauvageau, *Droit et journalisme au Québec*, Québec, EDI-GRIC/FPJQ, 1981 à la p 18; Nicole Vallières, *La presse et la diffamation : rapport soumis au ministère des Communications du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1985 aux pp 5-8; Rodolphe Morissette, *La presse et les tribunaux : un mariage de raison*, 2e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 à la p 303; Jean-Denis Archambault, *Le droit (et sa répression judiciaire) de diffamer au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 à la p 493 et s; Emmanuelle Saucier, *Tout tient dans la façon de le dire… Un guide sur la diffamation*, Cowansville, Yvon Blais, 2009 à la p 6; Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile*, vol 1 « Principes généraux », 8e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014 aux para 1-295 – 96; Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 5e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014 au para 172.

confiance » dont jouit la personne, ou à « susciter contre elle des sentiments qui lui sont défavorables ou déplaisants »[9]. Le juge LeBel, dans l'arrêt *Société Radio-Canada c Radio Sept-Îles inc*[10], en 1994, précise en quoi consiste la diffamation comme suit : « [g]énériquement, 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. Elle implique une atteinte injuste à la réputation d'une personne par le mal que l'on dit d'elle ou la haine, le mépris ou le ridicule auxquels on l'expose. »[11] Le magistrat réitère cette définition, en 2002, dans l'arrêt de la Cour suprême *Prud'homme c Prud'homme*[12].

La diffamation civile implique une prise en considération de l'opinion publique[13] et est analysée sous un regard externe. L'idée sous-jacente de déconsidération, de dévalorisation ou d'humiliation[14] à l'égard d'autrui est centrale. À ce titre, elle possède un caractère essentiellement social[15] : il y a diffamation « à la condition [que les insinuations] soient suffisantes pour porter un homme normal à tirer des conclusions sur les qualités d'une autre personne »[16]. Le caractère diffamatoire des propos s'apprécie suivant un test objectif : « [i]l faut, en d'autres termes, se demander si un citoyen

---

9 Pineau et Ouellette, *supra* note 8 à la p 62. Dans le même sens, voir *Guitouni c Société Radio-Canada*, [2000] RJQ 2889 à la p 2894 (CS), inf en partie par [2002] RJQ 2691 (CA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 29521 (12 juin 2003) : « La diffamation consiste à dévaloriser une personne, à diminuer sa respectabilité, la considération dont elle peut jouir auprès de ses semblables. Il importe peu que le message diffamatoire soit énoncé en termes exprès ou que la diffamation découle d'insinuations ou d'allusions. Si les propos sont de nature à entraîner chez une personne raisonnable une perte de crédibilité et d'estime à l'endroit de la personne diffamée, ils sont diffamatoires. »

10 *Société Radio-Canada c Radio Sept-Îles inc*, [1994] RJQ 1811 (CA).

11 *Ibid* à la p 1818, juge LeBel.

12 *Prud'homme c Prud'homme*, 2002 CSC 85 au para 33, juges L'Heureux-Dubé et LeBel, [2002] 4 RCS 663 [*Prud'homme*].

13 *Société St-Jean-Baptiste de Montréal c Hervieux-Payette*, [2002] RJQ 1669 (CA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 29532 (12 juin 2003) [*Hervieux-Payette CA*]; *Lafferty, Harwood & Partners c Parizeau*, [2003] RJQ 2758 (CA), autorisation de pourvoi à la CSC accueillie, 30103 (6 mai 2004), désistement d'appel à la CSC.

14 Vallières en collaboration avec Sauvageau, *supra* note 8 au para 11; Vallières, *supra* note 8 à la p 11.

15 Voir Martin Roy, *La diffamation et la presse électronique*, Sainte-Foy, Revue juridique des étudiants et étudiantes de l'Université Laval, 1993 à la p 12 [Roy, *La diffamation*] : « [C]'est le résultat obtenu dans l'esprit de celui qui reçoit l'information qui importera. » Dans le même sens, voir Adjutor Rivard, *De la liberté de la presse*, Québec, Librairie Garneau, 1923 à la p 56; Vallières, *supra* note 8 à la p 36. La Cour suprême appuie notamment ce propos dans *Prud'homme*, *supra* note 12 au para 34, juges L'Heureux-Dubé et LeBel.

16 Perret, *supra* note 8 à la p 32.

ordinaire estimerait que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation d'un tiers »[17]. Nous pouvons y greffer l'exigence matérielle extrinsèque de la divulgation ou de la communication à une tierce personne[18].

Nous postulons que l'atteinte à la sauvegarde du droit à l'honneur et à la réputation est susceptible de donner lieu à deux recours distincts, qui se chevauchent voire coïncident. D'une part, la *Charte des droits et libertés de la personne* sanctionne la diffamation (en tant qu'atteinte illicite) et confère à une victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice qui en résulte, sur la base de l'article 49, al 1. Au surplus, suivant l'article 49, al 2, en cas d'atteinte illicite et intentionnelle, elle peut recevoir des dommages punitifs. D'autre part, la diffamation (envisagée comme une faute) engage la responsabilité civile de son auteur en vertu de l'article 1457 CcQ[19], principe qualifié de « fourre-tout »[20] par Nicole Vallières. La transgression du droit au respect de la réputation donne ouverture à une compensation pécuniaire sous la forme de dommages-intérêts, si le triptyque « faute – lien de causalité – préjudice » est rencontré.

A priori, on peut se questionner : n'y a-t-il pas redondance entre les mécanismes prévus par la Charte québécoise et le Code civil au regard du concept de diffamation? Ce questionnement renvoie au périmètre normatif de la diffamation civile. Nous favorisons une approche conciliatrice de la

---

17 *Prud'homme*, *supra* note 12 au para 34, juges L'Heureux-Dubé et LeBel. Sur ce point, l'arrêt de la Cour suprême réfère aux jugements suivants : *Hervieux-Payette c Société St-Jean-Baptiste de Montréal*, [1998] RJQ 131 à la p 143 (CS) [*Hervieux-Payette CS*], inf sur d'autres aspects par *Hervieux-Payette CA*, *supra* note 13; *Beaudoin c Presse ltée (La)*, [1998] RJQ 204 à la p 211 (CS) [*Beaudoin*].

18 Bien qu'en appel de la Cour d'appel de l'Ontario, la Cour suprême, dans *Botiuk c Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 RCS 3 au para 62, juge Cory [*Botiuk*], précise qu'une publication est diffamatoire lorsqu'elle 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 ».

19 Dans l'arrêt *Prud'homme*, *supra* note 12 au para 32, la Cour suprême, sous la plume des juges L'Heureux-Dubé et LeBel, réitère les règles qui régissent, en droit civil québécois, l'action en diffamation, comme 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 *CcQ* 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 délictuelle.

20 Vallières, *supra* note 8 à la p 43.

Charte québécoise et du Code civil, dans la visée d'une harmonie postulée entre ces deux instruments, comme le prévoit la Disposition préliminaire du Code civil[21].

Si la question relative à l'impact de la Charte québécoise sur le droit civil a fait l'objet de travaux universitaires récents[22] et d'études ponctuelles sur le sujet[23], une réflexion circonscrite sur la diffamation civile, par un arrimage de ces deux instruments juridiques, n'a jamais été entreprise. Il importe de se pencher sur ce sujet, car la diffamation constitue un « merveilleux champ d'observation de sociologie juridique »[24] et sous-tend un contentieux jurisprudentiel significatif[25].

---

21 Le paragraphe premier de la Disposition préliminaire du Code civil se lit ainsi : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. » En doctrine, voir Alain-François Bisson, « Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions », (1992) 23 RDUS 1; Alain-François Bisson, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) 44 RD McGill 539; Mélanie Samson, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, coll « Minerve », Cowansville, Yvon Blais, 2013 aux pp 23-39 [Samson, *Une harmonie à concrétiser*].

22 Manon Montpetit, *L'absorption des recours pour atteinte illicite prévus à la Charte des droits et libertés de la personne par le régime de responsabilité civile de droit commun*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2013 thèse publiée sous le titre *L'atteinte illicite : repenser le droit de la responsabilité en fonction de ses sources*, Cowansville, Yvon Blais, 2015 ; Samson, *Une harmonie à concrétiser*, *supra* note 21.

23 Madeleine Caron, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne? », (1978) 56 R du B can 197; Louis Perret, « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », (1981) 12 RGD 121; Ghislain Otis, « Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise », (1991) 51 R du B 561; Maurice Drapeau, « La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne », (1994) 28 RJT 31; Adrian Popovici, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté? », dans Conférences commémoratives Meredith 1998-99, *La pertinence renouvelée du droit des obligations : back to basics/The Continued Relevance of the Law of Obligations : retour aux sources*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, 49 [Popovici, « Un mariage raté ? »]; Louis LeBel, « La protection des droits et la responsabilité civile », (2004) 49 RD McGill 231.

24 Propos du juge Jean-Louis Baudouin tenus lors du colloque de l'Association québécoise de droit comparé, le 23 janvier 2004, et lors d'une conférence prononcée devant le Barreau de Montréal. Des extraits sont repris dans l'article suivant : Jean-Louis Baudouin, « La liberté d'expression et la responsabilité – Un conflit de valeurs », *Le Devoir* (le 15 septembre 2004).

25 Selon le plan de classification annoté de la Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ), nous avons colligé 306 décisions portant sur la diffamation civile dans les dix dernières années.

L'intérêt de cette réflexion critique fondamentale sur la notion de diffamation civile consiste à proposer une lecture novatrice de ses éléments constitutifs et à fournir une ossature juridique cohérente qui la soutienne et l'articule rationnellement. Une conceptualisation nouvelle de la diffamation, par une clarification des concepts, comporte un intérêt notable pour les justiciables qui peuvent être exposés à des situations de diffamation civile en clarifiant les recours offerts par la Charte québécoise et le Code civil, quant à leurs conditions d'ouverture, au fardeau de la preuve et aux sanctions offertes.

Dans une première partie, nous proposerons un *continuum* qui se décline suivant une « atteinte à la réputation », à une « atteinte *illicite* à la réputation », à une « atteinte *fautive* à la réputation ». Seuls les deux derniers syntagmes intéressent la loi et correspondent à un cas de diffamation civile – une atteinte à un droit pouvant être licite et non fautive. Par conséquent, de telles expressions ne peuvent, ni ne doivent, être considérées comme synonymes, car elles entraînent des conséquences juridiques distinctes. Nous prendrons appui sur l'arrêt de la Cour suprême dans *de Montigny*[26], qui opère une distinction (implicite) entre l'atteinte illicite, édictée par la Charte québécoise, et la faute civile, prévue par le régime de droit commun de la responsabilité civile.

Dans une seconde partie, nous sonderons l'incidence pratique de (re)conceptualiser la diffamation civile. Nous prendrons pour illustration l'affaire *Bou Malhab*[27], laquelle traite des conditions propres à un recours en diffamation civile et du préjudice collectif, c'est-à-dire celui que des membres d'un groupe allèguent avoir subi à la suite de propos racistes. Si cet arrêt de la Cour suprême respecte la tradition du droit québécois de la responsabilité civile, il faut conférer plus de poids à la Charte québécoise. Ce sera l'occasion de se questionner sur l'issue de ce pourvoi : aurait-elle été la même si un recours sur la base de l'article 49 de la Charte avait été entrepris?

Partie I – Conceptualisation renouvelée de la diffamation en droit privé

Une conceptualisation de la diffamation civile commande de s'arrêter sur les expressions « atteinte à la réputation » (A), « atteinte *illicite* à la réputation » (B) et « atteinte *fautive* à la réputation » (C), lesquelles ont une signification propre.

---

26 *de Montigny* c *Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 RCS 64 [*de Montigny*].

27 *Bou Malhab*, *supra* note 5.

La notion d'atteinte utilisée à l'article 49 de la Charte québécoise est elle-même ambiguë : qu'est-ce qu'une « atteinte à un droit »? Il importe de préciser le sens de cette locution suivant une analyse à la fois logique et grammaticale.

A) Atteinte à la Réputation

Si l'on s'arrête sur le mot ambivalent « atteinte »[28], on peut lui conférer des sens différents en fonction de la forme verbale utilisée, mais aussi du contexte[29]. Il est possible, en effet, de focaliser l'un ou l'autre aspect de l'atteinte, en particulier l'aspect *imperfectif* (l'action en déroulement) et l'aspect *perfectif* (l'action terminée)[30]. Prenant appui sur une telle distinction entre les aspects imperfectif et perfectif dans l'idée de l'atteinte, cela pourrait expliquer, sinon permettre de décrire les glissements référentiels entre l'atteinte (portée) et l'atteinte (subie).

Suivant une autre hypothèse axée sur une variation sémantique qui se situe entre la polysémie et la variation contextuelle, le mot « atteinte » peut recouvrir diverses facettes sémantiques[31]. Ainsi, il peut réunir ou agglomérer différents sens, de telle sorte qu'il puisse présenter à la fois chacun des sens agglomérés et l'ensemble de ces sens[32].

Le tout demeure une question de perspective, de point de vue. L'atteinte représente d'abord le *coup donné*, si l'on s'attache au comportement de l'auteur de l'atteinte (c'est la *cause*). Ensuite, à l'égard de la victime, il s'agit aussi du *coup reçu* (c'est l'*effet*). Le mot « atteinte » vise enfin les *conséquences* du coup reçu, c'est-à-dire le *préjudice*. Coexistent donc, suivant une vision syncrétique, la *cause*, l'*effet* et les *conséquences* au sein de l'« atteinte ».

---

28 Il convient de noter que le *Code civil du Québec* juxtapose fréquemment l'atteinte à divers droits. À titre indicatif, voir art 10, al 2; 35, al 2; 36; 37; 408; 535.1, al 3; 920; 1016, al 1; 1063; 1125, al 2; 1159; 1188; 1402, al 1; 1585, al 2; 1637, al 2; 1738, al 1; 1828, al 2; 2192; 2234; 2263; 2459, al 1; 2595, al 1; 2733; 2774; 2858, al 1; 2929; 2961, al 2; 2971.1; 3075, al 2 CcQ.

29 Pour un ouvrage sur la polysémie, voir notamment Bernard Victorri et Catherine Fuchs, *La polysémie : construction dynamique du sens*, Paris, Hermès, 1996.

30 Henri Bonnard, *Procédés annexes d'expressions. Notions de style, de versification et d'histoire de la langue française. Stylistique, rhétorique, poétique*, Paris, Magnard, 1983.

31 Georges Kleiber, *Problèmes de sémantique : la polysémie en questions*, Villeneuve d'Ascq (Nord), Presses Universitaires du Septentrion, 1999, ch III à la p 87 et s.

32 *Ibid* à la p 88.

L'article 49 de la Charte québécoise matérialise la combinaison symplectique de ces trois idées et peut recevoir la formulation renouvelée suivante : « Un coup porté à un droit fondamental confère à la victime le droit d'obtenir la cessation du coup reçu et la réparation de ses conséquences. » La victime a le droit de faire reconnaître judiciairement ce droit en demandant la cessation de l'atteinte et la réparation du préjudice, c'est-à-dire les conséquences du résultat du comportement.

La différence apparaît lorsqu'il faut distinguer le recours en cessation d'atteinte (l'injonction[33], vraisemblablement) et le recours en réparation de l'atteinte. Dans le premier cas, il s'agit de l'atteinte en tant que *coup porté et reçu* et, dans le second cas, des *conséquences* de l'atteinte proprement dite.

Transposée dans le vocabulaire classique, l'atteinte se traduit par la faute ou le dommage, selon les circonstances de l'espèce. Il faut néanmoins apporter la nuance suivante : le *comportement* de l'auteur (faute) doit être distingué du *résultat* de ce comportement et de ses incidences sur le patrimoine ou le bien-être de la victime (préjudice).

À l'appui de ces sens identifiés de l'atteinte, le recours au droit suisse comporte une utilité patente. Le vocable « atteinte », employé notamment aux articles 28 du *Code civil* suisse[34] et 49 du *Code des obligations*[35], reçoit des significations diverses. Pierre Tercier renvoie expressément à un sens large et à un sens étroit selon le point de vue adopté. Au sens large du terme et d'un point de vue passif, l'atteinte désigne « le trouble que subit une personne dans sa personnalité du fait du comportement d'un tiers »[36]. Au sens étroit et d'un point de vue actif, l'atteinte se rapporte au « comportement

---

33 Art 751-761 *Code de procédure civile*, art 509-515 *Code de procédure civile* [nouveau Cpc]

34 L'article 28 du *Code civil suisse* du 10 décembre 1907, RS 210, se lit comme suit :

> Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe.
>
> Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

35 L'article 49 du *Code des obligations* suisse, *Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations)*, se lit comme suit :

> Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement.
>
> Le juge peut substituer ou ajouter à l'allocation de cette indemnité un autre mode de réparation.

36 Pierre Tercier, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1984 au para 542.

par lequel une personne s'en prend de quelque façon aux biens de la personnalité d'autrui »[37]. L'auteur propose une définition synthétique de l'atteinte qui se formule ainsi : « tout comportement humain par lequel une personne diminue de quelque façon les biens de la personnalité d'autrui en violation des droits qui la protègent. »[38]

Il est possible par ailleurs de rapprocher les locutions « atteinte à un droit » et « violation d'un droit » : porter atteinte à un droit, c'est le violer et vice-versa. En ce sens, Adrian Popovici énonce ce qui suit :

> Lorsqu'il y a atteinte à un droit que l'on a le devoir de respecter et dont le non-respect est sanctionné (sinon on ne peut parler de *droit*, en droit civil) par l'ordre juridique, c'est une violation de ce droit, autant que la violation d'un droit est nécessairement une atteinte à ce droit. En d'autres termes, si l'agent [un individu (et non l'État)] porte atteinte à un droit ou qu'il le viole, c'est du pareil au même. Violer ou porter atteinte à un droit c'est enfreindre une norme qui protège ce droit, ne pas se conformer à la norme qui oblige à respecter ce droit, une transgression du devoir de respect de l'objet du droit. Si l'on admettait qu'un individu pût porter une atteinte « licite » à un droit individuel d'un autre individu, cela signifierait qu'il y aurait atteinte à ce droit sans atteinte à une norme qui protège ce droit ou sans manquement au devoir de respecter l'objet du droit en question : ce serait plutôt bizarre … [seules les *immunités* peuvent venir modifier le schéma proposé].[39]
>
> [italiques dans l'original; nos soulignés]

Qu'en est-il à présent de l'expression « atteinte illicite »? S'il y a synonymie entre le mot « atteinte » et la locution « atteinte illégale », puisqu'il y a transgression d'un droit édicté par la loi, on peut se questionner : la seule atteinte au droit à la protection de la réputation est-elle suffisante pour se traduire par un cas de diffamation et donner lieu à réparation? Ne faut-il pas, au surplus, qu'elle soit illicite?

---

37 *Ibid* au para 546.

38 *Ibid* au para 550. Plus particulièrement, Tercier décompose la définition en trois éléments : (1) l'existence au sens large du « comportement humain »; (2) le fait que le comportement humain se dirige contre les biens de la personnalité d'un autre sujet; (3) l'atteinte portée à la personnalité constitue simultanément la violation du droit de la personnalité qui les protège, voir para 551-553. Tercier précise la notion d'atteinte par rapport à son origine, sa portée, son objet et le moyen de l'atteinte, voir para 556-570.

39 Popovici, « Cour suprême », *supra* note 6 à la p 621, n 31.

B) Atteinte Illicite *à la Réputation*

Une atteinte à un droit est illicite[40], à moins qu'elle ne soit licite. Vérité de La Palisse, certes.

Une telle affirmation a néanmoins des implications pratiques considérables. Un déplacement du fardeau de la preuve s'opère; le contrevenant potentiel devant prouver la licéité de l'atteinte.

En principe, la preuve d'une atteinte au droit à la réputation incombe à la partie qui prétend à une situation potentiellement diffamatoire. Les dispositions du Code civil relatives au fardeau de la preuve s'appliquent : la personne qui s'estime victime d'une violation à son droit doit faire la preuve de cette violation et du préjudice qu'elle allègue avoir subi[41].

Le texte et le contexte de la Charte justifient néanmoins un renversement du fardeau de la preuve par rapport au droit commun. Une présomption de fait de l'illicéité de l'atteinte au droit à la réputation existe et va opérer un déplacement du fardeau de la preuve. C'est alors à la partie qui soutient la licéité de l'atteinte de démontrer son droit concurrent à la libre expression. Elle peut plaider en outre que l'atteinte trouve une

---

40 Pour une étude du concept d'illicéité, voir notamment René Capitant, *Introduction à l'étude de l'illicite : l'impératif juridique*, Thèse de doctorat en droit, Faculté de droit de l'Université de Paris, 1928; Jean Deliyannis, *La notion d'acte illicite, considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952; Jean Darbellay, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, Fribourg, Éditions universitaires, 1955; Jean Limpens, « La faute et l'acte illicite en droit comparé », dans *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t 2 « Droit positif », Bruxelles, Bruylant/Paris, Sirey, 1963, 723; Gabriel Marty, « Illicéité et responsabilité », dans *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, 339; Marc Puech, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, t 129, coll « Bibliothèque de droit privé », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973; Cyril Bloch, *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008; Marième Lacroix, *L'illicéité : essai théorique et comparatif en responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel*, coll « Minerve », Cowansville, Yvon Blais, 2013.

41 Le principe relatif à la répartition de la charge de la preuve entre le demandeur et le défendeur est exprimé à l'article 2803 CcQ qui se lit comme suit : « Celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention. Celui qui prétend qu'un droit est nul, a été modifié ou est éteint doit prouver les faits sur lesquels sa prétention est fondée. »

En doctrine, voir notamment Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 au para 119 et s; Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, *La preuve civile*, 4e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2008 au para 153 et s.

justification en tant que commentaire véridique publié de bonne foi et dans l'intérêt public[42].

L'expression « atteinte illicite » fait écho à la reconnaissance d'une signification souveraine de l'illicéité. Selon Henri Brun, « [l]e critère applicable pour savoir s'il y a atteinte aux droits de la Charte québécoise est un critère d'effet, pur et simple, et non un critère de faute. Il y a atteinte aux droits aussitôt qu'un effet négatif est produit sur eux, peu importe que l'auteur de cette atteinte ait été fautif »[43].

Il est opportun de relever l'impact de l'arrêt de la Cour suprême en 2010, dans *de Montigny*[44], qui discute de la portée de la Charte

---

42 *Prud'homme*, *supra* note 12 à la p 686, juges L'Heureux-Dubé et LeBel; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc c Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 RCS 95 aux pp 130-131, juge LeBel.

43 Henri Brun, « Libertés d'expression et de presse; droits à la dignité, l'honneur, la réputation et la vie privée », (1992) 23 RGD 449 à la p 453.

44 *de Montigny*, *supra* note 26. Cette affaire témoigne d'un drame familial, survenu en avril 2002, où un homme a tué son ex-conjointe de fait, ainsi que leurs deux fillettes, avant de se suicider. Les membres de la famille des défuntes intentent personnellement et en leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs des successions des défuntes une action en responsabilité civile, ainsi qu'une demande de dommages-intérêts punitifs contre la succession du meurtrier. Le juge Trudel de première instance (2006 QCCS 1677, [2006] RJQ 1371 (CS)) a accueilli le recours personnel en dommages-intérêts pour *solatium doloris* et perte de soutien moral, après examen de la preuve relative aux relations entre les membres de la famille et aux conséquences personnelles de la tragédie sur chacun d'eux. Il accorde au père de l'ex-conjointe des sommes de 30 000 $ pour la perte de sa fille et 6 000 $ pour la perte de chacune de ses petites-filles, et aux sœurs de l'ex-conjointe des sommes de 10 000 $ pour le décès de leur sœur et 2 000 $ pour celui de chacune de leurs nièces. En revanche, il a rejeté le recours successoral, devant l'absence d'un temps suffisant écoulé entre l'acte illicite et les décès des victimes. La nature quasi instantanée des décès justifie en l'espèce le refus d'accorder une indemnité pour les douleurs, souffrances et perte d'espérance de vie. Quant à l'octroi de dommages-intérêts punitifs, cette forme de dommages-intérêts ne peut être qu'accessoire, selon le magistrat, à l'attribution de dommages-intérêts compensatoires pour un préjudice moral ou matériel. Aucun droit à des dommages punitifs n'a donc pu entrer dans le patrimoine des victimes, ni être transmis à leurs héritiers. La Cour d'appel (2008 QCCA 1577, [2008] RJQ 2015 (CA)) a confirmé pour l'essentiel le premier jugement.

Des questions demeurent : en l'absence d'octroi de dommages-intérêts compensatoires, une demande de dommages-intérêts punitifs est-elle irrecevable *de facto*? Le décès de l'auteur des actes illicites et intentionnels empêche-t-il la condamnation de sa succession à des dommages-intérêts punitifs? En d'autres termes, ces deux obstacles relatifs à l'absence de dommages-intérêts compensatoires et à l'inutilité de punir ou de dissuader un fautif décédé à la suite de ses actes sont-ils dirimants à l'admissibilité d'une réclamation pour dommages punitifs? Ce pourvoi a fourni l'occasion à la Cour suprême de réexaminer la question du caractère autonome des dommages-intérêts punitifs dont l'article 49, al 2 de la Charte permet l'attribution.

québécoise[45]. Cet arrêt opère une rupture avec l'orthodoxie dominante qui prévalait depuis 1996, car il propose de dissocier l'atteinte illicite et la faute en matière de responsabilité civile extracontractuelle.

Dans une série d'arrêts[46], l'opinion majoritaire de la Cour suprême privilégiait « une méthode de coordination et de convergence du droit des libertés fondamentales et du régime de responsabilité délictuelle »[47]. L'atteinte illicite était rapprochée, sinon absorbée, par la faute civile. La Charte québécoise représentait, suivant un tel raisonnement, la source de devoirs dont la violation semble nécessairement constitutive de faute engageant la responsabilité de son auteur. Elle ne créait pas un régime autonome de responsabilité civile[48]. En ce sens, la Charte québécoise n'avait pas de valeur normative, indépendante de la règle de bonne conduite de l'article 1457 CcQ, mais elle était confinée plutôt dans un rôle purement déclaratoire.

Prenant appui sur son statut quasi constitutionnel, le juge LeBel, dans *de Montigny*, accorde à la Charte québécoise une portée normative, en ces termes : « [C]e document, […], a préséance, dans l'ordre normatif québécois, sur les règles de droit commun. »[49] Une fois ce premier obstacle levé et fondé sur une interprétation téléologique d'une disposition législative de la Charte québécoise, c'est la distinction entre l'illicite et la faute civile qui nous intéresse tout particulièrement. Sur ce point, le juge LeBel semble distinguer l'illicite de la faute ainsi : « Le concept d'acte

---

Pour un commentaire d'arrêt, voir Adrian Popovici, « Commentaire d'arrêt. L'horreur à Brossard; *De Montigny* c. *Brossard*, 2010 CSC 51 », (2011) 89:2 R du B can 431.

45 La Cour suprême devait trancher la question du caractère autonome des dommages punitifs dont l'alinéa second de l'article 49 de la Charte permet l'attribution au regard des dommages-intérêts compensatoires. À ce sujet, le juge LeBel écrit ce qui suit : « [R]ien n'empêche de reconnaître le caractère autonome des dommages exemplaires et, partant, de donner à cette mesure de redressement toute l'ampleur et la flexibilité que son incorporation à la *Charte* commande. » Voir *de Montigny*, *supra* note 26 au para 45, juge LeBel.

46 *Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés de services publics inc*, [1996] 2 RCS 345 [*Béliveau St-Jacques*]; *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211 [*St-Ferdinand*]; *Augustus c Gosset*, [1996] 3 RCS 268 [*Augustus*]; *Aubry c Éditions Vice-Versa inc*, [1998] 1 RCS 591 [*Éditions Vice-Versa inc*]; *Gauthier c Beaumont*, [1998] 2 RCS 3; *Prud'homme*, *supra* note 12.

47 LeBel, *supra* note 23 à la p 245. Voir également Alain-Robert Nadeau, « La *Charte des droits et libertés de la personne* : origines, enjeux et perspectives », (2006) (numéro thématique hors série) R du B 1 aux pp 16-18.

48 *Béliveau St-Jacques*, *supra* note 46 au para 121, juge Gonthier; *Augustus*, *supra* note 46 au para 58, juge L'Heureux-Dubé.

49 *de Montigny*, *supra* note 26 au para 45, juge LeBel.

illicite, sur lequel repose l'art. 49, se confond souvent avec celui de faute civile. »[50] Souvent, mais pas toujours. Le magistrat ajoute ce qui suit :

> Cependant, cette coïncidence des recours n'est pas toujours parfaite. En raison de la finalité particulière du recours qu'il prévoit, l'art. 49, al. 2 peut, en effet, viser des actes et des conduites qui ne cadrent pas avec la notion de faute civile, ne tombant pas ainsi dans le domaine d'application du régime général de responsabilité civile du Québec. L'autonomie de ce recours ressort aussi bien du texte de l'art. 49 que des finalités distinctes de la mise en œuvre de la *Charte*, ainsi que de la nécessité de laisser à celle-ci toute la souplesse nécessaire à la conception des mesures de réparation adaptées aux situations concrètes.[51]
>
> [nos soulignés]

Un tel arrêt de principe avalise les critiques doctrinales sur une dissociation entre l'atteinte illicite d'un droit prévu à la Charte et la faute civile[52]; il

---

50 *Ibid* au para 44, juge LeBel.

51 *Ibid*. Voir toutefois au para 59 : « Dans le cas sous étude, on ne saurait mettre en doute le caractère illicite de l'atteinte, qui était aussi une faute civile au sens du droit de la responsabilité civile. » *Contra Bou Malhab*, *supra* note 5 au para 23, juge Deschamps.

52 À titre indicatif, pour le détachement du régime de protection des droits reconnus à la Charte québécoise et de la notion de faute, voir André Morel, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », (1986) 17 RDUS 49 aux pp 74-76; René Pepin, « La vérité et la liberté d'expression », (1987) 18 RGD 869 à la p 878; Jean-Maurice Brisson, « L'admissibilité d'une preuve obtenue en violation de la Charte des droits et libertés de la personne », (1989) 49 R du B 607 aux pp 622-624; Otis, *supra* note 23 aux pp 566-568; Brun, *supra* note 43; André Morel, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1993)*, vol 45, Cowansville, Yvon Blais, 1993, 65 à la p 70; Drapeau, *supra* note 23 aux pp 50-54; Pierre Pratte, « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile », (1998) 58 R du B 287 à la p 373; Paul-André Crépeau, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 RD McGill 729 aux pp 744-746; Popovici, « Un mariage raté ? », *supra* note 23 à la p 60 et s; LeBel, *supra* note 23 aux pp 244-251; Sylvie Gagnon, « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la *Charte des droits et libertés de la personne* », dans Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne, *La* Charte des droits et libertés de la personne : *Pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 261 aux pp 279, 282, 334-340; France Allard, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d' "harmonie ambiguë" », (2006) (numéro thématique hors série) R du B 33 aux pp 68-69; Béatrice Vizkelety, « Impact de la Charte canadienne sur la Charte québécoise : affirmation ou négation des droits et libertés prévus dans la Charte au Québec? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Les 25 ans de la Charte canadienne des droits et libertés*, vol 268, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 49 aux pp 88-92; Générosa Bras

plaide pour une marginalisation du recours édicté à l'article 49, al 1 de la Charte québécoise et une reconnaissance de l'existence d'une atteinte illicite[53]. De façon lapidaire on peut concevoir que « [t]oute atteinte à un droit garanti ne constitue pas nécessairement une faute »[54].

Suivant la thèse de l'autonomie de l'article 49 de la Charte, l'atteinte illicite est un concept objectif qui renvoie à toute atteinte injustifiée à une liberté ou à un droit protégé. Un tel concept constituerait la base de la mise en application d'un régime autonome et distinct de responsabilité civile, qui ne nécessiterait plus la preuve d'une faute au sens du droit civil traditionnel[55]. Outre de s'accorder avec le dessein social de prévention et de dissuasion des violations de droits fondamentaux, il permet de considérer la diversité et la flexibilité des réparations auxquelles donnent ouverture la Charte québécoise[56]. Il tend à respecter, par surcroît, l'ordre normatif voulu par le législateur québécois et à assurer une meilleure protection des droits fondamentaux[57].

Les expressions « atteinte à la réputation » et « atteinte *illicite* à la réputation »[58] ne sont donc pas synonymes. Il importe que l'atteinte lèse la victime dans ses intérêts juridiquement protégés *et* qu'elle ne puisse être justifiée. La violation, à elle seule, ne met pas en jeu l'application de l'article 49 de la Charte québécoise. C'est la démonstration d'une rupture

---

Miranda, « Les fantômes ont-ils des droits? », dans Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Colloque du trentenaire 1975-2005 : Regards croisés sur le droit privé*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 83 à la p 90.

53 Otis, *supra* note 23 à la p 567.

54 LeBel, *supra* note 23 aux pp 248-249. Voir également la dissidence du juge en chef Lamer dans *Éditions Vice-Versa inc*, *supra* note 46 aux para 2-19 sur la persistance des problèmes conceptuels que pouvait entraîner l'assimilation pure et simple de l'atteinte illicite aux droits garantis par la Charte québécoise à la faute civile. Il écrit : « […] à mon avis, la simple atteinte à un droit ou à une liberté ne saurait constituer nécessairement une faute » (para 11).

55 LeBel, *supra* note 23 à la p 244. Voir également Samson, *Une harmonie à concrétiser*, *supra* note 21 à la p 267 : « [I]l serait faux de penser que toute atteinte à une liberté ou à un droit garantis par la Charte québécoise constitue, en elle-même, une faute civile. »

56 *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62 au para 25, juges Iacobucci et Arbour, [2003] 3 RCS 3; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30 aux para 25-26, juge LeBel, [2004] 1 RCS 789.

57 Brun, *supra* note 43 à la p 453.

58 *Prud'homme*, *supra* note 12 au para 35, juges L'Heureux-Dubé et LeBel.

d'équilibre, par une absence de justification dans l'exercice des droits selon l'article 9.1 de la Charte[59], qui établit l'illicéité d'une atteinte[60].

Le droit privé adopte ici une méthode unifiée, contrairement au droit public qui privilégie une analyse binaire en distinguant d'abord l'atteinte au droit[61] et, ensuite, la justification de cette atteinte au droit[62], dans le cadre d'un processus de pondération des valeurs mû par l'article premier de la Charte canadienne. Adoptant le point de vue que le droit privé ne devrait pas être perverti par la méthode interprétative de l'article premier de la Charte canadienne, le professeur Adrian Popovici décrit la démarche propre au droit privé en ces termes :

> Raisonnons en *droit civil*. La première question à se poser est la suivante : Y a-t-il eu une atteinte portée à l'objet fondamental, à l'intérêt principal que ce droit protège […]? Deuxième question : cette atteinte était-elle illicite?
>
> Si l'on a *prouvé* qu'un individu a porté *illicitement* une atteinte à un droit fondamental, le défendeur ne pourrait pas se justifier, opposer que, malgré tout, l'atteinte est raisonnable ou proportionnée. L'atteinte illicite viole nécessairement ce droit; c'est même la violation du droit.
>
> Si l'atteinte est illicite, elle est contraire au Droit, avec un grand D (« *Law* ») et le défendeur ne peut se disculper en exigeant en excipant un intérêt supérieur.
>
> Mais à ce moment là, ou bien il y a eu une atteinte à un droit fondamental et illicéité ou bien il n'y en a pas eu et licéité: ce qui veut dire alors que le *droit* […] n'a pas été lésé, atteint. Il n'est pas question de la violation d'un *droit* qui serait justifiée ou justifiable, en droit civil pur (ni d'atteinte *licite à un droit*).

---

59 L'article 9.1 C.d.l.p. se lit comme suit : « Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. » Sur la portée de l'article 9.1 C.d.l.p., en jurisprudence, voir notamment *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 [*Ford*]; *Devine c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 790; *Irwin Toy Ltd. c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927.

60 Selon Drapeau, *supra* note 23 à la p 91, le caractère illicite d'une atteinte se détermine par une démarche essentiellement marquée du « sceau du positivisme ». Il se mesure de façon objective suivant l'écart entre la conduite reprochée et l'énoncé de la règle de droit.

61 La preuve incombe à la partie demanderesse.

62 La preuve incombe à l'État.

> En d'autres termes et en résumé, en droit civil, l'atteinte à un *droit* de la personnalité est l'aboutissement du raisonnement; en droit public, l'atteinte à un *droit* fondamental est la première étape du raisonnement.[63]
>
> [italiques dans l'original; nos soulignés]

Une situation diffamatoire met potentiellement en conflit des droits également protégés, mais concurrents. Les droits et les libertés contiennent une limite inhérente; il s'agit d'une tautologie que l'on ne saurait ignorer. C'est pourquoi, il importe de délimiter les frontières respectives des droits, en se gardant de ne pas leur donner une extension allant au-delà des impératifs de la protection des intérêts que le droit vise à protéger[64]. Une poursuite pour diffamation civile[65] sous-tend, de façon générale, la présence des droits au respect de la réputation[66] et à la liberté d'expression[67]. Sous le couvert du principe de la liberté d'expression – rapprochée parfois de la liberté d'opinion –, il est également possible

---

63 Adrian Popovici, « Cour suprême », *supra* note 6 aux pp 622-623. Dans le même sens, voir Popovici, « Un mariage raté? », *supra* note 23. En jurisprudence, voir l'opinion dissidente du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Éditions Vice-Versa inc*, *supra* note 46. Par ailleurs, selon l'Honorable Louis LeBel, cette méthode de pondération de droits concurrents ou contradictoires exige « une analyse plus proche des techniques actuelles du droit public des libertés fondamentales, telles qu'elles se sont développées dans la mise en œuvre de l'article 1 de la *Charte canadienne* ». Cela signifie que le juge doit adopter une vision plus large de la nature des intérêts et des droits en jeu dans l'examen d'une situation juridique, lorsqu'il s'agit de coordonner les principes de droit public et de droit commun de la responsabilité civile dans la protection des droits fondamentaux. Voir LeBel, *supra* note 23 à la p 249.

64 Le Considérant quatrième du Préambule de la Charte québécoise se lit comme suit : « Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général. »

65 Sur des arrêts de la Cour suprême qui énoncent la présence de ces deux valeurs fondamentales dans une action pour diffamation, voir notamment *Hill c Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130 au para 100, juge Cory [*Hill*]; *Prud'homme*, *supra* note 12 au para 38, juges L'Heureux-Dubé et LeBel.

66 Art 4 C.d.l.p.; art 3, al 1 CcQ.

67 De nombreux arrêts de la Cour suprême reconnaissent son importance et témoignent qu'il s'agit d'une valeur fondamentale de toute société libre et démocratique, voir *Hill*, *supra* note 65 aux para 101-106, juge Cory; *Libman c Québec (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 569 aux para 28-30, en banc; *Thomson Newspapers Co c Canada (Procureur général)*, [1998] 1 RCS 877 au para 92, juge Bastarache; *R c Sharpe*, 2001 CSC 2 aux para 21-23, juge en chef McLachlin, [2001] 1 RCS 45; *R c Guignard*, 2002 CSC 14 aux para 19-26, juge LeBel, [2002] 1 RCS 472; *Prud'homme*, *supra* note 12 aux para 38-42, juges L'Heureux-Dubé et LeBel.

d'invoquer la liberté d'information[68] ou de presse[69]. La démonstration d'une rupture d'équilibre dans l'exercice de ces droits tend à établir l'illicéité d'une atteinte.

De façon incidente, il est opportun de signaler une distinction entre l'atteinte à un *droit* et l'atteinte à l'*objet* de ce droit. Selon Jean Dabin, il convient de prendre garde d'assimiler l'objet d'un droit – ce sur quoi porte le droit – avec son contenu – ce qui délimite le droit dans son mode et dans son étendue[70]. Et de préciser le professeur Adrian Popovici : « Il ne faut pas confondre un droit et son objet, c'est-à-dire l'intérêt principal qu'il protège et qui lui donne son nom. »[71] Ce dernier poursuit ainsi : « si l'atteinte à l'objet protégé par le droit, l'intérêt principal visé et protégé, est portée par un particulier et que cette atteinte est licite, ce n'est pas une atteinte au *droit* de la victime »[72].

De cette dissociation postulée entre le *droit* et l'*objet* du droit, un raisonnement peut se décliner en deux temps. Dans un premier temps, il faut vérifier si une atteinte est portée à l'objet du droit fondamental. Dans un second temps, il faut se questionner sur le caractère licite ou illicite de l'atteinte. Si la partie demanderesse prouve qu'un individu a porté une atteinte illicite à un droit fondamental, le défendeur ne pourrait pas, sous

---

68 Sur une étude relative à la liberté d'information, voir Conseil de presse du Québec, *Le Conseil de presse du Québec et le droit du public à l'information*, Québec, Conseil de presse du Québec, 1981; Pierre Trudel, *Le droit à l'information : émergence, reconnaissance, mise en œuvre*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981; Pierre Trudel, *Droit de l'information et de la communication* : *notes et documents*, Montréal, Thémis, 1984; Pierre Trudel, « Liberté d'information et droit du public à l'information », dans Alain Prujiner et Florian Sauvageau avec la collaboration de Viviane Haeberlé, dir, *Qu'est-ce que la liberté de presse?*, Montréal, Boréal Express, 1986, 174; Claude Bédard, « Les médias d'information et le droit québécois », dans Congrès du Barreau du Québec, *Congrès du Barreau du Québec (1994)*, Montréal, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 1994, 823.

69 Sur une étude relative à la liberté de presse, voir Danièle Houde, « La liberté de la presse en droit anglais, américain et canadien », (1972) 13:2 C de D 121; Walter Tarnopolsky, « La liberté de la presse en tant que partie de la liberté d'expression », dans Walter Tarnopolsky *et al*, *Les quotidiens et la loi*, vol 3, Ottawa, Commission royale sur les quotidiens, 1981, 1; Prujiner, Sauvageau et Haberlé, *supra* note 68; Louis-Philippe Gratton, « La liberté de presse au Québec, une liberté américaine? Étude sur le droit à la vie privée et la liberté de presse », (1997) 57 R du B 913.

70 Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952 aux pp 168-169.

71 Popovici, « Cour suprême », *supra* note 6 à la p 616. Dans le même sens, voir Popovici, « Un mariage raté ? », *supra* note 23 à la p 91, n 88 : « Il ne faut pas confondre un droit et son objet éponyme, c'est-à-dire l'intérêt principal qu'il protège et qui lui donne son nom. »

72 Popovici, « Cour suprême », *supra* note 6 à la p 616 [italiques dans l'original]. Dans le même sens, voir Popovici, « Un mariage raté? », *supra* note 23 à la p 91, n 88.

réserve d'invoquer une immunité[73], se justifier ou opposer que l'atteinte est raisonnable ou proportionnée[74]. En revanche, si l'atteinte à l'objet du droit est justifiée, c'est qu'elle ne peut être illicite et donc que le droit n'a pas été atteint[75].

Une atteinte à l'*objet* du droit se traduit ou non par une atteinte au *droit* – nécessairement illicite – suivant qu'elle peut être justifiée. Cette justification rend l'atteinte à l'objet du droit licite lorsqu'elle est justifiée par la loi, par le consentement de la victime[76], ou encore par une valeur considérée supérieure à la suite d'un exercice de pondération des valeurs protégées. En vertu de l'article 9.1 de la Charte québécoise, cet exercice permet d'établir qu'une atteinte est illicite ou non; on vérifie plus particulièrement si l'*objet* du droit a été atteint et non le *droit*.

En guise de synthèse, une atteinte au droit à la sauvegarde de la réputation ne constitue pas nécessairement un cas de diffamation[77]. Il y a

---

73 Notamment dans les cas d'accidents d'automobile ou du travail, conformément à l'article 9.1 C.d.l.p.

74 Popovici, « Cour suprême », *supra* note 6 à la p 623. Voir également à la p 622 : « Si l'on a prouvé qu'un individu a porté *illicitement* une atteinte à un droit fondamental, le défendeur ne pourrait pas se justifier, opposer que, malgré tout, l'atteinte est raisonnable ou proportionnée. L'atteinte illicite viole nécessairement ce droit; c'est même la violation du droit. Si l'atteinte est illicite, elle est contraire au Droit, avec un grand D (« Law ») et le défendeur ne peut se disculper en excipant un intérêt supérieur. » [italiques dans l'original] Dans le même sens, voir Popovici, « Un mariage raté? », *supra* note 23 aux pp 91-92, n 88.

75 Popovici, « Un mariage raté? », *supra* note 23 à la p 91, n 88 :

> Si une violation ou atteinte à [un] droit a été considérée comme licite, c'est que les tiers n'avaient pas le *devoir* de respecter ce droit et que leur geste était licite en l'occurrence. Un droit que l'on violerait *sans sanction* ne peut être un droit [sauf immunité]. Ou bien une atteinte est autorisée par la loi et elle est donc licite, non illicite, ou bien elle n'est pas autorisée par la loi et donc illicite [il faut toujours tenir compte des immunités]. Mais elle ne peut être licite et illicite en même temps! Elle ne peut être illicite et en même temps « justifiable et justifiée » en droit privé. Si elle est « justifiable ou justifiée » c'est que l'atteinte a été licite, qu'il n'y a pas eu violation de ce droit. [italiques dans l'original]

76 Art 35, al 2 CcQ.

77 À l'appui de cette affirmation, on peut renvoyer à la terminologie autrefois employée par le législateur à l'article 762, al 2(b) Cpc : « les demandes relatives au respect de la réputation et de la vie privée, y compris les poursuites en diffamation » (abrogé). Une distinction prévaut ainsi entre les demandes pour respect de la réputation et les poursuites pour diffamation. Voir l'opinion du juge Beauregard sur l'article 762, al 2(b) dans *Presse ltée (La) c Beaudoin*, [1995] RJQ 32 (CA). Bien que cette disposition soit désormais abrogée, on peut conserver la distinction – implicite – entre l'atteinte à la réputation et l'atteinte fautive à la réputation. Au surplus, voir Pauline Roy, *Les dommages exemplaires en droit québécois : instrument de revalorisation de la responsabilité*

diffamation civile lorsque cette atteinte est illicite. Elle se traduit par une conduite qui a pour effet de compromettre la portée du droit à la réputation – elle-même déterminée selon l'énoncé du droit et en fonction de paramètres spécifiques à la notion de réputation – et qui cause une rupture de pondération ou en l'absence de justification dans l'exercice de ce droit[78].

Une fois la diffamation confinée dans un statut autonome comme « atteinte illicite », en vertu de l'article 49, al 1 de la Charte québécoise[79], observons la diffamation sanctionnée par le recours en responsabilité civile, selon l'article 1457 CcQ. Nous plaidons pour une dissociation entre les expressions « atteinte *illicite* à la réputation » et « atteinte *fautive* à la réputation ». Ce serait en effet confondre l'espèce pour le genre[80]. Alors qu'une atteinte illicite n'est pas nécessairement fautive, l'inverse n'est pas vrai : toute atteinte fautive est illicite[81].

Il s'agit d'une réflexion porteuse, car elle explore la possibilité que la faute ne soit plus impérieuse dans un recours pour diffamation civile; seule

---

civile, Thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 1995 aux pp 353-354 [non publiée] : l'auteure renvoie ici à l'article 9.1 de la Charte québécoise quant à l'exercice limité des droits et des libertés dans le respect de l'ordre public.

78 François Chevrette, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non dit », (1987) 21 RJT 461 et dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis*, Montréal, Thémis, 1989, 71; Paul-André Crépeau, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 RD McGill 729, 745, no 17; LeBel, *supra* note 23 aux pp 248-249; Vizkelety, *supra* note 52 aux pp 76-83. En jurisprudence, voir le principe formulé dans *Ford*, *supra* note 59 aux pp 768-771, en banc.

79 Montpetit, *supra* note 22 à la p 176 :

> Ainsi, on voit que l'atteinte illicite, en tant que transgression d'une norme édictée par la Charte, est spécifique mais à la fois multiforme dans les conditions qui doivent se produire afin de donner ouverture à l'obligation de réparer. Ces conditions ne se retrouvent pas dans le devoir de prudence et de diligence, mais dans la transgression des devoirs et obligations énoncés par les droits et libertés particuliers et soumis à la dynamique structurante de l'ensemble du texte de la Charte.

80 Popovici, « Un mariage raté? », *supra* note 23 à la p 60 et s.

81 Limpens, *supra* note 40. Voir également Vallières en collaboration avec Sauvageau, *supra* note 8 au para 18; Vallières, *supra* note 8 aux pp 43, 47; Patrick A Molinari et Pierre Trudel, « Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée : Aspects généraux et applications », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Yvon Blais, 1988, 197 à la p 203 : « Toutes les atteintes à la réputation résultant de la diffusion de messages ne sont pas des fautes engendrant la responsabilité de celui qui s'y livre »; Popovici, « Un mariage raté? », *supra* note 23 à la p 62 : « ce n'est pas parce qu'elle est illicite que l'atteinte est fautive; c'est parce qu'elle est fautive qu'elle est illicite ».

l'atteinte illicite étant requise selon la Charte québécoise. Cela aurait pour conséquence, notamment, d'évincer la condition d'imputabilité (propre à la faute civile) de l'agent diffamateur[82] et d'ordonner la cessation de l'atteinte, ainsi que de condamner à des dommages-intérêts punitifs, en l'absence de dommages compensatoires[83].

Au surplus, on pourrait se satisfaire de l'atteinte illicite, car cela éviterait de faire appel au test de la personne raisonnable[84] dont le caractère superficiel peut être relevé. En effet, comment s'assurer que toute personne raisonnable souscrive aux principes de la Charte et soit suffisamment bien renseignée sur l'évolution des valeurs consacrées par la Charte?

C) Atteinte Fautive *à la Réputation*

Dans une perspective classique (sinon conservatrice), une atteinte illicite est fautive et répond au critère de la personne raisonnablement prudente – modernisation du *bonus pater familias*. La diffamation civile correspond à une atteinte *fautive* à la réputation[85]. À l'appui, les auteurs Baudouin,

---

82 Si l'on favorise un tel raisonnement, une personne inapte qui prononce des propos diffamatoires pourrait être tenue de réparer en vertu de l'article 49, al 1 de la Charte québécoise. Par extension, voir Marième Lacroix, « Le cas des inaptes et leur (ir)responsabilité civile », (2013) 54 C de D 811.

83 Claude Dallaire, « Les dommages-intérêts punitifs et la diffamation : arme de destruction massive ou tire-pois? », dans *La diffamation*, vol 3, coll « Collection Blais », Cowansville, Yvon Blais, 2009, 115.

84 Pour ne choisir qu'une illustration jurisprudentielle, voir *R c S. (RD)*, [1997] 3 RCS 484 au para 36 et s. Dans cet arrêt, la Cour suprême recourt au test de la personne raisonnable pour déterminer s'il y a ou non une crainte raisonnable de partialité en raison de remarques prononcées par un juge dans un procès criminel. Selon la Cour, la personne raisonnable est bien renseignée et étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. La personne raisonnable représente un membre informé et sensé de la collectivité qui, au Canada, souscrit aux principes constitutionnalisés par la *Charte*. Ces principes fondamentaux embrassent les principes d'égalité prévus l'article 15 de la *Charte* et consacrés au pays par les lois quasi constitutionnelles fédérales et provinciales sur les droits de la personne. La personne raisonnable est censée connaître le passé de discrimination dont ont souffert les groupes défavorisés de la société canadienne que protègent les dispositions de la *Charte* relatives aux droits l'égalité. Il s'agit de facteurs dont le juge peut prendre connaissance d'office. (au para 46)

85 Dans les dernières années, de nombreux auteurs renvoient à cette acception de la diffamation civile. Voir notamment : Archambault, *supra* note 8 à la p 509; Saucier, *supra* note 8 à la p 9; Guy Sarault, « L'évolution du droit québécois en matière de diffamation : un droit autonome influencé par la common law », dans *La diffamation*, *supra* note 83, 57 aux pp 61-62; Robert Danay, « The Medium is not the Message : Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation », (2010) 56:1 RD McGill 1 aux pp 28-29; Frédéric Letendre, « De Gutenberg à Twitter : supports

Deslauriers et Moore fournissent la définition suivante de la diffamation civile :

> Toute atteinte à la réputation, qu'elle soit verbale (parole, chanson, mimique) ou écrite (lettre, pièce de procédure, caricature, portrait, etc.), publique (par voie d'articles de journaux, de revues, de livres, de commentaires à la radio, à la télévision, ou sur des sites Internet, blogues ou médias sociaux) ou privée (lettre, tract, rapport, mémoire), qu'elle soit seulement injurieuse ou aussi diffamatoire, qu'elle procède d'une affirmation ou d'une imputation ou d'un sous-entendu, constitue une faute qui, si elle entraîne un dommage, doit être sanctionnée par une compensation pécuniaire.[86]
>
> [nos soulignés]

Selon l'orthodoxie dominante, l'article 49, al 1 de la Charte québécoise et l'article 1457 CcQ relèvent du même principe juridique de responsabilité fondée sur un comportement fautif[87] et obéissent au trinôme « faute – lien de causalité – dommage ». Il convient de déterminer si l'atteinte illicite à la réputation constitue une faute civile, laquelle fonde l'obligation de réparer pour son auteur.

La faute peut se traduire par deux comportements qui engendrent la responsabilité civile de l'auteur lorsqu'il exprime des propos diffamatoires[88]. D'une part, la témérité, la négligence, l'impertinence ou

---

différents, même combat – La diffamation et les médias sociaux », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en propriété intellectuelle (2010)*, vol 328, Cowansville, Yvon Blais, 2010, 281 aux pp 284-286; François Demers, « Au 21e siècle, le ridicule peut-il tuer? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2012)*, vol 357, Cowansville, Yvon Blais, 2012, 181 aux pp 186-187; Jean-Pierre Michaud et Valérie Scott avec la collaboration de Raphaël Yeretsian, « Les risques et périls du journalisme d'enquête », dans *La diffamation – Deuxième colloque*, vol 16, coll « Collection Blais », Cowansville, Yvon Blais, 2013, 1 aux pp 11-12; Sophie Perreault, « Caricatures, blagues et injures : quelles sont les limites ? », dans *Ibid*, 101 aux pp 104-105; Barry Gamache, « La diffamation en ligne : ce qu'il ne faut pas mettre sur un blogue », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2013)*, vol 375, Cowansville, Yvon Blais, 2013, 117 aux pp 130-133; Marie Annik Grégoire, « Réparation à la suite d'une atteinte aux droits à l'honneur, à la dignité, à l'égalité, à la réputation et à la vie privée » dans JurisClasseur Québec, *Obligations et responsabilité civile,* feuilles mobiles, fasc 27, coll « Droit civil », Montréal, LexisNexis Canada au para 6 [Grégoire, « Réparation »].

86 Baudouin, Deslauriers et Moore, *supra* note 8 au para 1-295.

87 Voir *supra* note 46.

88 Voir notamment en doctrine Marième Lacroix, *L'avocat diffamateur : ses devoirs de conduite et la mise en œuvre de sa responsabilité civile*, coll « Minerve », Cowansville, Yvon Blais, 2007 aux pp 95-103 [Lacroix, *L'avocat diffamateur*];

l'incurie de l'auteur de la diffamation peut être observée. D'autre part, sa mauvaise foi, son intention de nuire ou sa volonté d'attaquer la réputation peut être présente. De fait, la diffamation civile constitue un acte fautif lorsqu'elle résulte d'une conduite que n'aurait pas adoptée une personne raisonnablement prudente et diligente, placée dans une situation similaire.

La faute peut, par ailleurs, être commise lorsqu'un agissement volontaire de l'auteur dénote une volonté arrêtée de nuire à la réputation de la personne. Or, n'est-ce pas là énoncer une tautologie? L'exposé de ces comportements requis chez l'auteur de la diffamation positionne la diffamation au sein des règles ordinaires de la responsabilité civile et permet conséquemment « d'abandonner résolument l'idée fausse que la diffamation est seulement le fruit d'un acte de mauvaise foi emportant intention de nuire »[89].

Il revient au tribunal d'apprécier le caractère fautif de la diffamation. Pour ce faire, il doit se poser deux questions[90]. La première est celle de savoir si l'information divulguée est *vraie* ou *fausse*. Si elle est vraie, la deuxième interrogation consiste à vérifier si la divulgation d'une telle information n'a pour *but que de nuire* à la victime et est *sans intérêt public*. Si un tel but est visé et qu'il n'y a pas d'intérêt à divulguer ou à publier une telle information, il y a diffamation civile et la responsabilité de l'auteur peut conséquemment être engagée.

Par contre, si l'information est fausse, la deuxième question est de déterminer si la divulgation est faite par *négligence, témérité ou incurie*, d'une part, ou avec une *volonté arrêtée de porter atteinte à la réputation*, d'autre part. Dans l'hypothèse où il est fait preuve de l'un ou l'autre de ces comportements, l'auteur peut être trouvé responsable. Par ailleurs, la bonne foi de l'auteur de la diffamation n'a pas d'incidence sur le plan de l'établissement de la faute et de l'étendue du préjudice compensé.

Baudouin, Deslauriers et Moore, *supra* note 8 au para 1-297; Deleury et Goubau, *supra* note 8.

89 Baudouin, Deslauriers et Moore, *supra* note 8 au para 1-297.

90 Au regard de l'examen du caractère fautif de la diffamation, nous nous sommes inspirés du raisonnement exposé par le juge Robert dans *Srivastava c Hindu Mission of Canada (Quebec) inc*, [2001] RJQ 1111 aux pp 1124-1125, juge Robert (CA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 28686 (7 février 2002). Voir également l'opinion du juge Senécal dans *Beaudoin*, *supra* note 17 : « L'allégation vraie engage la responsabilité lorsqu'elle est faite de mauvaise foi, avec intention de nuire, et sans intérêt public. Quant à la fausseté, elle n'est pas toujours décisive : la responsabilité n'est pas engagée en l'absence de mauvaise foi et d'intention de nuire, d'une part, et en l'absence de négligence, de témérité, d'incurie, d'autre part. » En doctrine, voir Lacroix, *L'avocat diffamateur*, *supra* note 88 aux pp 102-103.

Enclavée en droit commun de la responsabilité civile, la diffamation est synonyme d'une atteinte *fautive* à la réputation. Cette affirmation – généralement admise[91] – ébranle néanmoins les mécanismes juridiques de la diffamation. Si le droit de la responsabilité civile monopolise la diffamation, « coincée dans sa camisole de force privatiste »[92], Jean-Denis Archambault résume sa pensée comme suit :

> [N]otre droit privé monopoliserait le droit de la diffamation civile, puis celle-ci, quoique préjudiciable (elle porte par définition atteinte à la réputation d'autrui), mais en soi stérile (la diffamation civile au Québec n'aurait d'effet juridique que si elle constitue en plus une « faute »), devrait s'y (en droit privé, assurément) métamorphoser *proprio motu* (de quelle source ou force juridique québécoise provient l'exigence qu'une atteinte sciemment commise à la réputation d'autrui par une personne capable, doive en outre constituer une « faute »?) en faute quasi-délictuelle ou délictuelle – qu'importe – génératrice de responsabilité extracontractuelle.[93]

Nous l'avons vu, la diffamation est une notion factuelle et objective. Elle se définit par ses effets préjudiciables et se reconnaît à son impact défavorable sur le droit à l'honneur et à la réputation d'autrui. Pourquoi sonder le comportement adopté par l'auteur et rechercher un préjudice comme conditions inhérentes à sa détermination? Nul besoin de réitérer qu'en raison de son statut quasi constitutionnel, la Charte québécoise a préséance sur les règles de droit commun. Par voie de conséquence, selon Mélanie Samson, « rien ne justifie de définir les conditions d'ouverture du droit à réparation reconnu par l'article 49 de la Charte en fonction des règles du droit civil »[94].

Deux critiques s'ensuivent : elles portent sur la nécessité de recourir à la faute et au préjudice respectivement dans une situation potentiellement diffamatoire.

Premièrement, la négligence ou l'intention de nuire chez son auteur, comme attribut subjectif, n'en est pas un élément définitionnel. Pourquoi greffer à la diffamation civile des considérations propres à l'imputabilité de son auteur? C'est alors prétendre à une « notion génétiquement modifiée »[95] ou encore à un « télescopage de deux notions intrinsèquement et juridiquement distinctes »[96], selon Jean-Denis Archambault.

---

91 Une telle affirmation peut également recevoir la critique, voir notamment Archambault, *supra* note 8 à la p 509.

92 *Ibid* à la p 576.

93 *Ibid* aux pp 516-517.

94 Samson, *Une harmonie à concrétiser*, *supra* note 21 à la p 279.

95 Archambault, *supra* note 8 à la p 574.

96 *Ibid*.

Deuxièmement, prétendre que la diffamation civile constitue une forme de responsabilité civile et nécessite la présence d'un préjudice commande la critique. En effet, l'atteinte illicite à la réputation, qui correspond à la diffamation civile, comporte en elle un dommage inhérent : « [U]ne atteinte illicite est aussi *un* dommage (pas nécessairement *tout* le dommage) *ou, préférablement, comporte un dommage inhérent réparable*. »[97] En d'autres termes, un dommage inhérent peut résulter d'une atteinte illicite à un droit fondamental, indépendamment des conséquences autres qu'entraîne la violation d'un tel droit[98]. La diffamation constitue ici un terrain fertile : le dommage, apprécié *in abstracto*, correspond à l'atteinte à la réputation; les conséquences immédiates et directes subies par la victime constituent le préjudice et varient selon sa situation subjective, *in concreto.*

Cette prétention fait écho aux deux temps de la responsabilité civile : d'abord la sanction du dommage subi, puis, si on présente une preuve sur la survenance de divers types de préjudices, la réparation des conséquences[99]. La preuve de l'*existence* d'un dommage (matériel, moral ou corporel) précède ainsi la preuve de la *quotité* du préjudice. D'ailleurs, Jean-Denis Archambault écrit ce qui suit :

> [L]a diffamation comporte par définition un dommage intrinsèque, réel encore qu'impalpable : l'atteinte à la réputation. Exiger la preuve supplémentaire d'un dommage contredit la notion de diffamation et devient superfétatoire, un pléonasme. S'il y a diffamation, c'est qu'il y a nécessairement eu dommage, atteinte, à la réputation

---

97 Popovici, « Un mariage raté? », *supra* note 23 à la p 74 [italiques dans l'original]. Voir également Mélanie Samson, « L'atteinte illicite à un droit protégé par la Charte québécoise : source d'un préjudice inhérent? », (2012) RDLF chron no 20, en ligne : Revue des droits et libertés fondamentaux <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/latteinte-illicite-a-un-droit-protege-par-la-charte-quebecoise-source-dun-prejudice-inherent-article/> [Samson, « Un préjudice inhérent »]; Samson, *Une harmonie à concrétiser*, *supra* note 21 aux pp 273-281.

98 Dans cette acception de l'atteinte illicite, l'atteinte à un droit est un dommage (le dommage) et les conséquences sont les préjudices réparables, qu'ils soient patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. Voir Popovici, « Un mariage raté? », *supra* note 23 aux pp 85-86. De façon générale, voir la position soutenue dans Sophie Morin, *Le dommage moral et le préjudice extrapatrimonial*, Cowansville, Yvon Blais, 2011; Michèle Rivet et Manon Montpetit, « L'incorporation doctrinaire des éléments constitutifs de responsabilité civile dans l'analyse de la Charte québécoise : dérives conceptuelles », dans Benoît Moore, dir, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, 921; Adrian Popovici, « Digressions disparates à propos de l'affaire *Bou Malhab* », dans Brigitte Lefebvre et Antoine Leduc, dir, *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Thémis, 2012, 417 à la p 425 [Popovici, « Digressions »]; Montpetit, *supra* note 22 à la p 186 et s.

99 Ceci fait écho aux deux méthodes d'appréciation différentes, c'est-à-dire *in abstracto* et *in concreto*.

> de la victime. D'autres chefs de dommages – perte de revenus professionnels ou commerciaux, par exemple – peuvent résulter de la diffamation, auquel cas ceux-ci devront effectivement faire l'objet d'une preuve visant l'établissement non pas de la diffamation mais du quantum de l'indemnisation totale de la victime.[100]

L'analyse de la diffamation à la lumière des principes de droit civil jumelés à la Charte québécoise relègue, malheureusement, cet instrument normatif dans l'ombre, sinon l'occulte. À tout le moins ne faudrait-il pas adapter le droit de la responsabilité civile à l'émergence des droits individuels fondamentaux? À l'appui Mélanie Samson écrit ceci : « Dans la mesure où la notion d'atteinte illicite permet d'accorder une réparation à un plus grand nombre de personnes dont les droits et libertés ont été brimés, il paraît cependant souhaitable que les tribunaux développent le réflexe de raisonner sur la base de cette notion plutôt qu'en fonction de la notion civiliste de faute. »[101]

L'exégèse de l'article 49, al 1 de la Charte est éloquente : « [u]ne atteinte illicite [au] droit [à la réputation] 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. » Seule la preuve d'une atteinte (dans ses deux acceptions de coup *porté* et coup *reçu*) illicite (qui n'est pas justifiée ou consentie) serait suffisante pour conclure à une situation diffamatoire.

Sur la base de ce *continuum* novateur qui greffe à une « atteinte à la réputation » les qualificatifs « illicite » et « fautive », il faut évaluer à présent l'intérêt pratique de distinguer les syntagmes.

Partie II – Impact d'une conceptualisation renouvelée de la diffamation en droit privé

Notre démonstration de l'impact d'une conception renouvelée de la diffamation civile prend appui sur l'arrêt de la Cour suprême, dans l'affaire *Bou Malhab*[102]. S'il s'avère indispensable de réitérer la teneur de l'arrêt,

---

100 Archambault, *supra* note 8 à la p 521. Dans le même sens, voir Jobin, « Québec », *supra* note 5.

101 Samson, *Une harmonie à concrétiser*, *supra* note 21 à la p 272.

102 *Supra* note 5. À la majorité, sous la plume de la juge Deschamps, la Cour suprême a rejeté, sans frais, l'appel de M. Bou Malhab, en l'absence d'un préjudice personnel dans cette affaire. La juge Abella, dans une opinion dissidente, est d'avis d'accueillir l'appel et d'accorder les dommages-intérêts accordés en première instance. Il faut distinguer cette affaire de la situation où les membres d'un groupe sont individuellement et personnellement diffamés, voir notamment *Calego International inc c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, [2013] RJDT 517 (CA) [*Calego*].

fidèle au principe de la responsabilité civile de droit commun (A), il est opportun de spéculer sur sa conclusion (différente?) dans l'hypothèse où une importance accrue était dévolue à la Charte québécoise, laquelle protège solennellement le droit à la dignité, à l'honneur et à la réputation (B).

A) Bou Malhab *et la responsabilité civile prévue au Code civil*

Un bref rappel de la trame factuelle s'impose. André Arthur était un polémiste et un animateur connu pour ses remarques provocatrices, son langage disgracieux et provocateur[103]. Le 17 novembre 1998, alors qu'il animait l'émission matinale diffusée sur les ondes de la station radio CKVL, exploitée par l'intimée Diffusion Métromédia CMR inc, André Arthur s'en est pris à l'industrie du taxi à Montréal en employant des propos méprisants et racistes. L'émission de radio dans laquelle les propos litigieux ont été diffusés adoptait un style pamphlétaire, cherchant le sensationnalisme. Plus particulièrement, il a proféré des allégations de malpropreté, d'arrogance, d'incompétence, de corruption et de méconnaissance des langues française et anglaise à l'endroit des chauffeurs de taxis montréalais d'ascendance arabe et haïtienne. En désignant le créole par l'expression « ti-nègre », il a déprécié et méprisé la langue que les Haïtiens utilisent principalement pour communiquer entre eux. De même, lorsqu'il a qualifié les chauffeurs d'origine arabe de « fakirs », il s'est moqué d'eux et les a même ridiculisés[104]. Au surplus, dans le cadre d'une tribune téléphonique, André Arthur a toléré, voire encouragé, des propos de même nature tenus par une auditrice se présentant comme une chauffeuse de taxi.

Le processus judiciaire[105] a débuté lorsque monsieur Farès Bou Malhab, alors président de la ligue de taxi de Montréal, a présenté une

---

103 Selon Adrian Popovici, André Arthur a eu le mérite « de faire régulièrement évoluer ou préciser le droit de la diffamation au Québec », voir Popovici, « Digressions », *supra* note 98 à la p 419.

104 *Bou Malhab*, *supra* note 5 au para 82.

105 Il convient de faire un rappel des jugements rendus sur le fond du recours collectif. La Cour supérieure (motifs du juge Guibault, 2006 QCCS 2124, [2006] RJQ 1145 (CS)) a accueilli le recours et ordonné le paiement d'une somme de 220 000 $ à un organisme sans but lucratif. Le juge a conclu que les propos étaient diffamatoires et fautifs, et que même si la preuve ne révélait pas que chacun des membres du groupe avait subi un préjudice personnel, le mécanisme du recouvrement collectif pouvait suppléer à cette lacune. La Cour d'appel (*Diffusion Métromédia CMR inc c Bou Malhab*, 2008 QCCA 1938, juge Bich au nom de la majorité, juge Beauregard dissident, [2008] RJQ 2356 (CA) [*Bou Malhab CA*]) a infirmé le jugement. Elle a estimé que le citoyen ordinaire n'aurait pas accordé foi aux propos et aurait considéré que les imputations injurieuses s'étaient diluées dans la foule en raison de la taille du groupe visé.

demande de recours collectif en diffamation au nom des 1 100 titulaires d'un permis de taxi dont la langue maternelle est l'arabe ou le créole[106]. Il réclamait pour chacun d'eux 750 $ à titre de dommages moraux et 200 $ en dommages punitifs. La Cour suprême, à la majorité, a circonscrit le débat comme suit :

> Le droit de la diffamation constitue un outil de protection de la réputation personnelle. Ce droit évolue au diapason de la société et en fonction de l'importance qu'elle accorde à la liberté d'expression. Au Québec, ce sont les principes généraux de la responsabilité civile qui régissent le recours en diffamation. Compte tenu de leur flexibilité, ils permettent de répondre aux préoccupations croissantes de la société à l'égard de la liberté d'expression. Dans deux affaires récentes, notre Cour a considéré l'incidence de la liberté d'expression sur l'élément « faute » de la responsabilité civile : *Prud'homme c Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 38-45; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc c Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95, par. 48-51 et 54-55. Dans le présent pourvoi, c'est plutôt l'élément « préjudice » qui doit être examiné au regard de la liberté d'expression. En l'espèce, il s'agit d'examiner les facteurs à considérer pour conclure que des propos racistes tenus à l'endroit d'un groupe peuvent engendrer un préjudice indemnisable.[107]

D'entrée de jeu, la juge Deschamps, qui a rédigé les motifs de la majorité, inscrit le recours en diffamation dans le régime général de la responsabilité civile prévu à l'article 1457 CcQ. Pour avoir droit à une indemnisation, la victime doit prouver une faute en lien causal avec un préjudice. Alors que la détermination de la faute suppose l'examen de la conduite de l'auteur de celle-ci, l'examen du préjudice requiert l'évaluation de l'incidence de cette conduite sur la victime. Quant à la causalité, elle exige que le décideur conclue à l'existence d'un lien entre la faute et le préjudice[108].

Point de rencontre de la Charte québécoise et du *Code civil du Québec*, le recours en diffamation est discuté par la Cour suprême en ces termes :

---

106 Le recours collectif en diffamation a été présenté au nom de 1 100 chauffeurs de taxis montréalais de langue arable et créole, alors qu'il y avait environ 4 500 chauffeurs de taxis à Montréal. L'auteur Daniel Gardner s'interroge sur le véhicule procédural choisi : le recours collectif constitue-t-il le bon moyen de lutter contre des propos diffamatoires visant indistinctement un large groupe? Voir Daniel Gardner, « Obligations », (2009) 111 R du N 61 à la p 77 : « Une réflexion reste à faire sur la distinction à opérer entre le *recours* collectif – qui permet de regrouper une multitude de réclamations individuelles – et l'*action* collective, qui permet à une association d'agir de manière plus globale pour faire cesser une situation inacceptable. L'absence du second mécanisme, en droit québécois, peut expliquer les tentatives de faire jouer au recours collectif un rôle pour lequel il n'a peut-être pas été conçu. » [italiques dans l'original]

107 *Bou Malhab*, *supra* note 5 au para 1.

108 *Ibid* au para 22.

> 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 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 RCS 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 RCS 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 causalité.[109]
>
> [nos soulignés]

Sur la prémisse d'une convergence de ces deux instruments, la Cour ancre son raisonnement civiliste comme suit : rechercher d'abord une faute, puis un lien de causalité et, enfin, un préjudice afin de conclure à une situation diffamatoire. Nous résumerons brièvement chacune des ces étapes qui consolident l'édifice de la responsabilité civile, dans l'ordre adopté par la Cour suprême.

Première étape : la faute. La faute est admise en l'espèce[110]. Le caractère fautif de la conduite d'André Arthur n'étant pas contesté[111], les

---

109 *Ibid* au para 23.

110 *Ibid* aux para 23, 80, 103. Voir néanmoins la remarque du professeur Adrian Popovici, dans « Digressions », *supra* note 98 à la p 423, n 16 : « En l'espèce, il s'agit d'une question mixte de fait et de droit; par conséquent, la Cour suprême n'avait pas l'obligation de respecter la règle de non-intervention d'une Cour d'appel sur une question de fait. Elle aurait pu intervenir et se demander si André Arthur avait bel et bien commis une faute. »

111 *Bou Malhab*, *supra* note 5 au para 25 où la Cour réitère la teneur d'une atteinte fautive à la réputation en ces termes :

> Dans un recours en diffamation, la définition ou les contours de la faute reflètent l'importance croissante accordée à la liberté d'expression (*Société Radio-Canada c Radio Sept-Îles inc*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.), p. 1818). Cependant, un comportement de nature diffamatoire peut procéder d'une simple négligence. La véracité du message ne sera qu'un des facteurs à considérer pour évaluer le caractère fautif du comportement. Bien que vrais, des propos peuvent néanmoins avoir été tenus fautivement. La médisance, tout autant que la calomnie, est sanctionnée (*Prud'homme*, par. 38; *Néron*, par. 59).

intimés concèdent que, comme l'a conclu la Cour d'appel, « les propos litigieux, que l'on ne cherche pas à excuser en invoquant une quelconque norme de conduite journalistique, ont été prononcés sans égard à leur impact potentiel sur autrui, alors que leur auteur aurait dû les savoir faux, indélicats ou exagérés »[112].

Deuxième étape : le lien de causalité. Ici, le lien causal n'est pas non plus contesté.

Troisième étape : le préjudice. C'est l'élément qui est au cœur du débat et contesté[113]. La question essentielle soulevée par le pourvoi principal se formule comme suit : « [d]es propos racistes ou discriminatoires tenus à l'endroit d'un groupe d'individus peuvent-ils donner lieu à un recours en dommages-intérêts pour diffamation et, dans l'affirmative, à quelles conditions? »[114] En d'autres termes, les chauffeurs de taxis montréalais de langue arabe ou créole ont-ils souffert d'un préjudice de nature à permettre l'octroi de dommages-intérêts compensatoires? C'est le caractère diffamatoire, c'est-à-dire préjudiciable, des propos et leur impact spécifique sur chacun des membres du groupe qui sont explicitement contestés.

La Cour suprême traite de la teneur du préjudice de nature à permettre l'octroi de dommages-intérêts compensatoires en matière de diffamation civile. Elle affirme de nouveau que le caractère diffamatoire des propos doit être évalué selon une norme objective, c'est-à-dire celle de la perception du citoyen ordinaire[115]; ce dernier estimerait-il que les propos ont terni la réputation du demandeur? Une telle norme, en tant que critère de détermination d'une atteinte à la réputation, présente un avantage pratique indéniable : elle constitue un repère rationnel et objectif qui facilite la preuve du préjudice[116].

---

112 *Bou Malhab CA*, *supra* note 105 au para 27.

113 Par conséquent, sont évacués de l'analyse la possibilité qu'une action en diffamation puisse être instituée par la voie d'un recours collectif; le caractère désagréable des propos de l'appelant Arthur, leur connotation raciste ou leur intempestive généralité; la faute, sous réserve du caractère intentionnel des propos au sens de l'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*; le caractère collectif de la réparation accordée en première instance et son quantum.

114 *Bou Malhab*, *supra* note 5 au para 13.

115 *Ibid* aux para 26-28.

116 *Ibid* au para 32.

Selon le plus haut Tribunal, ce même critère s'applique tout autant lorsque les propos diffamatoires visent *a priori* un groupe d'individus[117]. Une attention spéciale doit toutefois être portée au caractère personnel du préjudice. La Cour précise qu'un recours en diffamation ne peut réussir que si le ou les membres d'un groupe ont subi un préjudice personnel dans les faits[118]. En d'autres termes, « la diffamation doit traverser l'écran de la généralité du groupe et atteindre personnellement ses membres »[119]. Ce n'est qu'une fois établie l'existence d'un préjudice personnel chez chacun des membres du groupe qu'il faut évaluer l'étendue du préjudice et choisir le mode de recouvrement approprié, qu'il soit individuel ou collectif. Ainsi, à défaut de preuve d'un préjudice personnel, le recours collectif doit être rejeté[120].

Pour ce faire, le juge doit procéder à une analyse contextuelle des propos litigieux, en effet « [l]e contexte général demeure la meilleure approche pour détecter les atteintes personnelles camouflées derrière la généralité d'une attaque contre un groupe »[121]. En dépit de l'impossibilité de dresser une liste exhaustive de critères servant à vérifier l'existence d'un préjudice personnel, la Cour identifie des facteurs indicatifs qui

---

117 Trois règles du droit québécois trouvent application en l'espèce. Premièrement, seul un préjudice personnel confère à l'auteur d'une demande en justice l'intérêt requis pour la présenter. Une demande en justice ne peut être formée que par une personne qui est apte à ester en justice (art 56, al 1 Cpc) et qui dispose d'un intérêt suffisant, c'est-à-dire être direct et personnel (art 55 et 59 Cpc) (*Ibid* au para 44). Deuxièmement, l'économie de la Charte québécoise confirme l'obligation de prouver un préjudice personnel. Le droit à la protection de la réputation, sur lequel s'appuie le recours en diffamation, est un droit individuel qui est intrinsèquement rattaché à la personne (*Ibid* au para 45). Troisièmement, les règles de la responsabilité civile prévues par le Code civil requièrent que, pour être réparable, le préjudice soit personnel au demandeur. La réparation de nature compensatoire a pour but de remettre la victime dans la situation qui était la sienne avant le préjudice (art 1607 et 1611 CcQ : le préjudice réparé doit être personnel au créancier du droit à la réparation) (*Ibid* au para 47).

118 Il faut distinguer ici le préjudice « personnel » du préjudice « singulier », voir *Ibid* au para 49 :

> Cela dit, la victime n'a pas à être expressément nommée ou désignée pour pouvoir exercer un recours en diffamation. L'attaque n'a pas à être particulière ou particularisée. L'auteur des propos reprochés ne pourrait se retrancher derrière le fait qu'il a employé des termes généraux s'adressant à un groupe pour écarter sa responsabilité. Des attaques dirigées contre un groupe peuvent, dans les faits, atteindre certains ou l'ensemble de ses membres personnellement. En effet, si le préjudice doit être personnel, il n'a pas à être singulier, c'est-à-dire différent de celui des autres membres du groupe.

119 *Ibid* au para 48.

120 *Ibid* au para 55.

121 *Ibid* au para 79.

peuvent guider le juge dans son analyse[122]. Il s'agit de la taille du groupe, de la nature du groupe, du lien du demandeur avec le groupe, de l'objet réel de la diffamation, de la gravité ou l'extravagance des allégations, de la vraisemblance des propos et la propension à emporter l'adhésion, ainsi que de certains facteurs extrinsèques, liés notamment à l'auteur ou au récepteur des propos, au médium utilisé ou au contexte général, ainsi qu'à la fiabilité du médium utilisé ou la crédibilité de l'auteur des propos[123]. Une fois ces facteurs relevés, la Cour les applique aux faits de l'espèce. Elle conclut à l'absence d'un préjudice personnel subi par les membres du groupe, comme suit :

> Par conséquent, quoique sensible à de telles remarques excessives, le citoyen ordinaire n'aurait pas à mon avis entretenu une opinion moins favorable à l'égard de chacun des chauffeurs de taxi arabes et haïtiens considérés individuellement. Je conclus donc que, bien que fautifs, les propos de M. Arthur ne portent pas atteinte à la réputation de chacun des chauffeurs de taxi montréalais dont la langue maternelle est l'arabe ou le créole. Le demandeur n'a pas prouvé qu'un préjudice personnel a été subi par les membres du groupe.[124]

L'affaire *Bou Malhab* a suscité certains commentaires[125]. Comme le signale fort justement Adrian Popovici : « Ce qui nous frappe en premier

---

122 *Ibid* au para 58.

123 *Ibid* aux para 59-79.

124 *Ibid* au para 92. Voir également le paragraphe 90 qui se lit ainsi :

> Tenant compte de ces facteurs, je suis d'avis que le citoyen ordinaire aurait compris l'extravagance des propos. 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 individuellement.

125 Ann-Julie Auclair, « Commentaire sur la décision *Malhab c Diffusion Métromédia* CMR inc – Le recours en diffamation et le recours collectif : jumelage possible? La Cour supérieure dit "oui" », dans *Repères*, août 2006, La référence, EYB2006REP511; François Demers, « Commentaire sur la décision *Diffusion Métromédia CMR inc* c *Bou Malhab* – Les limites de la diffamation collective », dans *Repères*, décembre 2008, La référence, EYB2008REP776; François Demers, « Propos discriminatoires à l'égard d'un groupe : une limite justifiée à la liberté d'expression? », dans *La diffamation*, *supra* note 83, 3; Marc Simard, « Recours collectif, diffamation et liberté d'expression », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs (2009)*, vol 312, Cowansville, Yvon Blais, 2009, 247; Gardner, *supra* note 106; Rémy Khousam, « Un portrait de 2009 en quelques décisions intéressantes sinon "divertissantes" », (2010) 22 CPI 369; François Demers, « Commentaire sur la décision *Bou Malhab* c *Diffusion Métromédia CMR inc* – Recours

lieu c'est le respect par la juge Deschamps de la tradition du droit québécois de la responsabilité civile. » Et encore, de poursuivre l'auteur : « [l]'approche de la majorité de la Cour suprême du Canada, sous la plume de la juge Deschamps, est on ne peut plus classique, traditionnelle : faute, lien de causalité, dommage. C'est, de plus, une approche de responsabilité civile qui laisse dans l'ombre la Charte québécoise et son article 49, il faut le répéter. »[126] Pour sa part, Pierre-Gabriel Jobin signale le paradoxe suivant : « La diffamation d'un groupe obéit essentiellement à une règle mathématique. Si l'on prononce des propos peu flatteurs à l'endroit d'un seul individu, on lui versera des dommages-intérêts, mais si l'on profère les pires injures à propos d'un grand groupe, on n'en subira aucune conséquence (juridique). Les probabilités d'être tenu responsable sont inversement proportionnelles à la taille du groupe. »[127]

Sans prétendre à un remède qui réside dans la « dilatation du concept de diffamation »[128], nous postulons pour une conceptualisation renouvelée de la diffamation civile par la recherche d'une seule « atteinte *illicite* à la réputation », détachée de toute faute. L'analyse diverge alors radicalement.

B) Bou Malhab *et la protection des droits fondamentaux prévus à la Charte québécoise*

Si l'on dissèque le raisonnement civiliste adopté par la Cour suprême, une incohérence – qui se meut en une incompréhension – surgit.

Dans la foulée de l'arrêt *Béliveau St-Jacques*[129], l'orthodoxie dominante pose une adéquation entre la violation d'un droit protégé par la Charte québécoise et la faute civile. Donc, l'atteinte à la réputation

---

collectif en diffamation : diffamation collective ou diffamation individuelle multiple? », dans *Repères*, mars 2011, La référence, EYB2011REP1027 [Demers, « Diffamation collective ou diffamation individuelle multiple ?»]; Jobin, « Québec »; Marie Annik Grégoire, « Le parcours tumultueux des propos injurieux en droit québécois depuis 2009 : l'arrêt *Génex Communications inc* c *Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ)* est-il toujours pertinent ? », (2016) 57 *C de D* 3 [Grégoire, « Le parcours tumultueux »]. Voir également Baudouin, Deslauriers et Moore, *supra* note 8 au para 1-296.

126 Popovici, « Digressions », *supra* note 98 à la p 421.

127 Jobin, « Québec », *supra* note 5.

128 Termes empruntés à la juge Bich dans son remarquable arrêt *Bou Malhab CA*, *supra* note 105 au para 106.

129 Voir *supra* note 46. Cela réfute (à notre grand regret) l'ouverture favorisée dans *de Montigny* quant à la reconnaissance d'une portée autonome conférée à une atteinte illicite, dissociée de la faute.

correspondrait à une faute[130]. Pourtant, la Cour suprême, dans *Bou Malhab*, assimile l'atteinte à la réputation (la diffamation) au préjudice. La diffamation se traduit dès lors par l'existence d'un effet préjudiciable et se reconnaît à son impact défavorable sur le droit à la réputation de la personne, appréciée suivant une norme objective, celle de la perception du citoyen ordinaire[131]. L'atteinte à la réputation est-elle synonyme de faute ou de préjudice? Cette question n'est pas triviale; la juge Deschamps prend d'ailleurs la peine de préciser qu'« il importe de bien distinguer faute et préjudice »[132]. Comment concilier ces deux phrases issues des arrêts *Béliveau St-Jacques* et *Bou Malhab* respectivement : « la violation d'un droit protégé par la *Charte* équivaut à une faute civile »[133] et « [l]e préjudice qui définit la diffamation est l'atteinte à la réputation »[134]?

Au surplus, si la diffamation se traduit essentiellement par une atteinte à la réputation, laquelle renvoie au préjudice, pourquoi sonder au préalable une faute de son auteur? La recherche d'une situation diffamatoire, calquée sur un ordre préétabli des conditions de droit commun de la responsabilité civile « faute – lien de causalité – préjudice », semble critiquable. Elle dévie la diffamation de son objet principal, c'est-à-dire l'existence d'un effet négatif et défavorable sur la réputation d'autrui.

En définitif, la claustration de la diffamation au sein de l'édifice de la responsabilité civile apparaît vaine et superficielle. La diffamation ne peut équivaloir à la faute seulement. La diffamation ne peut correspondre au

---

130 Voir toutefois la nuance dans *Bou Malhab*, *supra* note 5 au para 24 :

> Malgré toute l'importance accordée par la *Charte québécoise* à la protection des droits individuels, un comportement attentatoire à un droit qu'elle garantit ne constitue pas nécessairement une faute civile (*Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211, par. 116; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 RCS 789 (« *Larocque* »)). En effet, encore faut-il que l'atteinte constitue une violation de la norme objective prévue par l'art. 1457 *CcQ* qui est celle du comportement de la personne raisonnable et qu'aucun autre motif ne limite la conclusion concernant la faute, par exemple, l'existence d'une immunité (*Larocque* et *Prud'homme*) ou la prise en considération de droits concurrents, comme celui de la liberté d'expression.

131 Dans le même sens, la Cour d'appel, sous la plume de la juge Bich, dans *Bou Malhab CA*, *supra* note 105 au para 32, écrit : « l'existence de la diffamation et le préjudice sont deux propositions équipollentes. [Pour engager la responsabilité, il faudra encore prouver la faute (et la causalité).] »

132 *Bou Malhab*, *supra* note 5 au para 22 : « La preuve du préjudice ne permet pas de présumer qu'une faute a été commise. La démonstration de la commission d'une faute n'établit pas, sans plus, l'existence d'un préjudice susceptible de réparation. »

133 *Béliveau St-Jacques*, *supra* note 46 au para 120.

134 *Bou Malhab*, *supra* note 5 au para 26.

préjudice seulement. De fait, la solution de cette incohérence pourrait être trouvée dans les facettes polysémiques du terme « atteinte », lequel renvoie tant au coup *porté*, qu'au coup *reçu*. L'atteinte à la réputation réside à la fois dans l'acte de communiquer (faute) et dans les effets de la communication (préjudice). Seule la recherche d'une atteinte illicite à la réputation suffit pour conclure à la diffamation.

La preuve d'une atteinte illicite pour obtenir une compensation pécuniaire en vertu de l'article 49, al 1 de la Charte québécoise bouleverse sans conteste le raisonnement à suivre. C'est au niveau de la licéité ou non de l'atteinte qu'il faut concentrer l'analyse et non de l'effet des propos sur les victimes[135].

Première étape : l'atteinte illicite à la réputation. Suivant la prise en considération des droits et libertés fondamentaux concurrents, un exercice de pondération entre eux s'ensuit pour déterminer s'il y a une atteinte illicite[136]. En matière de diffamation, il s'agit de soupeser le droit au respect de la réputation et le droit à la liberté d'expression, en prenant garde de privilégier l'un par rapport à l'autre en créant une hiérarchie de droits. Rapportée à l'affaire *Bou Malhab*, la question serait la suivante : les propos d'André Arthur, aussi outranciers soient-ils, étaient-ils illicites? Ou au contraire licites, car protégés ou justifiés par la liberté d'expression[137]?

Si un lecteur opine en faveur de la prééminence du droit au respect de la réputation sur la liberté d'expression, cette seule conclusion aurait clos le débat en l'espèce. Si l'atteinte à la réputation ne peut trouver sa justification dans le droit à la liberté d'expression (et qu'elle ne peut avoir été consentie au surplus!), c'est qu'elle est illicite. L'analyse aurait pu se terminer ici : il y a une atteinte illicite à la réputation, laquelle conditionne un droit à réparation sur la base de l'article 49, al 1 de la Charte québécoise.

---

135 Popovici, « Digressions », *supra* note 98 à la p 427 : « Mais nous croyons que c'est au niveau de la liberté d'expression qu'il faut se placer, de la licéité, de l'atteinte, et non au niveau de l'effet des propos sur les victimes. Si les tribunaux civils sont impuissants devant les atteintes à la réputation ou à l'honneur d'un groupe de personnes, ce devrait être au législateur de réagir, mais à ses risques et périls, en se posant préalablement la question suivante : y-a-t-il des degrés dans l'ignominie? »

136 Art 9.1 C.d.l.p.

137 Le professeur Adrian Popovici est d'avis que les propos d'André Arthur était licites, car protégés par la liberté d'expression, voir Popovici, « Digressions », *supra* note 98 aux pp 421-422. Il écrit : « La prééminence du droit à la liberté d'expression aurait clos la question : la licéité d'une atteinte à la réputation le justifie… Mais peut-être (à dessein?) la Cour suprême du Canada a-t-elle craint d'encourager de façon générale la diffusion de propos de type « outranciers », en les déclarant licites. » (p 422)

D'ailleurs, la Cour suprême n'a-t-elle pas qualifié les propos d'André Arthur de discriminatoires[138], racistes[139] et … diffamatoires[140]?

Certes, la Cour suprême a circonscrit le débat sur le caractère diffamatoire et non sur la nature raciste et discriminatoire des propos[141]. Elle a évincé néanmoins de son analyse toute atteinte à la dignité pour les propos méprisants et outrageants tenus par André Arthur; écartant de ce fait la notion d'injure[142]. Cette lacune est signalée avec véhémence par la professeure Marie Annik Grégoire[143] qui matérialise sa critique comme suit :

> Afin d'écarter tout débat sur le préjudice subjectif qu'aurait pu subir individuellement les membres du groupe par les propos racistes et offensants tenus par M. Arthur, la Cour choisit de circonscrire l'action à un recours en diffamation. Cette manière de faire lui permet de rejeter toute atteinte subjective à la dignité pour les propos tenus et de ne retenir que l'aspect objectif, soit le point de vue d'un citoyen ordinaire sur la

---

138 *Bou Malhab*, *supra* note 5 au para 13.

139 *Ibid* aux para 1, 13, 94.

140 Voir l'analyse de l'arrêt *Bou Malhab* dans *Gordon c Mailloux*, 2011 QCCA 992 au para 5 [*Mailloux*], prolongation du délai de signification accordée et autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 34354 (8 décembre 2011). Voir également Popovici, « Digressions », *supra* note 98 à la p 422, n 11 : « Ce que la Cour suprême du Canada constate c'est qu'il y eu [*sic*] des propos diffamatoires sans diffamation dans l'affaire qui nous occupe! Si le citoyen ordinaire ne trouve pas d'atteinte à la réputation, il n'y a donc pas de diffamation. S'il n'y a pas de diffamation, à quoi bon se poser la question de l'existence, démontrée ou non, d'un préjudice personnel et individuel? »

141 Sur la notion de propos discriminatoires, voir notamment Christian M Tremblay, « Recours collectifs visant le propos discriminatoire et comme atteinte à la dignité et au droit à l'égalité », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs (2009)*, vol 312, Cowansville, Yvon Blais, 2009, 119 à la p 144.

142 En droit français, le législateur a défini l'injure à l'article 29, al 2 de la *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, créée par Loi 1881-07-29, Bulletin Lois nº 637, dont la teneur se lit ainsi : « Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure. » Aux articles 32 et 33 de cette loi, le législateur français vise aussi, dans certains cas, des atteintes à l'honneur ou à la réputation d'un groupe. Voir la définition de l'injure et les exemples jurisprudentiels dans Lacroix, *L'avocat diffamateur, supra* note 88 à la p 49 : « Elle ne contient aucune allégation ou imputation d'un fait, mais fait appel à des termes outrageants, de mépris ou d'invective. Il s'agit communément d'une insulte, d'une offense ou d'une calomnie portée contre une personne. »

143 L'auteure confronte la position adoptée par la Cour d'appel dans *Genex*, *supra* note 1, qui sanctionne des propos injurieux avec la position de l'arrêt de la Cour suprême dans *Bou Malhab*, *supra* note 5, notamment. Son analyse permet d'identifier que la position des tribunaux s'est transformée et que l'injure ne peut plus être sanctionnée de manière autonome, contrairement à la position adoptée dans *Genex*.

> réputation du plaignant en particulier. À nouveau, il appert de remettre en cause la méthodologie adoptée. En effet, pour exclure la facette subjective de la dignité pour des propos généraux tenus à l'égard d'une communauté, la Cour procède plus ou moins à l'anéantissement de la notion d'injures. C'est ainsi qu'elle énonce que contrairement au droit romain et à ce qui a été repris en droit français, le droit québécois ne distingue pas l'injure, qu'elle définit comme l'expression outrageante, le terme de mépris ou l'invective, de la diffamation, soit l'allégation ou l'imputation de faits portant atteinte à la réputation d'une personne. Pour justifier une telle déclaration, qu'elle semble par ailleurs considérer pour avérée et démontrée, la Cour cite pour seules autorités, un livre paru en 1847 et un mémoire de maîtrise de 1983. En aucun moment la Cour ne discute-t-elle de la doctrine québécoise récente ou des décisions jurisprudentielles à l'effet contraire, dont l'arrêt *Génex* rendu deux ans plus tôt, ne serait-ce même que pour les écarter. Elle les ignore totalement. Or, la Cour suprême du Canada a beau être suprême, il nous semble que si elle écarte des principes acceptés en droit québécois, ce qu'elle peut évidemment faire lorsque ceux-ci découlent d'une interprétation législative prônée par la doctrine et la jurisprudence, elle doit tout de même justifier sa décision. Elle ne peut pas tout simplement faire comme si ces principes n'existent pas.[144]
>
> [nos soulignés]

En tout état de cause, l'auteure conclut que sera « [é]liminé donc le recours en responsabilité civile pour atteinte fautive à la dignité fondé sur des propos injurieux non diffamatoires, le tout sans aucune distinction, explication ou même rejet explicite de l'état du droit québécois prévalant en cette matière »[145].

Cette affirmation commande de s'attarder sur les autres droits de la personnalité, droits fondamentaux, qui ont pu être transgressés dans les faits. On pense alors aux droits à la dignité et à l'honneur, qui relèvent de l'intimité de la personne et de la manière dont elle désire se présenter à autrui[146]. Il faut cerner leur objet respectif afin de le confronter au droit à la sauvegarde de la réputation[147], le cas échéant. À défaut de conclure à

---

144 Grégoire, « Le parcours tumultueux », *supra* note 125.

145 *Ibid*.

146 M H Myerson, « Group Libel Law Recommended », (1953) 13 R du B 218 à la p 220. Myerson discute des trois principes éthiques à titre de bases morales à la diffamation : « dignity », « right to behave in accordance with his own conscience », « right to enjoyment of peace, and absence of disturbance of such peace, in the community in which the individual lives ».

147 Selon la professeure Grégoire, dans « Le parcours tumultueux », *supra* note 125: « Si elles sont souvent confondues, ces trois notions sont pourtant distinctes et procurent des protections différentes. » Dans le même sens, voir Grégoire, « Réparation », *supra* note 85 au para 4. À l'appui, l'auteure renvoie à l'arrêt *Calego, supra* note 102, où la Cour d'appel distingue *de facto* les trois notions. Voir également Office de révision du

une atteinte illicite à la réputation, la Cour aurait-elle pu conclure à une atteinte illicite à la dignité des chauffeurs de taxis montréalais de langue arabe ou créole?

* * *

Valeur inhérente à la personne humaine, la dignité renvoie à « l'estime de soi » et au « sentiment que l'on a de mériter de la considération »[148]. À cette dimension subjective, Édith Deleury et Dominique Goubau ajoutent une dimension objective, en ces termes : « Indépendamment de la perception ou de la conscience que l'individu peut avoir de sa dignité, il y a celle qui est inhérente à la condition humaine »[149]. La juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *St-Ferdinand*, affirme notamment cette dimension objective, ainsi :

> À la lumière de la définition donnée à la notion de « dignité » de la personne et des principes d'interprétation large et libérale en matière de lois sur les droits et libertés de la personne, j'estime que l'art. 4 de la Charte vise les atteintes aux attributs fondamentaux de l'être humain qui contreviennent au respect auquel toute personne a droit du seul fait qu'elle est un être humain et au respect qu'elle se doit à elle-même.[150]

Par ailleurs, l'opinion du juge Rochon, alors juge à la Cour supérieure, dans *Hervieux-Payette*[151], supporte cette dimension bivalente que sous-tend la notion de dignité. Il écrit ceci : « La dignité est un attribut fondamental de l'être humain. Elle englobe à la fois le respect et la considération que les autres nous portent (la réputation) et la valeur que chacun accorde à sa propre dignité morale (son honneur). La dignité, tant dans sa dimension interne qu'externe, est une composante essentielle et innée à chaque individu. »

Code civil, *Rapport sur les droits civils,* vol IV, Montréal, 1968 à la p 19 sous l'article 4. *Contra* Céline Gervais, *La prescription*, Cowansville, Yvon Blais, 2009 aux pp 67-68, où l'auteure conclut que les atteintes à la dignité et à l'honneur, lesquelles découlent de la diffamation ou de l'atteinte à la réputation, devraient être soumises également au délai de prescription d'un an (art 2929 CcQ).

148 Deleury et Goubau, *supra* note 8 au para 170.

149 *Ibid*.

150 *Supra* note 46 au para 105, juge L'Heureux-Dubé.

151 *Supra* note 17 à la p 143. Voir également *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 à la p 166, juge Wilson : « La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte*. »

La dignité est donc un principe fondateur référant à la dignité humaine au sens large[152]. Il importe de ne pas confondre cette valeur avec celles d'honneur et de réputation, lesquelles n'en sont que les composantes[153], tantôt subjective, tantôt objective[154].

L'honneur, qualifié de « sentiment complexe »[155], renvoie à « la dignité morale qu'un individu a de lui-même »[156]. Cette notion, essentiellement intime, subjective et relevant de l'intériorité, réfère à la « conception qu'a l'individu de sa propre dignité »[157]. La Cour supérieure, sous la plume du juge Rochon, exprime la nature de l'honneur comme suit : « la notion d'honneur fait appel à une conception éthique de nature intime. Elle représente la réflexion que chaque individu porte sur ses valeurs profondes et sur son ordre moral. En ce sens, l'honneur représente le socle sur lequel l'être humain fait reposer sa dignité. »[158] Bien que l'honneur ne fasse pas nécessairement appel à l'opinion publique, sa perception est néanmoins tributaire de la position sociale, de l'entourage immédiat de la personne, ainsi que des mœurs[159]. En revanche, la réputation relève de l'opinion publique et se rattache aux idées de « considération et de bonne renommée auprès des autres »[160]. Ainsi, la

---

152 En doctrine, voir notamment Luc Huppé, « Chroniques. La dignité humaine comme fondement des droits et libertés garantis par la Charte », (1988) 48 R du B 724; Daniel Proulx, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », (2003) (numéro spécial) R du B 485; Christian Brunelle, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », (2006) (numéro thématique hors série) R du B 143; Christian Brunelle, « La dignité, ce digne concept juridique », dans École du Barreau du Québec, *Justice, société et personnes vulnérables*, vol 13, Collection de droit 2010-2011, Cowansville, Yvon Blais, 2010, 21; Jean-Guy Belley, « La protection de la dignité humaine dans le pluralisme juridique contemporain », (2010) 8 CRDF 117; Grégoire, « Réparation », *supra* note 85 au para 3.

153 *Hill*, *supra* note 65 aux para 107, 120, juge Cory; *Botiuk*, *supra* note 18 au para 91, juge Cory; *Prud'homme*, *supra* note 12 au para 44, juges L'Heureux-Dubé et LeBel.

154 Molinari et Trudel, *supra* note 81 à la p 203; Lacroix, *L'avocat diffamateur*, *supra* note 88 à la p 20; Deleury et Goubau, *supra* note 8 au para 170.

155 Deleury et Goubau, *supra* note 8 au para 171.

156 Roy, *La diffamation*, *supra* note 15 à la p 6.

157 Lacroix, *L'avocat diffamateur*, *supra* note 88 à la p 21; Grégoire, « Réparation », *supra* note 85 au para 3; Popovici, « Digressions », *supra* note 98 à la p 426, n 32 : « La réputation concernerait l'opinion qu'ont les autres de nous, l'honneur, l'opinion que nous avons de nous-mêmes. »; Deleury et Goubau, *supra* note 8 au para 171.

158 *Hervieux-Payette CS*, *supra* note 17.

159 Pour une affirmation du caractère social de la notion d'honneur, voir Bernard Beignier, *L'honneur et le droit*, t 234, coll « Bibliothèque de droit privé », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995 à la p XXXIII.

160 Molinari et Trudel, *supra* note 81 à la p 202.

réputation puise son fondement dans la perception d'autrui envers un individu, plutôt que dans la perception, par lui-même, de son identité propre[161].

La distinction entre l'honneur et la réputation réside dans la perspective, tantôt interne, tantôt externe[162], du regard posé sur une personne. Selon Patrick A Molinari et Pierre Trudel, une dichotomie prévaut quant au caractère subjectif de l'honneur et au caractère objectif de la réputation, comme suit :

> L'honneur apparaît ainsi comme un critère qu'une personne applique à sa propre vie et par lequel elle indique la manière d'apprécier ce qu'elle est ou ce qu'elle fait. Pour sa part, la réputation implique la reconnaissance publique des qualités et du mérite d'une personne. À cet égard, du reste, la notion de réputation est plus proche de celle de renommée que de celle de dignité.[163]

Enfin, à l'instar d'Henri Brun, il est possible d'associer la dignité et l'honneur pour les opposer à la réputation, comme suit : « les concepts de dignité et d'honneur réfèrent à l'opinion sincère qu'on a de soi, en plus de l'opinion que les autres ont de soi à laquelle renvoie le concept de réputation »[164].

Les allégations de malpropreté, d'arrogance, d'incompétence et de corruption seraient de nature à porter atteinte à la dignité des chauffeurs de taxis montréalais de langue maternelle arabe et créole, assurément. Si la Cour suprême avait accordé une importance accrue aux autres droits fondamentaux en cause, détachés d'une conception tentaculaire de la diffamation, elle aurait pu arriver à une conclusion tout autre sur la base d'une atteinte illicite à la dignité fondée sur des injures proférées par André Arthur[165].

---

161 Lacroix, *L'avocat diffamateur*, *supra* note 88 aux pp 22-25; Grégoire, « Réparation », *supra* note 85 au para 3; Deleury et Goubau, *supra* note 8 au para 172.

162 *Hervieux-Payette CS*, *supra* note 17 : « La réputation, proprement dite, constitue un aspect de la dignité humaine, sa dimension externe. »

163 Molinari et Trudel, *supra* note 81 à la p 203.

164 Brun, *supra* note 43 à la p 453.

165 Dans le même sens, voir Jobin, « Québec », *supra* note 5. De façon analogue, nous adressons la même critique au regard de l'arrêt *Mailloux*, *supra* note 140. Dans cette affaire, la Cour d'appel a conclu que le recours collectif des membres de la communauté noire du Québec à la suite des propos racistes tenus par un invité lors d'une émission télévisée constituait un recours en diffamation et non un recours visant à sanctionner les droits à l'égalité, à la non-discrimination et à la dignité prévus dans les différentes Chartes. À l'appui, la Cour écrivait ceci : « Le fait que des propos dénigrants aient un caractère discriminatoire ne les évacue pas de la sphère de la diffamation. De tels propos, lorsqu'ils médisent, rabaissent, discréditent ou se veulent insultants, peuvent être considérés

Par voie d'extension, une telle atteinte à la dignité des chauffeurs de taxis aurait pu être sanctionnée par la voie d'un recours collectif, alors que le droit québécois refuse expressément la diffamation collective[166]. À l'appui, Christian Tremblay prend soin de dissocier la réputation individuelle de la dignité personnelle, comme suit : « [l]a dignité recouvre un espace beaucoup plus vaste que la réputation, dont l'aspect de l'atteinte à l'estime de soi, que la réputation ne peut couvrir par définition. »[167] Il poursuit en ces termes :

> En effet, nous pouvons déduire […] les principes suivants : autant « la diffamation constitue un délit civil contre l'individualité intrinsèque de la réputation *d'une personne* » (diffamation/réputation), autant la discrimination peut constituer un délit contre la dignité intrinsèque d'une personne *ou d'un groupe de personnes* (discrimination/dignité).
>
> Ces concepts en droit sont donc de nature distincte, autant dans leurs critères d'appréciation, leurs définitions, les droits fondamentaux concernés que par les moyens de preuve requis pour les apprécier et les sanctionner.[168]
>
> [italiques dans l'original]

* * *

Dans le cas sous étude, si l'on conclut à une atteinte illicite à la réputation, il est possible d'objecter que l'économie de la Charte québécoise ne donne pas de droits à un groupe, mais seulement à une *victime*[169]. Dès lors, il faut

---

comme un sous-genre des propos diffamatoires. Ils s'attaquent alors à un groupe vulnérable, souvent victime de stéréotypes pernicieux et, en cela, ils sont particulièrement offensants. » (para 7) En l'espèce, la Cour a précisé que le recours collectif en diffamation était prescrit, ayant été intenté plus d'un an après la diffusion de l'émission.

166 En doctrine, voir notamment Denis Buron, « Liberté d'expression et diffamation de collectivités : quand le droit à l'égalité s'exprime », (1988) 29:2 C de D 491; Tremblay, *supra* note 141; Simard, *supra* note 125; Demers, « Diffamation collective ou diffamation individuelle multiple ?», *supra* note 125.

167 Tremblay, *supra* note 141 à la p 144.

168 *Ibid* à la p 145.

169 *Bou Malhab*, *supra* note 5 au para 46 :

> […] l'économie de la *Charte québécoise* confirme l'obligation de prouver un préjudice personnel. Le droit à la protection de la réputation, sur lequel s'appuie le recours en diffamation, est un droit individuel qui est intrinsèquement rattaché à la personne, qu'elle soit morale ou physique. Un groupe sans personnalité juridique ne jouit pas du droit à la sauvegarde de sa réputation. Qui plus est, l'art. 49 de la *Charte québécoise* confère le droit à réparation à la seule « victime » d'une atteinte à un droit, ce qui confirme que seules les personnes ayant subi une atteinte personnelle

pousser le raisonnement plus loin et sonder si les membres du groupe peuvent obtenir des dommages-intérêts punitifs sur la base d'une atteinte illicite et intentionnelle à leur réputation.

Suivant un effort d'interprétation, il est possible de dissocier la portée des deux alinéas qui composent l'article 49 de la Charte[170]. Alors que l'alinéa premier cible les recours de la *victime* d'une atteinte illicite à un droit, l'alinéa second renvoie au pouvoir judiciaire de punir l'*auteur* d'une atteinte illicite et intentionnelle. Dans ce dernier cas, il importe peu que la victime constitue un groupe ou soit un individu, puisque l'octroi de dommages-intérêts punitifs représente un moyen de dénoncer les propos racistes, discriminatoires et diffamatoires et de stigmatiser son auteur[171].

Seconde étape : l'atteinte illicite et intentionnelle à la réputation

Si atteinte illicite à la réputation il y a, nous sommes d'avis qu'elle ne pouvait être qu'intentionnelle[172].

L'atteinte illicite ne peut être le résultat de la négligence, de l'imprudence ou de l'inhabileté d'André Arthur. On ne peut renvoyer ici au modèle du commentateur radiophonique raisonnablement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances. André Arthur a visé et a attaqué expressément les chauffeurs de taxis montréalais de langue arabe et créole. En ce sens, il avait un état d'esprit qui dénotait une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive[173]. Comme l'écrit fort justement le professeur Popovici : « Si André Arthur a émis des propos « diffamatoires », c'est qu'il a émis des propos qui avait pour but ou effet de porter atteinte à la réputation et/ou à l'honneur d'autrui, de quelqu'un, en l'occurrence d'un groupe. »[174]

---

peuvent obtenir la réparation. […] En droit de la diffamation, cette exigence relative à la preuve d'un préjudice personnel contribue au maintien de l'équilibre entre la liberté d'expression et le droit à la protection de la réputation.

170 Popovici, « Digressions », *supra* note 98 aux pp 424-425.

171 *de Montigny*, *supra* note 26 au para 47 et s.

172 Samson, *Une harmonie à concrétiser*, *supra* note 21 aux pp 332-333 :

À notre avis, dès lors qu'une atteinte injustifiée à une liberté ou à un droit garantis par la Charte québécoise est démontrée, il convient que le tribunal, s'il est saisi de la question, se prononce sur le caractère intentionnel ou non de cette atteinte illicite et qu'il détermine si une condamnation au paiement de dommages punitifs est appropriée dans les circonstances. Même en matière de diffamation, l'existence ou non d'un préjudice susceptible d'indemnisation ne devrait pas être considérée comme un élément pertinent lors de cette analyse.

173 *St-Ferdinand*, *supra* note 46 au para 121.

174 Popovici, « Digressions », *supra* note 98 à la p 423.

En admettant qu'il y ait atteinte illicite et intentionnelle de la part d'André Arthur à l'endroit des chauffeurs de taxis, la Cour suprême aurait-elle pu le condamner à des dommages-intérêts punitifs, tout en refusant d'accorder des dommages-intérêts compensatoires aux victimes? Sur la base de l'arrêt *de Montigny*[175], qui reconnaît le caractère autonome des dommages punitifs, il aurait été de mise qu'elle se prononce sur la question à tout le moins[176]. À cet égard, Mélanie Samson formule la remarque suivante :

> [I]l nous semble que ce recours [en dommages punitifs de l'article 49 de la Charte québécoise] ne pourra être considéré comme pleinement émancipé des règles du droit civil tant et aussi longtemps que la Cour suprême du Canada ne reconnaîtra pas véritablement la distinction entre la faute civile et l'atteinte illicite à un droit protégé par la Charte. En effet, puisque l'attribution de dommages punitifs nécessite la démonstration d'une « atteinte illicite et intentionnelle » à un droit protégé par la Charte québécoise et que l'existence ou non de cette « atteinte illicite » est appréciée en fonction des règles du droit commun de la responsabilité civile, l'autonomie du recours en dommages punitifs demeure, pour le moment, nécessairement incomplète …[177]

En guise de synthèse, nous opinons que le recours à l'article 49, al 1 de la Charte québécoise permet de sanctionner une atteinte illicite à la réputation d'une victime par l'octroi de dommages-intérêts compensatoires, sans avoir à prouver une faute en lien causal avec un préjudice subi. Par ailleurs, et selon notre interprétation, le législateur québécois semble avoir mis en place une autre voie de recours devant l'impuissance des tribunaux civils à sanctionner des atteintes à la réputation d'un groupe d'individus victimes de diffamation. L'article 49, al 2 de la Charte permettrait alors de condamner l'auteur d'une atteinte illicite et intentionnelle à verser des dommages punitifs aux membres[178].

---

175 *de Montigny*, *supra* note 26 au para 38 et s. En doctrine, voir notamment Sébastien Grammond, « Chronique de jurisprudence. Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs », (2012) 42:1 RGD 105 et dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2011)*, Montréal, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2011, en ligne : CAIJ <http://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2011/716155798>; Mélanie Samson, « Les dommages punitifs en droit québécois: tradition, évolution et... révolution? », (2012) 42 RDUS 159.

176 Dans cette affaire, le magistrat de première instance a refusé d'accorder des dommages-intérêts punitifs car le sujet, étant d'intérêt public, il n'y aurait pas eu d'atteinte intentionnelle. Voir Dans le même sens, voir Jobin, « Québec », *supra* note 5.

177 Samson, *Une harmonie à concrétiser*, *supra* note 21 à la p 335.

178 Si nous évinçons tout argument lié aux conditions du droit commun de la responsabilité civile (art 1457 CcQ), ainsi que sur la base de l'économie générale de la Charte québécoise (art 49, al 1), ne demeure plus que l'obstacle du *Code de procédure civile* et l'existence d'un intérêt suffisant et personnel (art 55 et s Cpc, art 85 nouveau Cpc). Nous sommes conscientes de ce dernier obstacle.

Conclusion

À la lumière d'une analyse conceptuelle des syntagmes « atteinte à la réputation », « atteinte *illicite* à la réputation » et « atteinte *fautive* à la réputation », il convient de revenir au texte de l'article 49 de la Charte québécoise. Nous avons établi qu'une atteinte à un droit n'est pas invariablement synonyme d'atteinte illicite à un droit. Il faut qu'elle ne soit ni justifiée, ni consentie. Bien plus, nous sommes d'avis qu'une atteinte peut être illicite même si, placée dans des circonstances similaires, une personne raisonnablement prudente et diligente ne l'aurait pas portée. Pour qu'une atteinte soit illicite, point n'est besoin de faute, au sens traditionnel du mot. L'assimilation de l'atteinte illicite et de la faute consiste en un paralogisme et une synecdoque[179].

La reconnaissance d'une portée normative accrue de la Charte québécoise, détachée du droit commun de la responsabilité civile, modifie sans conteste le périmètre normatif de la diffamation civile. Seule est requise la preuve de l'illicéité de l'atteinte au droit à la réputation d'une victime suivant un exercice de pondération avec le droit à la liberté d'expression. Si l'on favorise une mise au rancart de la trilogie « faute – lien de causalité – préjudice », c'est plutôt dans le heurt entre deux valeurs fondamentales que doit se situer le débat : jusqu'où sommes-nous prêts à tolérer des propos ignobles sans pour autant standardiser ou même aseptiser le débat?

---

179 Popovici, « Un mariage raté? », *supra* note 23 à la p 60.

ANNEXE

Distinctions requises au plan de la diffamation civile

Non sanctionnée par la loi	Sanctionnée par la loi
« *atteinte* à la réputation » **- il ne s'agit pas, à proprement parler, de diffamation -**	« atteinte *illicite* à la réputation » **- diffamation -** recours autonome en cessation et en réparation (art 49 de la Charte québécoise)
	« atteinte *fautive* à la réputation » **- diffamation -** recours en dommages-intérêts (art 1457 CcQ)

En d'autres termes :

Atteinte à la réputation

↓

se traduit par la diffamation et intéresse la loi lorsque :

↙ ↘

Atteinte *illicite* à la réputation

recours autonome en cessation et en réparation

(art 49 de la Charte québécoise)

Atteinte *fautive* à la réputation

recours en dommages-intérêts

(art 1457 CcQ)