OSLER

La Cour suprême du Canada reformule les critères des dispositions législatives contrant les poursuites-bâillons

14 SEPTEMBRE 2020 19 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- Litiges en droit des sociétés et en droit commercial

Auteurs(trice): Karin Sachar, Kevin O'Brien

Le 10 septembre 2020, la Cour suprême du Canada (la « Cour ») a rendu deux décisions très attendues dans le cadre de deux appels concernant les critères à appliquer en vertu des dispositions législatives ontariennes contrant les poursuites-bâillons. Il s'agit de la première fois que la Cour suprême se penche sur ces règles. Dans cet arrêt, le plus haut tribunal du pays a apporté plusieurs modifications subtiles, quoiqu'importantes, aux critères précédemment établis par la Cour d'appel de l'Ontario. Malgré ces révisions, la Cour a déterminé que le fondement de l'analyse dans le cadre d'une motion visant à empêcher une poursuite-bâillon demeure le même. Cela veut dire que le juge devra analyser « les tenants et aboutissants de l'affaire dont il est saisi » et déterminer si la poursuite constitue un moyen stratégique pour réduire au silence ou s'il s'agit plutôt d'une tentative sincère de protéger sa réputation. L'application de la défense d'immunité relative a donné lieu à une discussion intéressante qui a mené à une décision partagée à 5 contre 4.

Nous avons déjà écrit au sujet des décisions de la Cour d'appel au sujet des appels sous-jacents ici.

Les dispositions législatives de l'Ontario contrant les poursuites-bâillons

Les poursuites-bâillons, ou poursuites stratégiques contre la mobilisation publique, sont des actions intentées par des personnes qui font l'objet de critiques du public en vue de réduire au silence ou d'intimider leurs critiques (dont les moyens financiers sont souvent de beaucoup inférieurs). En 2015, en vue de freiner le nombre croissant de ce type de poursuites, l'Assemblée législative de l'Ontario a adopté la *Loi de 2015 sur la protection du droit à la participation aux affaires publiques*, qui ajoutait les articles 137.1 à 137.5 à la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (la « LTJ »). L'article 137.1 prévoit un mécanisme sommaire accéléré permettant aux défendeurs dans des poursuites-bâillons de demander le rejet de ces actions, selon un processus relativement rapide et moins coûteux.

L'article 137.1 de la LTJ

L'article 137.1 de la LTJ permet à un défendeur, à tout moment, une fois que les procédures sont entamées (même avant qu'il n'ait déposé une défense), de demander une ordonnance rejetant l'instance. En énonçant les critères que le défendeur doit remplir pour obtenir le rejet de l'instance, la juge Côté, qui a rédigé les motifs du jugement dans l'arrêt *1704604 Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, a repris en partie le cadre établi par le juge Doherty de la Cour d'appel dans l'instance sous-jacente, avec quelques distinctions

importantes.

Pour faire rejeter l'instance en vertu de l'article 137.1 de la LTJ, le défendeur doit en premier lieu [traduction] « convaincre le juge que l'instance découle du fait d'une expression relative à une affaire d'intérêt public », conformément au paragraphe 137.1 (3). Il s'agit, selon la Cour, du « fardeau initial » du défendeur.

Lorsque le défendeur s'acquitte de son fardeau initial, il incombe ensuite au demandeur de démontrer les motifs pour lesquels l'instance ne devrait pas être rejetée. Pour ce faire, le demandeur doit s'acquitter du fardeau que la Cour décrit, en reprenant les termes du juge Doherty, comme étant « l'étape du bien-fondé » et « l'étape relative à l'intérêt public ».

À l'étape du bien-fondé, le demandeur doit convaincre le juge qu'il existe des « motifs de croire » que :

- le bien-fondé de l'instance est substantiel (art. 137.1 (4)a)(i));
- le défendeur n'a pas de défense valable dans l'instance (art. 137.1 (4)a)(ii)).

À l'étape relative à l'intérêt public, le demandeur doit convaincre le juge que « le préjudice que la partie intimée subit ou a subi vraisemblablement du fait de l'expression de l'auteur de la motion est suffisamment grave pour que l'intérêt public à permettre la poursuite de l'instance l'emporte sur l'intérêt public à protéger cette expression. ». (art. 137.1 (4)b)).

Le défaut du demandeur de surmonter les deux obstacles mènera au rejet de son action.

Le fardeau initial (art. 137.1 (3))

La Cour décrit le fardeau initial comme étant « essentiellement une analyse en deux volets » où il incombe au défendeur de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que i) l'instance découle du fait de l'expression du défendeur et que ii) cette expression est relative à une affaire d'intérêt public. La juge Côté explique qu'il doit exister un lien de causalité entre cette expression et l'instance, même si le paragraphe 137.1(3) a une portée assez large pour englober toute procédure découlant d'une expression (c.-à-d., des instances qui ne se limitent pas aux actions en diffamations, dans le cadre desquelles les motions visant à empêcher les poursuites-bâillons sont le plus souvent présentées).

L'obstacle relatif au bien-fondé (art. 137.1 (4)a))

Une fois que le défendeur s'est acquitté de son fardeau préalable, il incombe demandeur de convaincre le juge, à l'étape du bien-fondé, qu'il existe des « motifs de croire » que : i) le bien-fondé de l'instance est substantiel et que ii) le défendeur n'a pas de défense valable.

L'analyse de la Cour suprême concernant la norme de preuve applicable à ce stade s'écarte de façon significative de celle de la Cour d'appel. En effet, la Cour d'appel avait déterminé que la norme de preuve civile de la balance des probabilités était la norme de preuve applicable en l'instance. Or, la juge Côté a statué que la norme des « motifs de croire » exige du demandeur d'établir « un fondement, dans le dossier et le droit — et prenant en considération le stade de l'instance auquel la motion fondée sur l'art. 137.1 est présentée —, pour conclure que le bien-fondé de l'instance est substantiel et qu'il n'existe pas de défense valable. » Il s'agit donc, selon la juge, d'une norme qui exige « davantage qu'un simple soupçon », mais qui demeure moins stricte que la norme de prépondérance des probabilités. Elle souligne par ailleurs que l'évaluation du dossier est subjective. En effet, cette évaluation

repose sur le point de vue du juge des motions (et non celle d'un « juge des faits raisonnables ») qui a le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il existe un fondement dans les faits et dans le droit que le bien-fondé de l'instance est substantiel et que le défendeur ne dispose pas d'une défense valable.

Dans le premier volet de l'évaluation du bien-fondé, le demandeur doit établir que l'instance a « une possibilité réelle de succès ». Cela n'exige cependant pas que le défendeur démontre la « vraisemblance de succès » de la demande, mais plutôt que, compte tenu du stade de la procédure, la demande « soit juridiquement défendable, et qu'elle prenne appui dans des éléments de preuve raisonnablement dignes de foi. » La Cour a insisté sur le fait que les motions visant à empêcher des poursuites-bâillons se distinguent des motions en radiation et des motions en jugement sommaire. En distinguant les motions en jugement sommaire des motions présentées en vertu de l'art. 137.1, la Cour a expliqué que ces dernières sont présentées à un stade plus précoce de l'instance et sont donc bien plus limitées en matière de preuve et de procédures correspondantes. Ainsi, le juge saisi de la motion ne doit pas accepter comme avéré le dossier ni juger suffisantes les simples allégations. Il doit plutôt s'en tenir à une appréciation limitée de la preuve et s'abstenir de se prononcer de façon définitive sur la crédibilité ou le fond. Réitérant les propos de la Cour d'appel, la juge Côté souligne à cet effet que le juge des motions doit prendre garde à ce que son examen d'une motion présentée en vertu de l'art. 137.1 ne prend pas des allures d'instruction d'une motion en jugement sommaire.

Concernant le deuxième volet, la Cour a déterminé qu'il n'incombe pas au demandeur de prévoir tous les moyens de défense susceptibles d'être invoqués au cours de l'instance. Le défendeur doit, dans un premier temps, identifier les moyens de défense qu'il entend présenter et c'est uniquement à partir de ce moment que le demandeur doit démontrer qu'il existe des motifs de croire à l'absence de validité de ces moyens. Selon la juge Côté, cette analyse est le « miroir » du premier volet. En effet, le demandeur doit prouver qu'il existe des motifs de croire que les moyens de défense invoqués n'ont aucune possibilité réelle de succès, c'est-à-dire qu'ils « ne sont pas juridiquement défendables, ou ne prennent pas appui sur des éléments de preuve raisonnablement dignes de foi ».

L'étape relative à l'intérêt public (art. 137.1 (4)b))

La Cour décrit l'étape relative à l'intérêt public comme étant le « nœud » et l'« essence » de l'analyse de l'art. 137.1. Elle note que cette étape est plus qu'un simple exercice de mise en balance : la loi examinée « exige qu'un intérêt l'emporte sur l'autre – et non simplement qu'ils soient mis en balance ». Pour réussir, le demandeur doit démontrer que le préjudice subi du fait de l'expression l'emporte sur l'intérêt public à protéger cette expression.

Premièrement, le juge doit analyser le préjudice allégué. Le demandeur doit établir l'existence d'un préjudice et que ce préjudice a été subi du fait de l'expression du défendeur. Le préjudice peut tant être de nature monétaire que d'une autre nature (p. ex. l'atteinte à la réputation). De plus, il n'est pas nécessaire que le préjudice réponde à un seuil minimal pour être jugé digne de considération à cette étape. Le Tribunal souligne de surcroît qu'il n'incombe pas au demandeur de prouver le préjudice ou le lien de causalité, « mais doit simplement présenter des éléments de preuve qui permettront au juge des motions de tirer une conclusion quant à la probabilité d'existence du préjudice et du lien de causalité pertinent ». Ainsi, aucune décision définitive sur le préjudice ou le lien de causalité n'est requise dans cette motion.

Deuxièmement, dès lors que le préjudice et le lien de causalité sont démontrés, le juge doit évaluer ce préjudice en regard de l'intérêt public à protéger l'expression. À cette étape, l'analyse du juge doit être qualitative et peut porter sur la qualité de l'expression et ce qui l'a motivée. Bien que les juges « doivent se garder de faire le procès de la moralité et du

mauvais goût dans leur analyse », il n'en demeure pas moins que les expressions ne sont pas toutes également dignes de protection. La juge Côté énonce par la suite des facteurs qui pourraient être utiles dans l'évaluation du préjudice et de l'intérêt public à protéger l'expression, notamment :

- l'importance de l'expression;
- le résumé des litiges passés entre les parties;
- l'existence d'effets indirects ou à plus grande échelle produits sur d'autres expressions relativement à des affaires d'intérêt public;
- l'effet paralysant potentiel pour l'expression d'une partie ou d'autres personnes dans l'avenir;
- le résumé des activités militantes ou de défense de l'intérêt public menées par le défendeur antérieurement;
- toute disproportion entre les ressources mises à contribution dans la poursuite et le préjudice causé ou l'octroi éventuel de dommages-intérêts;
- la question de savoir si l'expression ou la demande pourrait être à l'origine d'hostilités à l'endroit d'un groupe reconnu comme étant vulnérable ou d'un groupe protégé par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou par une loi sur les droits de la personne

L'immunité relative

Dans les deux arrêts, le plus haut tribunal du pays était unanime sur le cadre d'interprétation approprié de l'examen d'une motion visant à empêcher une poursuite-bâillon. Toutefois, dans le deuxième arrêt, *Bent c. Platnick*, la Cour était partagée à 5 contre 4 sur la question de savoir si l'action devait être rejetée, alors que la position des juges concernant l'applicabilité de la défense d'immunité relative divergeait.

L'immunité relative protège les déclarations, vraies ou fausses, lorsque la communication est faite de bonne foi dans une situation privilégiée par une personne dans le cadre de l'exercice d'un devoir ou d'un intérêt juridique, social ou moral, à des personnes ayant un devoir ou un intérêt correspondant en recevant la communication. Cependant, l'immunité relative peut être rejetée, généralement lorsque les commentaires vont au-delà des circonstances conférant cette immunité, ou lorsque la déclaration est publiée de manière imprudente ou malveillante.

Faits

L'avocate défenderesse dans l'arrêt *Bent* était, au moment des faits, membre de l'Ontario Trial Lawyers Association (« OTLA »), une organisation d'avocats qui représentent des personnes blessées dans des accidents automobiles. M^{e} Bent a envoyé un courriel à une liste de diffusion de courriels de l'OTLA, dans lequel elle allègue qu'un médecin, dont les services sont régulièrement retenus par les compagnies d'assurance pour examiner les niveaux d'invalidité des victimes de ces accidents de la route, aurait altéré des rapports et changé la décision d'un médecin à propos du niveau d'invalidité d'une des victimes. Le courriel a fini par être l'objet d'une fuite et a été publié dans un magazine. Le demandeur a poursuivi la défenderesse en diffamation et cette dernière a présenté une motion en rejet de l'action en vertu de l'art. 137.1 de la LTJ. Le juge de la motion a accordé la motion et a rejeté l'action en diffamation du demandeur, mais la Cour d'appel a écarté cette décision et a autorisé la reprise de l'action.

Décisions sur l'immunité relative

Les juges majoritaires, dans des motifs rédigés par la juge Côté, ont rejeté les pourvois, autorisant ainsi l'action en diffamation à aller de l'avant. Tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont convenu que l'instance découle du fait de l'expression de la défenderesse relativement à une affaire d'intérêt public et que, par conséquent, cela opère un transfert de fardeau au demandeur. Ce dernier doit donc établir, entre autres, qu'il y a des motifs de croire que la défense d'immunité relative n'a pas de possibilité réelle de succès. C'est cette question qui divise les juges majoritaires et les juges dissidents.

Les juges majoritaires ont déclaré qu'il existe des motifs de croire que la défense d'immunité relative n'est pas fondée, car la défenderesse a outrepassé le cadre de l'immunité, puisqu'elle a choisi d'identifier le demandeur par son nom dans son courriel. La défenderesse aurait pu communiquer ses préoccupations à l'égard de modifications apportées aux rapports médicaux sans nommer le demandeur. Étant donné que la défenderesse n'était pas tenue d'identifier le demandeur pour s'acquitter de son devoir dans les circonstances, elle a outrepassé la portée de son immunité. La majorité des juges a également souligné l'interdiction de tenir des propos susceptibles d'être diffamatoires stipulée dans l'Entente de serveur de liste de l'OTLA comme preuve à l'appui du fait que la publication de propos potentiellement diffamatoires n'est pas pertinente pour ce qui est du devoir rattaché aux circonstances particulières en cause. La majorité ajoute en outre que la défense n'est pas valable, car la défenderesse a fait preuve d'insouciance à l'égard de la véracité de ses affirmations (c.-à-d. que sa déclaration a été faite avec malveillance). La défenderesse n'a pris aucune mesure pour corroborer les allégations graves d'inconduite professionnelle formulées. Elle n'a pas communiqué avec le demandeur ni consulté ses propres notes concernant ses interactions avec le demandeur avant de formuler les allégations en cause.

La majorité a conclu que le demandeur était susceptible de subir un préjudice important en raison des allégations graves d'inconduite contre lui. Par conséquent, l'intérêt public de permettre la poursuite de l'instance est donc élevé. En revanche, l'expression était une attaque gratuite contre le demandeur. La juge Côté a donc conclu qu'il y avait suffisamment de preuve que l'intérêt public à permettre la poursuite de l'action en diffamation l'emportait sur l'intérêt public à protéger l'expression de la défenderesse.

La minorité dissidente, dans les motifs rédigés par la juge Abella, a déterminé que l'expression du défendeur n'outrepasse pas la portée de l'immunité. La juge Abella était en désaccord avec l'approche des juges majoritaires fondée sur la nécessité pour la défenderesse d'identifier le demandeur dans son courriel pour s'acquitter de son devoir. Elle a souligné que cette approche est contraire à l'objet de l'immunité, puisque cette défense, par définition, ne peut être invoquée que dans le cas où une personne particulière est identifiée (sans quoi la communication ne répondra pas au critère initial de diffamation). La juge Abella a ajouté que l'immunité relative débordera de son cadre légitime si l'expression n'est pas « raisonnablement appropriée », c'est-à-dire qu'elle n'est pas pertinente et ne se rapporte pas à l'exécution du devoir ou à la sauvegarde d'un intérêt qui crée l'immunité. En d'autres termes, la pertinence, et non la nécessité, est la clé de l'analyse visant à déterminer si une déclaration est protégée par l'immunité relative. Appliquant son analyse aux faits, la juge Abella a conclu que le courriel de la défenderesse était protégé au titre de l'immunité relative. En effet, étant membre de l'OTLA, la défenderesse avait une obligation d'informer ses membres de l'existence de rapports d'experts inappropriés et trompeurs et chercher à améliorer l'administration de la justice. Les destinataires de cette communication, soit les autres membres de l'OTLA, avaient également des intérêts et un devoir de recevoir cette information. La juge Abella a également déterminé qu'aucun élément de preuve ne permettait raisonnablement de conclure que la défenderesse avait agi avec malveillance en publiant son courriel et qu'elle ne pouvait raisonnablement pas s'attendre à ce que les membres de l'OTLA communiquent le courriel en contravention à l'Entente de serveur de

liste de l'OTLA ainsi qu'à leurs obligations en tant qu'avocats. Dans l'hypothèse où l'expression a entraîné un quelconque préjudice, ce dernier serait causé par la communication de l'information, qui ne pouvait pas être prévisible. Selon l'opinion dissidente, la communication de la défenderesse était essentielle à l'administration de la justice et l'effet paralysant considérable que le fait de permettre à de telles poursuites de procéder sur ce type d'expression l'emportait sur tout préjudice qui pouvait en découler.

Points à retenir

Ces arrêts fournissent les critères retenus comme devant être appliqués en vertu des dispositions législatives ontariennes contrant les poursuites-bâillons. Bien que la Cour suprême ait fourni un cadre clair, l'approche contextuelle et factuelle qu'elle a adoptée signifie qu'il peut y avoir une importante variation dans les facteurs que les tribunaux prendront en considération lorsqu'ils apprécieront l'intérêt public dans le cadre de l'autorisation de poursuites fondées pour soupeser un préjudice réel contre l'intérêt du public à protéger l'expression sur des questions d'intérêt public. Il reste également à voir comment les juges des motions interpréteront et appliqueront la norme de preuve que la Cour a établie pour l'étape du bien-fondé (qui se situe entre le « simple soupçon » et la « prépondérance des probabilités »). La décision partagée de la Cour concernant la validité de la défense d'immunité relative dans l'arrêt *Bent c. Platnick* souligne davantage l'existence d'une difficulté inhérente dans l'application de cette défense, même dans un cas où tous les juges ont convenu d'invoquer le privilège.