

Les critiques faites aux entreprises par l'entremise des médias sociaux et des plateformes numériques : une voie de justice alternative pour les consommateurs ?

RAPPORT DE RECHERCHE

Option consommateurs a reçu du financement en vertu du Programme de contributions pour les organisations sans but lucratif de consommateurs et de bénévoles d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada. Les opinions exprimées dans ce rapport ne sont pas nécessairement celles d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada ou du gouvernement du Canada.

La reproduction de ce rapport, en tout ou en partie, est autorisée, à condition que la source soit mentionnée. Sa reproduction ou toute allusion à son contenu à des fins publicitaires ou lucratives sont toutefois strictement interdites.

Rédigé par Véronique Parent.

Option consommateurs
50, rue Sainte-Catherine Ouest, bureau 440
Montréal (Québec)
H2X 3V4
Téléphone : 514 598-7288
Télécopieur : 514 598-8511

Courriel : info@option-consommateurs.org
Site Internet : www.option-consommateurs.org

À propos d'Option consommateurs

Option consommateurs est une association à but non lucratif qui a pour mission d'aider les consommateurs et de défendre leurs droits.

Option consommateurs informe les consommateurs qui ont une mésentente avec un commerçant, les reçoit en consultation budgétaire et donne des séances d'information sur le budget, l'endettement, le droit de la consommation et la protection de la vie privée. Chaque année, nous réalisons des recherches sur des enjeux de consommation d'importance. Nous intervenons également auprès des décideurs et des médias pour dénoncer des situations inacceptables.

Pour faire changer les choses, les actions d'Option consommateurs sont multiples : recherches, actions collectives et pressions auprès des instances gouvernementales et des entreprises. Vous pouvez nous aider à en faire plus en soutenant Option consommateurs. Pour plus d'information : www.option-consommateurs.org.

Table des matières

Remerciements	iv
Résumé	v
Introduction	6
Méthodologie.....	9
Partie I. Une liberté d'expression perdue pour le consommateur	11
Chapitre 1. Les limites posées par le droit à la réputation de l'entreprise	12
1.1 Les conditions donnant ouverture au recours en diffamation	12
1.1.1 La diffamation à l'ère d'Internet.....	12
1.1.2 Le régime applicable au Québec.....	14
1.1.3 L'encadrement dans les provinces de common law.....	16
1.2 Les paramètres guidant la liberté d'expression du consommateur	19
1.2.1 Un langage abusif et des attaques personnelles.....	19
1.2.2 L'utilisation des plateformes numériques pour ses intérêts personnels	22
1.2.3 Les campagnes de dénigrement et les propos mensongers	24
1.2.4 La durée et la portée de la diffusion.....	25
1.2.5 De lourdes conséquences financières pour le consommateur	26
Chapitre 2. Les limites contractuelles	28
2.1 Les conditions d'utilisation des plateformes en ligne.....	28
2.1.1 Les contenus interdits.....	29
2.1.2 La surveillance du contenu	30
2.1.3 La responsabilité des intermédiaires.....	31
2.2 La renonciation du consommateur à sa liberté d'expression.....	35
2.2.1 La possibilité de renoncer à une liberté fondamentale.....	35
2.2.2 La validité d'une renonciation dans un contrat de vente ou de service	37
Partie II. Une liberté d'expression retrouvée pour le consommateur	41
Chapitre 1. Le contenu protégé de la liberté d'expression en droit de la consommation	42
1.1 Les choix de consommation éclairés.....	42
1.1.1 La notion d'intérêt public	42
1.1.2 Le recours aux journalistes pour diffuser son message.....	45
1.1.3 La protection contre les poursuites abusives	48
1.2 Une conciliation possible avec le droit à la réputation	50
1.2.1 La gestion de la réputation en ligne	51
1.2.2 L'absence de droit à une bonne réputation	53
Chapitre 2. Les droits et recours du consommateur	54
2.1 L'effectivité des protections législatives sous-jacentes aux critiques en ligne	55
2.1.1 Protéger le droit de critique des consommateurs.....	55
2.1.2 Une méconnaissance des protections spécifiques au droit de la consommation	56
2.2 Le règlement alternatif des litiges en ligne.....	57
2.2.1 La médiation	57
2.2.2 Un tribunal de résolution des litiges en diffamation.....	59
Conclusion et recommandations	61
Annexe 1 – Guide de discussion (version française)	66
Annexe 2 – Guide de discussion (version anglaise)	72

Remerciements

Cette recherche a été réalisée par Véronique Parent, avocate et analyste à Option consommateurs.

L'auteure tient à remercier toutes les personnes qui œuvrent à Option consommateurs et qui, de près ou de loin, ont collaboré à cette recherche. Elle tient particulièrement à remercier Stephanie Cech, Marie-Sophie Dromer, Rosalie Grondin, Sophie Poirier et Nawal Sassi, étudiantes en droit à l'Université de Montréal.

Une part appréciable de cette recherche repose sur des entrevues avec des experts du domaine des droits et libertés de la personne, du droit des technologies de l'information et des médias sociaux de même que des intervenants du milieu de l'industrie et du milieu journalistique. L'auteure remercie toutes ces personnes d'avoir généreusement accepté de lui accorder une entrevue.

En terminant, elle tient aussi à exprimer sa reconnaissance envers toutes les personnes qui ont contribué à la révision de ce rapport. Elle remercie, pour son soutien méthodologique, Bruno Marien, sociologue et chargé de cours à la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal. Elle remercie également Jean-Pierre Beaud, professeur à cette même faculté, qui a effectué l'évaluation du rapport. Enfin, l'auteure remercie Marie-Thérèse Duval, pour la révision du texte, ainsi que Roy Cartlidge, pour sa traduction en anglais.

Résumé

Le partage instantané d'informations et d'opinions qu'offre le numérique change indubitablement la donne dans l'univers de la consommation. Les consommateurs peuvent désormais échanger plus facilement entre eux sur leurs expériences clients, ce qui tend à faciliter les choix de consommation éclairés. Cette possibilité de communiquer leurs avis en ligne constitue une composante protégée par leur liberté d'expression. Or, certaines entreprises cherchent à restreindre cette expression, en invoquant leur droit à la sauvegarde de leur réputation commerciale. Les poursuites en diffamation intentées contre des consommateurs ayant utilisé les plateformes numériques pour critiquer leurs produits ou leurs services ont connu une augmentation au cours des dernières années.

Devant cet affrontement entre deux droits fondamentaux, d'un côté la liberté d'expression du consommateur, de l'autre le droit à la réputation de l'entreprise, le juge doit s'efforcer de trouver un juste équilibre. Le recours en diffamation mobilisé par les entreprises paraît toutefois mal adapté au contexte actuel de l'utilisation accrue des médias sociaux et des plateformes numériques comme forme d'expression. La liberté d'expression du consommateur occupe une place marginale dans l'application des critères juridiques applicables en matière de diffamation. Des dommages-intérêts, représentant des sommes exorbitantes pour les consommateurs, sont aussi accordés aux entreprises, sans preuve claire du préjudice subi. La responsabilité de l'entreprise elle-même dans la détérioration de sa réputation, découlant par exemple du piètre service à la clientèle ou de la mauvaise qualité des biens offerts, brille par son absence du débat.

Les tribunaux hésitent de plus à considérer que les avis en ligne servent l'intérêt public. Les participants au groupe de discussion reconnaissent pourtant que leur principale motivation à publier un avis en ligne vise à mettre en garde les autres consommateurs et à inciter les entreprises à abandonner leurs mauvaises pratiques. Par ailleurs, l'utilisation des plateformes numériques constitue parfois une voie de justice alternative pour les consommateurs, qui méconnaissent les protections et les recours offerts en droit de la consommation ou qui se heurtent aux problèmes récurrents d'accès à la justice.

Les conditions d'utilisation des plateformes numériques n'apportent guère de protections aux utilisateurs. Les clauses d'exonération de responsabilité des plateformes quant au contenu publié font reposer l'entière responsabilité sur le consommateur. Le peu de balises encadrant les mécanismes de surveillance du contenu et de retrait des publications devient un puissant outil de censure des consommateurs. Les participants rencontrés admettent qu'ils ne prennent pas toujours la peine de lire ces conditions d'utilisation, souvent très complexes, et qu'ils comprennent mal les principes juridiques régissant le recours en diffamation.

Ce rapport a ainsi pour objectif d'informer les consommateurs sur les risques associés aux critiques en ligne et de mieux définir les balises à l'intérieur desquelles ils peuvent exprimer leurs avis face à une entreprise. Il propose une conciliation plus harmonieuse entre la liberté d'expression du consommateur, l'intérêt de la société à échanger sur les expériences en droit de la consommation et le droit de l'entreprise de préserver la réputation qu'elle mérite. Il convient enfin d'insister sur l'importance de renseigner la population sur les droits et recours en droit de la consommation et sur les modes alternatifs de règlements des litiges disponibles dans un cas de poursuite en diffamation par une entreprise.

Introduction

Sur Internet, il est devenu possible de s'improviser justicier et de porter notre appréciation sur à peu près tout. Pensons notamment aux sites qui permettent d'évaluer les performances de nos enseignants¹, de notre employeur² ou même d'un(e) ex-conjoint(e)³. À ces exemples s'ajoutent bien évidemment les sites d'évaluation de biens et de services qui ont gagné en popularité au cours des dernières années et qui permettent aux consommateurs de commenter les services rendus par une entreprise⁴.

Les avis en ligne représentent désormais une partie intégrante des habitudes de consommation des consommateurs qui s'en servent pour orienter leurs achats dans différents secteurs d'activités ; ces avis leur apparaissant d'ailleurs aussi fiables que les recommandations personnelles d'amis ou de membres de la famille⁵. Une étude effectuée aux États-Unis a d'ailleurs démontré qu'en 2022, 98 % des consommateurs avaient utilisé Internet pour trouver des informations sur des entreprises locales⁶. De façon générale, un avis en ligne désigne un « [...] commentaire qu'émet *un consommateur, pas nécessairement l'acheteur*, sur un produit ou service en fonction de l'utilisation ou d'un comportement de consommation »⁷.

En corollaire, les consommateurs souhaitent alimenter à leur tour ces bases d'informations pour les autres consommateurs, et ils utilisent de plus en plus les sites d'évaluation de biens et de services et les médias sociaux pour évaluer et commenter leur expérience. Alors qu'on estimait, en 2006, qu'environ 1 % des utilisateurs des plateformes d'avis en ligne constituaient la quasi-totalité des interactions⁸, les données les plus récentes démontrent une augmentation fulgurante de ce phénomène. En effet, une étude menée en 2018 indique que 32 % des adultes québécois ont admis avoir publié un commentaire positif ou négatif à propos d'une marque ou d'une

¹ Les sites Rate My Teachers et Rate My Professors permettent d'évaluer les enseignants et les professeurs.

² Le site Rate My Employer permet d'évaluer son employeur.

³ Le site The Ex-Boyfriend list permet de faire part aux autres internautes de son expérience auprès d'une personne fréquentée.

⁴ Dans le cadre de cette recherche, le terme entreprise désigne toute personne qui fournit un bien ou un service. Il peut s'agir autant d'un commerçant au sens des lois sur la protection du consommateur que d'un professionnel.

⁵ Selon une étude, 46 % des consommateurs estiment que les avis commerciaux en ligne sont aussi fiables que les recommandations personnelles d'un ami ou d'un membre de la famille : Sammy PAGET, *Local Consumer Review Survey 2023*, Bright Local, 2023, en ligne : <https://www.brightlocal.com/research/local-consumer-review-survey/>.

⁶ Sammy PAGET, *Local Consumer Review Survey 2023*, Bright Local, 2023, en ligne : <https://www.brightlocal.com/research/local-consumer-review-survey/>.

⁷ Howard J. DEANE, *Renforcer le marché au moyen d'un cadre de protection des consommateurs qui régit les avis clients en ligne*, Conseil canadien des consommateurs, 2016, p. 54. Notons que le *Code de la consommation* en France à son article D111-16 définit l'avis en ligne comme étant « [...] l'expression de l'opinion d'un consommateur sur son expérience de consommation grâce à tout élément d'appréciation, qu'il soit qualitatif ou quantitatif », que le consommateur ait ou non acheté le bien ou service en question, en ligne : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000035724929/2021-11-30/.

⁸ Howard J. DEANE, *Renforcer le marché au moyen d'un cadre de protection des consommateurs qui régit les avis clients en ligne*, Conseil canadien des consommateurs, 2016, p. 27.

entreprise⁹, tandis qu'une enquête réalisée en 2022 a démontré que 70 % des consommateurs canadiens interrogés avaient au cours des deux dernières années publiés des avis en ligne¹⁰. Aux États-Unis, 95 % des consommateurs interrogés ont laissé un avis en ligne en 2022 ou envisageait de le faire¹¹.

En outre, la tribune offerte par ces plateformes numériques¹² constitue pour certains consommateurs la possibilité de se faire justice à eux-mêmes, en dénonçant publiquement une situation qu'ils considèrent comme injuste. Or, « [s]i cette tendance date de plusieurs années, elle s'est amplifiée sérieusement à la suite de l'émergence des réseaux sociaux »¹³. Les consommateurs sont d'ailleurs plus susceptibles de partager leur expérience lorsque celle-ci est négative¹⁴. À l'issue d'une étude réalisée auprès d'adultes québécois en 2021, 76 % ont admis avoir observé une hausse de commentaires négatifs sur les médias sociaux¹⁵.

Considérant que 86 % des consommateurs seraient moins susceptibles d'acheter auprès d'une entreprise qui a fait l'objet de commentaires négatifs¹⁶, les critiques négatives peuvent avoir des répercussions sur les entreprises. La possibilité de mener des recherches indépendantes avant de faire affaire avec une entreprise et le partage des informations et des expériences entre les consommateurs ont naturellement modifié l'équilibre des pouvoirs existant entre les entreprises et leurs clients, en offrant à ces derniers une quantité importante d'informations¹⁷. Ce nouveau pouvoir préoccupe plusieurs entreprises, qui craignent que les consommateurs utilisent ces outils pour manipuler les avis¹⁸. En cela, les petites entreprises se sentiraient plus menacées que les grandes par les commentaires négatifs et seraient plus susceptibles de réagir fortement lorsqu'elles estiment être critiquées à tort ou injustement, les mauvaises critiques pouvant avoir un impact accru sur elles en raison de leur volume d'activité généralement plus petit¹⁹.

⁹ CEFRIO, *L'usage des médias sociaux au Québec*, vol. 9, no 5, édition 2018, p. 5, en ligne : <https://transformation-numerique.ulaval.ca/enquetes-et-mesures/netendances/lusage-des-medias-sociaux-au-quebec-2018/>.

¹⁰ Tessa ANAYA, *How do online user reviews influence consumers in Canada ?*, Capterra, 2022, en ligne : <https://www.capterra.ca/blog/2985/user-reviews-study>.

¹¹ Sammy PAGET, *Local Consumer Review Survey 2023*, Bright Local, 2023, en ligne : <https://www.brightlocal.com/research/local-consumer-review-survey/>.

¹² Dans ce rapport le terme plateforme ou plateforme numérique s'applique autant aux sites d'évaluation de biens et de services qu'aux médias sociaux utilisés par les consommateurs pour donner leur avis sur une entreprise.

¹³ Marc LACOURSIÈRE, « Les voies de justice du consommateur », dans Pierre-Claude LAFOND, *Les voies de justice du consommateur : actes du colloque de la Fondation Claude Masse du 9 novembre 2017*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 243, à la page 246.

¹⁴ Howard J. DEANE, *Renforcer le marché au moyen d'un cadre de protection des consommateurs qui régit les avis clients en ligne*, Conseil canadien des consommateurs, 2016, p. 45.

¹⁵ CEFRIO, *Actualité en ligne, réseaux sociaux et balados*, vol. 12, no 8, édition 2021, p. 18, en ligne : <https://transformation-numerique.ulaval.ca/enquetes-et-mesures/netendances/actualites-en-ligne-reseaux-sociaux-et-balados-2021/>.

¹⁶ Cassandra Burke ROBERTSON, « Online Reputation Management in Attorney Regulation », (2016) 29:1 *Geo J Legal Ethics* 97, p. 105.

¹⁷ Julie HUNTER et Mark WILSON, « Cross-border Online shopping within the EU - learning from consumer experiences », *ANEC, the European consumer voice in standardisation*, 2015, p. 5.

¹⁸ Howard J. DEANE, *Renforcer le marché au moyen d'un cadre de protection des consommateurs qui régit les avis clients en ligne*, Conseil canadien des consommateurs, 2016, p. 48.

¹⁹ Howard J. DEANE, *Renforcer le marché au moyen d'un cadre de protection des consommateurs qui régit les avis clients en ligne*, Conseil canadien des consommateurs, 2016, p. 67.

Ce rééquilibrage de l'asymétrie informationnelle entre les consommateurs et les commerçants ainsi que « [l']impact très important des réseaux sociaux a mené les entreprises à gérer leur risque de réputation de manière relativement drastique, sinon abusive, parfois en ayant recours à des menaces de poursuites judiciaires »²⁰. Il en découle une judiciarisation des critiques en ligne au cours des dernières années, suivant laquelle des consommateurs ont fait l'objet de poursuite en diffamation par des entreprises qui considéraient que des propos avaient porté atteinte à leur réputation.

Hormis les conséquences financières significatives pour les consommateurs qu'engendrent ces poursuites, le recours en diffamation met aussi en opposition les droits fondamentaux de chacun des acteurs impliqués. On assiste dès lors à une dualité entre la liberté d'expression du consommateur et le droit à la réputation de l'entreprise. Or, comme le faisait remarquer la Cour suprême du Canada, le défi en matière de diffamation réside dans le fait qu'il n'existe pas d'instruments de mesure permettant d'établir un point d'équilibre entre ces deux droits et « [...] ce qui appartient au premier est généralement retiré du second »²¹.

La présente recherche vise donc, d'une part, à mieux comprendre et documenter les conséquences liées à la publication de critiques en ligne, notamment les conséquences juridiques auxquelles les consommateurs sont confrontés lorsqu'ils tentent d'exprimer leur avis relativement à leur expérience de consommation et aux difficultés vécues auprès d'une entreprise, et, d'autre part, à mettre en lumière les comportements et les connaissances des consommateurs en lien avec cette pratique.

Nous chercherons ainsi à documenter la perception et les connaissances des consommateurs quant aux avis publiés en ligne. Entre autres, les consommateurs sont-ils conscients des risques auxquels ils s'exposent en publiant des propos en ligne, que ce soit sur les réseaux sociaux ou sur les sites d'évaluation de biens et de services ? Quelles finalités cherchent-ils à atteindre ? Quels sont les principaux sites d'évaluation de biens et de services et médias sociaux mobilisés et quelles en sont les conditions d'utilisation ? Comment la notion d'intérêt public peut-elle servir de moyen de défense à un consommateur poursuivi pour une critique en ligne par rapport au partage d'informations similaires par les médias traditionnels et les journalistes ? Dans quelle mesure le recours aux critiques en ligne représente-t-il une voie de justice alternative viable aux consommateurs soucieux de faire valoir leur droit ?

Pour répondre à ces diverses questions, nous analyserons, dans un premier temps, les conditions, les limites et les interdits auxquels le consommateur se heurte lorsqu'il tente d'exercer sa liberté d'expression (**Partie I**). Dans un deuxième temps, nous étudierons les éléments militant en faveur de la reconnaissance de la liberté d'expression du consommateur dans un contexte de critiques en ligne (**Partie II**). Ultimement, cette recherche fournira des pistes de solution et des recommandations visant à assurer une meilleure conciliation de la liberté d'expression du consommateur avec le droit à la réputation de l'entreprise, tout en tenant compte de

²⁰ Marc LACOURSIÈRE, « Les voies de justice du consommateur », dans Pierre-Claude LAFOND, *Les voies de justice du consommateur : actes du colloque de la Fondation Claude Masse du 9 novembre 2017*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 243, à la page 265.

²¹ *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, par. 16 et 19.

l'importance des informations partagées pour faire des choix de consommation éclairés et servir l'intérêt public.

Méthodologie

Afin de répondre à nos diverses questions de recherche, nous avons opté pour une méthodologie à la fois juridique et empirique.

Pour le volet juridique, nous avons tout d'abord étudié la législation et la réglementation provinciale et fédérale canadienne applicables à la diffamation et aux opérateurs de plateformes en ligne. De façon complémentaire, nous avons procédé à un regard comparé, en ciblant certains développements intéressants aux États-Unis, au sein de l'Union européenne, au Royaume-Uni et en Australie.

Nous avons également repéré les décisions judiciaires rendues par les tribunaux canadiens en matière de diffamation dans un contexte de droit de la consommation. Ce phénomène étant relativement récent, la période retenue pour la recherche des décisions se situe du 1^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2021. Au total, 43 décisions réparties dans six (6) provinces canadiennes ont été analysées²². Ces décisions ont été répertoriées à l'aide de bases de données accessibles en ligne²³. Les arrêts de principe émanant des cours d'appel provinciales et de la Cour suprême du Canada, lorsque pertinents pour notre sujet, ont toutefois été analysés sans égard à la période au cours de laquelle ils ont été rendus. Cette étude jurisprudentielle pancanadienne a permis de dégager les paramètres guidant les tribunaux en cas de poursuite en diffamation intentée par une entreprise.

En ce qui a trait aux sources contractuelles, nous avons procédé à un examen attentif des conditions d'utilisation de six (6) sites d'évaluation de biens et de services, soit Amazon, Google, RateMDs, Tripadvisor, Trustpilot et Yelp, et de six (6) médias sociaux²⁴, en l'occurrence Instagram, Facebook, LinkedIn, TikTok, Twitter et YouTube. Bien que certaines entreprises retenues appartiennent à un même propriétaire et aient des politiques similaires, nous les avons considérées comme étant des entités séparées, car elles requièrent un consentement distinct de la part du consommateur²⁵. À cet égard, nous avons sélectionné des plateformes provenant de différents secteurs d'activité parmi celles qui sont les plus fréquemment utilisées par les consommateurs pour publier une critique relative à une entreprise²⁶. Cet exercice visait notamment à déterminer si des distinctions étaient observables quant aux conditions d'utilisation

²² Les décisions analysées proviennent des provinces suivantes : Alberta, Colombie-Britannique, Ontario, Québec, Nouveau-Brunswick et Saskatchewan. Aucune décision portant sur le sujet n'a été répertoriée au Manitoba, Nouvelle-Écosse, Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve-et-Labrador.

²³ Sur la base de données juridiques CanLII en recherche plein texte, les termes suivants ont été utilisés et leur équivalent anglais : diffamation, réputation, propos, consommateur, dommages.

²⁴ Les médias sociaux désignent des plateformes numériques permettant aux utilisateurs de créer et de partager du contenu et des profils en ligne, et d'interagir avec d'autres utilisateurs, en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/36-28-0001/2021003/article/00004-fra.htm>.

²⁵ C'est notamment le cas de Facebook et Instagram qui appartiennent à la société Meta.

²⁶ Les résultats obtenus à l'issue des groupes de discussion et de la recherche documentaire nous ont aidés à sélectionner les plateformes les plus prisées des consommateurs canadiens.

entre les sites d'évaluation de biens et de services et les médias sociaux, de même que le niveau de responsabilité imputable aux opérateurs de ces plateformes.

En ce qui a trait au volet empirique, nous avons réalisé six (6) groupes de discussion en ligne dans quatre (4) provinces canadiennes : deux (2) groupes au Québec, deux (2) groupes en Ontario, un (1) groupe dans l'Ouest canadien et un (1) groupe dans les Maritimes. Au total, 40 personnes ont participé à ces groupes de discussion²⁷. Les participants ont été choisis de manière à représenter la population canadienne selon les données démographiques actuelles. Cette démarche visait à recueillir des renseignements qualitatifs sur les expériences, comportements et connaissances des consommateurs concernant les critiques publiées en ligne.

Pour compléter notre analyse, nous avons sollicité l'expertise de différents acteurs du domaine des droits et libertés de la personne, du droit des technologies de l'information et des médias sociaux ainsi que des représentants de l'industrie²⁸ et du milieu journalistique²⁹. Ainsi, nous nous sommes entretenus avec Benoit Duguay, professeur titulaire à l'École des sciences de la gestion de l'UQAM et chercheur à la Chaire de relations publiques et communication marketing ; Marianne Chouinard, chef d'équipe des ressources aux entreprises (fonction occupée au moment de l'entrevue) à la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante ; Yany Grégoire, professeur titulaire au département de marketing à HEC Montréal et titulaire de la Chaire de commerce Omer DeSerres ; Louis-Philippe Lampron, professeur titulaire en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval ; Sébastien Parent, professeur adjoint en droit du travail au Département des relations industrielles de l'Université Laval ; Florence Reinson, directrice éthique et déontologie journalistiques au Conseil de presse du Québec, Pierre Trudel, professeur titulaire au Centre de recherche en droit public (CRDP) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, et Nicolas Vermeys, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, directeur du Centre de recherche en droit public et directeur adjoint du Laboratoire de cyberjustice.

Les données qui découlent de ces diverses méthodes de recherche ont été regroupées et présentées par thèmes afin que la lecture de ce rapport soit rendue plus harmonieuse.

²⁷ Les groupes de discussion ont été animés à l'été 2022 par la firme BIP qui a recruté des consommateurs s'étant exprimés sur les médias sociaux ou les sites d'évaluation de biens et de services au cours des trois dernières années, en lien avec une insatisfaction ou une problématique vécue auprès d'une entreprise. Le guide de discussion de ces groupes se trouve en annexes 1 (français) et 2 (anglais).

²⁸ À l'exception de la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, les regroupements d'entreprises que nous avons contactées n'ont pas donné suite à notre demande.

²⁹ À l'exception du Conseil de presse, les représentants du milieu journalistique auprès desquels nous avons sollicité une entrevue n'ont pas donné suite à notre demande.

Partie I. Une liberté d'expression perdue pour le consommateur

« *La réputation est un préjugé vain et fallacieux : souvent gagnée sans mérite et perdue sans justice.* » – William Shakespeare³⁰

La liberté d'expression « [...] est essentielle au fonctionnement de notre démocratie, à la recherche de la vérité dans divers domaines d'enquête et à la capacité de chacun de s'exprimer et de s'épanouir »³¹. Or, la liberté d'expression, comme tout droit fondamental, n'est pas absolue. En effet, « [d]ans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui »³², raison pour laquelle ils devront « [...] être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres »³³. Des limites peuvent, dès lors, être posées à l'exercice de la liberté d'expression afin de préserver le droit à la réputation, qui protège la réputation de toute personne contre les attaques injustifiées³⁴. La Cour suprême du Canada a affirmé à maintes reprises l'importance qu'elle accorde au droit à la protection de la réputation dans notre société³⁵. En outre, la réputation de l'individu est intimement liée au droit à la vie privée reconnu à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁶ (ci-après « Charte canadienne ») ainsi qu'à la dignité personnelle, une valeur inhérente aux protections conférées par les Chartes³⁷. Le droit à la sauvegarde de sa réputation est également protégé au Québec, à la fois par la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁸ (ci-après « Charte québécoise » ou « C.d.l.p. ») et le *Code civil du Québec*³⁹ (ci-après « Code civil » ou « C.c.Q. »).

À la lumière de ces enseignements, il faut retenir que la liberté d'expression des consommateurs leur accorde le droit de s'exprimer et de critiquer les biens et services d'une entreprise, mais, en corollaire, les entreprises ont le droit de voir à ce que leur réputation ne soit pas impunément atteinte par des commentaires malveillants.

³⁰ Othello (1604).

³¹ *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 1.

³² *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536, p. 554.

³³ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536, p. 554.

³⁴ *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 2.

³⁵ Voir notamment : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130 et *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439.

³⁶ *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

³⁷ *Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43, par. 48 ; Denis W BOIVIN, « Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation » (1997) 22:2 Queen's LJ 229, p. 238 ; 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) 66.5 R. du B. 143, 146, 153, 155, 162 et 163.

³⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art. 4.

³⁹ *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991, art. 3 et 35.

Autrement dit, « [l]es règles relatives à la diffamation n'interdisent pas aux gens de s'exprimer. Elles posent simplement que quiconque porte atteinte à la réputation d'autrui pourra être tenu de réparer le tort causé »⁴⁰. Dans le contexte des critiques en ligne, la liberté d'expression des consommateurs sera à la fois restreinte par des limites que pose le droit à la réputation de l'entreprise (**Chapitre 1**) et par des limites de nature contractuelle (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Les limites posées par le droit à la réputation de l'entreprise

Au même titre que toute personne, les entreprises, en tant que personnes morales, sont titulaires du droit à la protection de leur réputation⁴¹. Ainsi, une entreprise qui considère qu'une critique publiée en ligne par un consommateur a porté atteinte à sa réputation pourra tenter un recours en diffamation. Pour donner ouverture à tel recours, certaines conditions devront toutefois être remplies (1.1). En outre, certains paramètres érigés par les tribunaux à l'occasion de ces litiges guideront l'exercice de la liberté d'expression du consommateur (1.2).

1.1 Les conditions donnant ouverture au recours en diffamation

Dans l'analyse des conditions donnant ouverture au recours en diffamation, il faudra tenir compte du contexte actuel de la diffamation à l'ère d'Internet (1.1.1) ainsi que des règles particulières applicables selon que le droit provincial relève du droit civil (1.1.2) ou de la common law (1.1.3).

1.1.1 La diffamation à l'ère d'Internet

Au fil du temps, ce sont essentiellement la jurisprudence et la doctrine qui ont tracé les pourtours de la notion de diffamation :

« Génériquement 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. »⁴²

Un propos diffamatoire est donc celui qui a pour effet de porter atteinte à la réputation d'une personne en la rabaissant dans l'estime des membres de la société⁴³. Ainsi, « [...] des paroles peuvent être diffamatoires par l'idée qu'elles expriment ou encore par les insinuations qui s'en dégagent »⁴⁴. Autant en vertu du droit civil que de la common law, le caractère diffamatoire des

⁴⁰ *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 2.

⁴¹ *9353-0913 Québec inc. c. Paré*, 2019 QCCQ 4324, par. 43 ; Emmanuelle SAUCIER, *Tout tient dans la façon de le dire – un guide sur la diffamation*, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 8.

⁴² *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, par. 33 ; *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc.*, 1994 CanLII 5883 (QC CA), p. 14.

⁴³ *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, par. 67 et 68.

⁴⁴ *Prud'homme c. Prud'homme* 2002 CSC 85, par. 34.

propos est analysé selon une norme objective, soit celle de la personne sensée et raisonnable. En d'autres termes, « il faut [...] se demander si un citoyen ordinaire estimerait que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation d'un tiers »⁴⁵.

Le type de média utilisé (réseaux sociaux, sites Web, journaux, radio, télévision, etc.) n'affecte guère la définition ni le sens du terme de la diffamation⁴⁶. Par conséquent, des propos diffamatoires diffusés en ligne, également connus sous le nom de *cyberdiffamation*, seront évalués de la même façon que ceux qui ont été diffusés par le biais de médias traditionnels ou de vive voix⁴⁷.

Les tribunaux ont tenu à faire des mises en garde concernant l'utilisation de tels médias, en rappelant que ceux-ci « [...] ne sont pas une plate-forme où l'on peut dire n'importe quoi sur n'importe qui sans encourir sa responsabilité »⁴⁸, particulièrement en raison de leur grande efficacité comme moyen de communication et de la diffusion instantanée et sans borne qui en résulte⁴⁹. Un juge de la Cour du Québec rappelait, à cet égard, que :

« Tenir des propos diffamatoires sur quelqu'un est une chose, choisir de les diffuser sur des réseaux sociaux tels que Facebook en est une autre en raison du mode de fonctionnement particulier et bien connu de ces outils de communication [...]. »⁵⁰

La Cour suprême du Canada reconnaissait elle aussi qu'en raison du moyen d'expression puissant qu'il représente, Internet peut constituer un moyen extrêmement efficace de répandre des propos diffamatoires⁵¹. C'est donc dire que les plateformes en ligne ne donnent pas carte blanche pour dire ce que l'on veut, et quiconque utilise ce type de forum doit être conscient que le contenu publié peut être source de diffamation et que sa responsabilité est alors susceptible d'être engagée⁵².

Or, dans bien des cas, l'apparence d'anonymat créé par Internet peut générer un faux sentiment de sécurité auprès des utilisateurs, qui ne réalisent pas toujours l'ampleur des conséquences possibles à la suite de la diffusion d'un commentaire laissé en ligne, comme l'illustrent les propos de certains participants lors des groupes de discussion :

« *It is anonymous then there is no risk.* » *Ouest, Maritimes*

⁴⁵ *Prud'homme c. Prud'homme* 2002 CSC 85, par. 34.

⁴⁶ *Corriveau c. Canoë inc.*, 2010 QCCS 3396, par. 40, conf. par 2012 QCCA 109 ; Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-295.1.

⁴⁷ *Crookes c. Newton*, 2011 CSC 47, par. 16 ; *Corriveau c. Canoë inc.*, 2010 QCCS 3396, par. 40, conf. par 2012 QCCA 109 ; Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-295.1.

⁴⁸ *9184-8630 c. Bouchard*, 2019 QCCS 219, par. 79.

⁴⁹ *9329-6481 Québec inc. c. Ouimet*, 2020 QCCS 3472, par. 74.

⁵⁰ *Ventilation Daniel Martel inc. c. Cossette*, 2021 QCCQ, par. 59.

⁵¹ *Crookes c. Newton*, 2011 CSC 47, par. 37.

⁵² *9329-6481 Québec inc. c. Ouimet*, 2020 QCCS 3472, par. 74 ; *Peterson v. Deck*, 2021 BCSC 1670, par. 34.

En somme, si la *cyberdiffamation* peut accroître l'étendue du préjudice subi, en raison de sa capacité à rejoindre un vaste auditoire, il n'en demeure pas moins que pour décider du caractère diffamatoire ou non des propos, il faudra s'en remettre aux règles applicables dans chaque province.

1.1.2 Le régime applicable au Québec

Au Québec, il n'existe pas de régime particulier en matière de diffamation⁵³. La protection du droit à la sauvegarde de sa réputation et le recours permettant de faire cesser une atteinte portée à ce droit fondamental et d'obtenir la réparation du préjudice subi se retrouvent dans la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁴, tandis que les règles permettant d'engager la responsabilité de l'auteur de propos diffamatoires demeurent régies par le régime de responsabilité civile au sens de l'article 1457 C.c.Q.⁵⁵. Les actions civiles fondées sur un recours en diffamation constituent donc un amalgame des recours figurant au sein de la Charte québécoise et du Code civil⁵⁶. L'absence de régime particulier en matière de diffamation a amené certains auteurs à se questionner sur l'harmonie possible entre ces règles dans un contexte particulier où des droits fondamentaux découlant d'une loi quasi constitutionnelle sont en cause⁵⁷.

Selon l'état actuel du droit, une entreprise qui souhaite poursuivre un consommateur en diffamation devra démontrer, selon la prépondérance des probabilités, trois éléments, à savoir une faute, un préjudice et un lien de causalité entre ces deux derniers éléments⁵⁸.

La faute s'évalue selon le critère de la personne raisonnable. Le tribunal doit se demander si une personne avisée, diligente et attentive aux droits d'autrui aurait agi de la même manière⁵⁹. De façon générale, la doctrine et la jurisprudence s'entendent pour dire que la faute peut résulter de deux types de conduites, l'une malveillante, l'autre négligente :

« La première est celle où le défendeur, sciemment, de mauvaise foi, avec intention de nuire, s'attaque à la réputation de la victime et cherche à la ridiculiser, à l'humilier, à l'exposer à la haine ou au mépris du public ou d'un groupe [...]. La seconde résulte d'un comportement dont la volonté de nuire est

⁵³ *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, par. 22.

⁵⁴ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art. 49 al. 1.

⁵⁵ *Prud'homme c. Prud'homme* 2002 CSC 85, par. 32. Plus précisément, la Cour suprême assimile l'atteinte à un droit fondamental à une faute civile, dont le droit à la réparation dépend de la preuve des éléments constitutifs de la responsabilité civile énoncés à l'article 1457 C.c.Q. : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 RCS 345, par. 120, 121 et 124.

⁵⁶ *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, par. 23.

⁵⁷ Mariève LACROIX, « 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* » (2016) 93 R du B can 675 ; François HÉNAULT, *La conciliation de la Charte des droits et libertés de la personne et du Code civil du Québec en matière de diffamation*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2017, p. 103 ; Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-264.

⁵⁸ *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991, art. 1457; *Prud'homme c. Prud'homme* 2002 CSC 85, par. 32.

⁵⁹ Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-301.

absente, mais où le défendeur a, malgré tout, porté atteinte à la réputation de la victime par sa témérité, sa négligence, son impertinence ou son incurie [...]. »⁶⁰

Une fois cette faute établie, il faudra démontrer la présence de dommages. Bien que discrétionnaire, et laissant une bonne marge de manœuvre au juge du procès, l'évaluation du préjudice dépend de divers éléments, tels que « [...] la gravité de l'acte, l'intention de l'auteur, la diffusion de la diffamation, la condition des parties, la portée de la diffamation sur la victime et ses proches et la durée de l'atteinte et de ses effets »⁶¹.

La diffamation donne généralement lieu à des dommages-intérêts non pécuniaires lorsqu'il s'agit de « [...] réparer l'humiliation, le mépris, la haine ou le ridicule générés par les propos répréhensibles »⁶². Le plus haut tribunal du pays mentionnait, à ce sujet, que l'évaluation de dommages non pécuniaires relève davantage d'un exercice philosophique et social plutôt que juridique et logique⁶³. Cela explique sans doute pourquoi la jurisprudence n'accorde souvent qu'une compensation symbolique pour les dommages non pécuniaires⁶⁴. À cela peuvent s'ajouter des dommages-intérêts pécuniaires, dans l'optique où le demandeur a subi un préjudice économique découlant des propos tenus par le défendeur⁶⁵.

Au Québec, les articles 49 C.d.l.p. et 1621 C.c.Q. permettent également d'accorder des dommages punitifs en cas d'atteinte intentionnelle et illicite à un droit reconnu par la Charte⁶⁶. Les tribunaux prennent généralement une telle décision lorsqu'ils arrivent à la conclusion que les propos ont été tenus dans le but précis de nuire à la partie demanderesse⁶⁷. L'objectif dans un tel cas ne réside plus dans l'indemnisation de la victime ; il s'agit plutôt « [...] de protéger plus adéquatement la réputation des personnes par la prise de conscience, par la population, qu'une forme d'amende peut être imposée si leur comportement est outrageant »⁶⁸. On veut ainsi affirmer qu'une telle conduite n'est pas tolérée et qu'elle vaut une punition à celui qui en est l'auteur.

Au demeurant, lorsque la diffamation a été effectuée via Internet, le tribunal possédera la discrétion d'accorder non seulement des dommages-intérêts, mais aussi d'ordonner que le matériel diffamatoire soit retiré par l'auteur des propos litigieux⁶⁹. Bien entendu, il demeure

⁶⁰ *Prud'homme c. Prud'homme* 2002 CSC 85, par. 35 ; Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-297.

⁶¹ *9080-5128 Québec inc. c. Morin-Ogilvy*, 2012 QCCS 1464, par. 82.

⁶² *Métromédia CMR Montréal inc. c. Johnson*, 2006 QCCA 132, par. 98 ; *Ventilation Daniel Martel inc. c. Cossette*, 2021 QCCQ 744, par. 46.

⁶³ *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, p. 261 ; *G & B Maternité c. Claveau*, 2019 QCCQ 48, par. 156.

⁶⁴ Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-610.01.

⁶⁵ Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-604.

⁶⁶ En l'espèce, il s'agit du droit à la protection de sa réputation, art. 4 C.d.l.p.

⁶⁷ À noter qu'une personne morale peut réclamer des dommages punitifs : *Hôtel Clarendon inc. c. Lessard*, 2021 QCCQ 7581, par. 92 ; Christian BRUNELLE et Mélanie SAMSON, « La mise en œuvre des droits et libertés en vertu de la Charte québécoise », dans *Collection de droit 2022-2023, École du Barreau du Québec*, vol. 8., *Droit public et administratif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2022, p. 109, aux pages 112 à 116.

⁶⁸ *9190-6206 c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361, par. 68.

⁶⁹ Vincent KARIM, *Les obligations*, 5^e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, par. 3322.

néanmoins difficile, voire impossible, de retirer le partage de la publication par d'autres utilisateurs. Le juge pourra, en outre, exiger de la part de l'auteur une exécution en nature, qui prendra la forme d'une rétraction de ses propos ou de la rédaction d'une lettre d'excuses⁷⁰.

1.1.3 L'encadrement dans les provinces de common law

Contrairement au Québec, les provinces de common law possèdent des lois spécifiques en matière de diffamation⁷¹. Le libellé de ces lois se trouve toutefois de plus en plus désuet puisque les dispositions de ces lois sont généralement centrées sur les cas de diffamation dans la presse écrite ou diffusée⁷². En vertu de la common law, celui qui désire faire valoir qu'il a été victime de diffamation devra faire la preuve de trois critères essentiels :

« (1) que les mots en cause sont diffamatoires au sens où ils tendent à entacher sa réputation aux yeux d'une personne raisonnable (2) que ces mots visent bel et bien le demandeur et (3) qu'ils ont été diffusés, c'est-à-dire qu'ils ont été communiqués à au moins une personne autre que le demandeur. »⁷³

De façon générale, il y a diffamation :

« 1) si le sens littéral des propos incriminés est diffamatoire ; 2) si les mots incriminés ne sont pas diffamatoires dans leur sens naturel et ordinaire, mais leur sens basé sur des circonstances extrinsèques propres à certains lecteurs (le sens "légal" ou "vrai" des insinuations) est diffamatoire ; ou 3) si le sens déductif ou l'impression laissée par les mots incriminés est diffamatoire (le sens "faux" ou "populaire" de l'insinuation). »⁷⁴ (notre traduction)

Dès que les conditions sont satisfaites, le demandeur sera réputé s'être déchargé de son fardeau et il y aura présomption voulant que les propos soient faux et préjudiciables⁷⁵. Bien que le demandeur n'ait pas à établir que le défendeur avait l'intention de lui nuire,

⁷⁰ Vincent KARIM, *Les obligations*, 5^e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, par. 3322.

⁷¹ *Defamation Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. D-5 ; *Defamation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 122 ; *Defamation Act*, R.S.N.L. 1990, c. D-3 ; *Defamation Act*, R.S.A. 2000, c. D-7 ; *Loi sur la diffamation*, L.R.T.N.-O. 1988, c. D-1 ; *Loi sur la diffamation*, L.R.T.N.-O. (Nu) 1988, c. D-1 ; *Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, c. L.12 ; *Loi sur la diffamation*, L.R.Y. 2002, c. 52 ; *Loi sur la diffamation*, C.P.L.M., c. D20 ; *Loi sur la diffamation*, L.R.N.-B. 2011, c. 139 ; *Libel and Slander Act*, R.S.B.C. 1996, c. 263 ; *The Libel and Slander Act*, R.S.S. 1978, c. L-14. À l'exception de l'Ontario, la Colombie-Britannique et la Saskatchewan, les provinces canadiennes ne font plus de distinction entre le « libel » et le « slander » : il s'agit de deux formes de diffamation. Tandis que la première réfère à la diffamation écrite, la deuxième réfère plutôt à la diffamation verbale. Cette distinction a un impact concernant le fardeau de preuve puisque dans un cas de « slander », le demandeur doit démontrer que les propos lui ont causé un préjudice particulier.

⁷² COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO, *La diffamation à l'époque de l'internet Document de consultation*, Toronto, 2017, p. 20.

⁷³ *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 28.

⁷⁴ *Lawson v. Baines*, 2012 BCCA 117, par. 13.

⁷⁵ *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 28. À noter que dans les provinces qui distinguent encore le libel et le slander, le préjudice n'est présumé que pour le libel.

il doit tout de même établir que ce dernier avait l'intention de diffuser les propos ou encore que ceux-ci ont été diffusés par négligence⁷⁶.

Le fardeau de la preuve du recours en diffamation en common law est donc inversé par rapport au droit civil québécois. Si en droit civil la bonne foi se présume et qu'il revient au demandeur de démontrer la conduite fautive du défendeur, le régime de responsabilité stricte en common law présume plutôt la malveillance de l'auteur des propos dès que le demandeur réussit à démontrer que ceux-ci sont par nature diffamatoires⁷⁷. Ici, la responsabilité ne dépend donc pas d'une faute quelconque du défendeur, mais elle s'infère de l'existence même de la diffamation. Certains auteurs critiquent cette approche et suggèrent d'ajouter un quatrième élément aux trois critères de la diffamation, lequel nécessiterait de faire la démonstration d'un comportement déraisonnable⁷⁸.

Cela étant, certains moyens de défense pourront être invoqués afin que l'auteur des propos puisse échapper à une condamnation⁷⁹. Parmi ceux-ci, on trouve la défense de justification, le commentaire loyal et la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public ainsi que l'immunité absolue⁸⁰ et relative⁸¹.

En ce qui a trait aux dommages, trois types de dommages-intérêts compensatoires sont reconnus : généraux, majorés (ou aggravés) et spéciaux⁸². Les dommages-intérêts généraux sont présumés, sans qu'il soit nécessaire de prouver le préjudice réel, dès lors que la diffamation est établie et qu'aucun des moyens de défense ne trouve application⁸³. Ces dommages visent à indemniser le plaignant pour l'atteinte à sa réputation et à ses sentiments⁸⁴. Pour ce faire, les facteurs pris en compte sont les mêmes que ceux établis en droit civil québécois. Dans le cas d'une personne morale, ces dommages viseront à compenser le préjudice causé à sa réputation commerciale⁸⁵.

Bien qu'il existe une présomption de dommages, il n'existe pas de présomption selon laquelle les dommages subis atteignent un seuil substantiel. Il en résulte que la preuve du préjudice sera néanmoins nécessaire pour étayer une attribution substantielle de dommages-intérêts⁸⁶. Les tribunaux pourront d'ailleurs accorder des dommages-intérêts

⁷⁶ COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO, *La diffamation à l'époque de l'internet Document de consultation*, Toronto, 2017, p. 50.

⁷⁷ *Prud'homme c. Prud'homme* 2002 CSC 85, par. 57.

⁷⁸ Raymond E. BROWN, *The Law of Defamation in Canada*, vol. 2, Scarborough (Ontario), Carswell, 1994, p.1- 40 ; Denis W BOIVIN, « Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation » (1997) 22:2 Queen's LJ 229, p. 286-288.

⁷⁹ Bien que non transposables en tant que tels en droit civil québécois, ces moyens de défense pourront tout de même être considérés dans l'analyse contextuelle de la faute : *Prud'homme c. Prud'homme* 2002 CSC 85, par. 60.

⁸⁰ Ne trouvant pas application dans le cadre de notre recherche, nous ne traiterons pas de l'immunité absolue.

⁸¹ François HÉNAULT, *La conciliation de la Charte des droits et libertés de la personne et du Code civil du Québec en matière de diffamation*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2017, p. 66 à 68.

⁸² *Paramount v. Kevin J. Johnston*, 2019 ONSC 2910, par. 66.

⁸³ *New Dermamed Inc. v. Sulaiman*, 2018 ONSC 2517, par. 32, conf. par 2019 ONCA 141.

⁸⁴ *Lee v. Lee*, 2000 BCSC 1770, par. 20.

⁸⁵ *Lee v. Lee*, 2000 BCSC 1770, par. 20 ; *Hee Creations Group Ltd. v. Chow*, 2018 BCSC 260, par. 109.

⁸⁶ *Acumen Law Corporation v. Nguyen*, 2018, BCSC 961, par. 23.

pour outrage lorsque le demandeur gagne techniquement le procès, mais que le tribunal souhaite signaler sa désapprobation⁸⁷.

Des dommages-intérêts majorés seront accordés dans les cas de diffamation où la conduite des défendeurs a été particulièrement outrageuse, oppressive et accroît l'humiliation et l'anxiété des demandeurs⁸⁸. Pour accorder ces dommages, il faudra conclure que le défendeur était motivé par une malveillance véritable et a ainsi accru le préjudice subi par le demandeur⁸⁹. Une personne morale telle qu'une entreprise ne pourrait techniquement pas recevoir ce type de dommages puisqu'ils visent à compenser les sentiments blessés⁹⁰.

Dans certaines situations, des dommages spéciaux pourront être octroyés s'ils sont le résultat direct et immédiat de la diffamation. Une preuve supplémentaire sera alors ici nécessaire. Par exemple, le fait de perdre une opportunité commerciale à cause des propos diffamatoires pourra être compensé par ce type de dommages⁹¹. Une entreprise ne devrait donc pas recevoir des dommages spéciaux, à moins de démontrer une perte financière réelle⁹².

Plutôt que d'être compensatoires, des dommages nominaux pourront être accordés :

« [...] lorsque la conduite intentionnelle de la partie défenderesse n'entraîne ni gain pour elle-même ni perte véritable pour le demandeur. L'objectif de cette réparation n'est donc pas de compenser ou de restituer, mais tout simplement de signaler la violation d'un droit. »⁹³

Tout comme en droit civil québécois, les dommages-intérêts punitifs en common law ont pour but de punir l'auteur de propos diffamatoires. Ils représentent un moyen par lequel le tribunal exprime son indignation face à la conduite de l'auteur des propos⁹⁴.

En somme, ce sont les principes applicables aux poursuites en diffamation que nous venons d'examiner qui seront mobilisés par les décideurs dans les litiges impliquant une critique en ligne

⁸⁷ Jamie CASSELS et Elizabeth ADJIN-TETTEY, *Remedies : The Law of Damages*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 281 et 285. À titre d'exemple, voir la décision *Acumen Law Corporation v. Nguyen*, 2018 BCSC 961, par. 36 à 39. Dans cette décision, afin de démontrer sa désapprobation envers l'action du demandeur, le tribunal lui a accordé la somme de 1,00 \$.

⁸⁸ *Hill c. Église de Scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130, par.188.

⁸⁹ *Hill c. Église de Scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130, par. 190.

⁹⁰ *Walsh Energy Inc. (The Energy Centre) v. Better Business Bureau of Ottawa-Hull Incorporated/Bureau d'éthique commercial d'Ottawa-Hull Incorporée (Better Business Bureau Serving Eastern and Northern Ontario and the Outaouais)*, 2012 ONSC 5819 par. 45, conf. par 2018 ONCA 383. À noter que certains juges semblent tout de même accorder ce type de dommages à une entreprise : voir *Hee Creations Group Ltd. v. Chow*, 2018 BCSC 260, par. 130.

⁹¹ À titre d'exemple, voir *Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, c. L.12., art. 16.

⁹² *Walsh Energy Inc. (The Energy Centre) v. Better Business Bureau of Ottawa-Hull Incorporated/Bureau d'éthique commercial d'Ottawa-Hull Incorporée (Better Business Bureau Serving Eastern and Northern Ontario and the Outaouais)*, 2012 ONSC 5819, par. 45, conf. par 2018 ONCA 383.

⁹³ Louise BÉLANGER-HARDY et Denis BOIVIN, *La responsabilité civile délictuelle en common law*, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 395.

⁹⁴ *Paramount v. Kevin J. Johnston*, 2019 ONSC 2910, par. 79.

à l'endroit d'une entreprise. La prochaine section s'intéressera d'ailleurs aux paramètres dégagés par les tribunaux face aux critères formulés par les consommateurs sur les plateformes en ligne.

1.2 Les paramètres guidant la liberté d'expression du consommateur

Bien qu'aucun consommateur rencontré lors de nos groupes de discussion n'ait admis avoir reçu de mise en demeure ou de procédure judiciaire à la suite de la publication d'une critique négative, une augmentation importante de recours judiciaires entrepris contre un consommateur pour une critique formulée à l'égard d'une entreprise s'observe depuis les dernières années. Il semble que les entreprises judiciaient ce phénomène de critiques en ligne dans le but de préserver ou de rétablir leur réputation⁹⁵.

Bien évidemment, ce sont les tribunaux qui auront la responsabilité ultime de déterminer si le consommateur a effectivement outrepassé sa liberté d'expression en diffamant l'entreprise. En la matière, chaque critique formulée demeure un cas d'espèce, d'autant plus que certaines divergences s'observent dans le traitement de ces litiges selon qu'il s'agit du régime civiliste ou de la common law. Il demeure tout de même possible de dégager certaines tendances communes à ces deux régimes quant aux paramètres établis par les tribunaux à l'occasion d'une poursuite en diffamation intentée par une entreprise.

La malveillance est sans conteste le motif le plus souvent retenu par les tribunaux lorsque ces derniers concluent qu'il y a eu diffamation. Un commentaire émis uniquement dans le but d'importuner et de harceler, ou encore de blesser ou de punir une personne, équivaudra généralement à de la malveillance⁹⁶. Dans le cas plus précis de diffamation par un consommateur à l'égard d'une entreprise, nous avons répertorié certains éléments qui seront pris en compte par les décideurs. Parmi les éléments servant à évaluer la légalité des propos tenus par le consommateur, les tribunaux prendront en considération la présence d'un langage abusif ou d'attaques personnelles (1.2.1), l'utilisation des plateformes numériques pour ses intérêts personnels (1.2.2), l'organisation d'une campagne de dénigrement et la diffusion de propos mensongers (1.2.3) ainsi que la durée et la portée de la publication (1.2.4). De façon générale, de telles poursuites risquent d'occasionner de lourdes conséquences financières pour le consommateur ne s'étant pas conformé aux paramètres énumérés ci-dessus (1.2.5).

1.2.1 Un langage abusif et des attaques personnelles

Les participants aux groupes de discussion considèrent généralement que les mots qu'ils emploient pour critiquer une entreprise sont respectueux et courtois. Certains consommateurs ont toutefois reconnu avoir exprimé leur frustration et exaspération envers l'entreprise dans leurs commentaires. Or, le choix des termes utilisés a une importance capitale dans l'appréciation des

⁹⁵ Ce constat découle de la jurisprudence récente que nous avons étudiée. Cette tendance s'observe de façon plus générale à l'égard des dénonciations en ligne : Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-292.

⁹⁶ *Zoutman v. Graham*, 2019 ONSC 2834, par. 101, conf. par 2020 ONCA 267.

critères servant à évaluer la diffamation. Ainsi, des termes tels que « voleur »⁹⁷, « escroc »⁹⁸, ou encore « crosseur »⁹⁹ ont été jugés constitutifs de propos méprisants, ayant pour but de discréditer l'entreprise aux yeux du public et d'entraîner une perte d'estime ou de considération¹⁰⁰. Après tout, « [...] une personne honnête ne veut pas faire affaire avec un voleur »¹⁰¹. Laisser sous-entendre et insinuer que l'entreprise s'adonne à des activités illégales, malhonnêtes ou frauduleuses aura aussi pour effet de porter atteinte à l'image de l'entreprise, par le caractère diffamant et tendancieux que présentent de tels propos¹⁰².

Qui plus est, les décideurs devront dans leur analyse s'en remettre au sens naturel et ordinaire que les mots contestés ont suscité dans l'esprit du lecteur¹⁰³, au lieu de tenter d'en déduire la signification que l'auteur a voulu véritablement leur donner. À titre d'exemple, dans une décision où une consommatrice avait tenté de justifier l'emploi des mots tricher et tromper comme signifiant qu'elle n'avait pas été satisfaite des services fournis, et non comme signifiant qu'il s'agissait de fraude, le tribunal a considéré qu'il s'agissait plutôt d'une déclaration se présentant comme étant un fait par opposition à un commentaire subjectif ou une impression personnelle¹⁰⁴.

Une nuance s'impose toutefois en la matière. En de rares occasions, en se fondant sur la crédibilité de l'auteur et sur la teneur exagérée de ses propos, les tribunaux ont néanmoins considéré que les propos désobligeants n'avaient pas pour effet de réduire ou d'affecter l'estime ou la réputation des demandeurs, car toute personne dotée d'un minimum de discernement n'y aurait pas accordé d'importance¹⁰⁵. Cela n'est pas sans rappeler le raisonnement adopté par la majorité de la Cour suprême dans l'affaire *Bou Malhab*, où les propos tenus par le défendeur étaient tellement invraisemblables et outranciers qu'une personne raisonnable n'y aurait pas accordé foi¹⁰⁶. Bien entendu, cela ne signifie pas qu'un consommateur doive exagérer ses propos pour

⁹⁷ 9190-6206 *Québec inc. c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361, par. 23 et 24.

⁹⁸ 9190-6206 *Québec inc. c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361, par. 24 ; *J. Mao Dentistry Professional Corporation (Aba Dental Clinic) v. Boulet*, 2019 CanLII 31631 (ON SCSM), par. 6.

⁹⁹ *Salon Karo Pro Koiffe c. Lafferrière*, 2019 QCCS 4352, par. 15 et 16. Dans une autre affaire, les défendeurs ont publié une critique dans laquelle ils ont mentionné que l'entreprise aimait bien « fourrer » le monde : 9353-0913 *Québec inc. c. Paré*, 2019 QCCQ 4324, par. 13.

¹⁰⁰ 9190-6206 *Québec inc. c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361, par. 38 ; *Hee Creations Group Ltd. v. Chow*, 2018 BCSC 260, par. 106 ; *Salon Karo Pro Koiffe c. Lafferrière*, 2019 QCCS 4352, par. 27 ; *J. Mao Dentistry Professional Corporation (Aba Dental Clinic) v. Boulet*, 2019 CanLII 31631 (ON SCSM), par. 25.

¹⁰¹ 9190-6206 *Québec inc. c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361, par. 37.

¹⁰² *Hee Creations Group Ltd. v. Chow*, 2018 BCSC 260, par. 106 et 107 ; *White c. Zed*, 2018 NBBR 176, par. 17, conf. par 2019 NBCA 86 ; 9184-8630 *Québec inc. c. Bouchard*, 2019 QCCS 919, par. 41 ; *Salon Karo Pro Koiffe c. Lafferrière*, 2019 QCCS 4352, par. 26 ; *Ayotte c. Chiamonte*, 2019 QCCS 851, par. 34 ; *Slater Vecchio LLP v. Arvanitis*, 2019 BCSC 1156, par. 24 ; *Ventilation Daniel Martel inc. c. Cossette*, 2021 QCCQ 744, par. 20 à 22 : À noter que dans cette décision, bien que la défenderesse ait été poursuivie en son nom personnel, celle-ci avait engagé le demandeur pour qu'il effectue des réparations dans son commerce ; *Chase v. Anfinson*, 2018 BCSC 856, par. 78. Dans cette décision, l'emploi des termes « escroc », « voleur » et « fraudeur », même si ceux-ci constituent un langage fort, faisait partie des interprétations qui pouvaient être données à la conduite du demandeur. Précisons que dans cette décision, c'est l'entreprise qui a été poursuivie pour avoir tenu des propos en ligne à l'endroit d'un consommateur qui ne l'avait pas payé pour les services rendus.

¹⁰³ *White c. Zed*, 2018 NBBR 176, par. 17, conf. par 2019 NBCA 86 ; *Zoutman v. Graham*, 2019 ONSC 2834, par. 69, conf. par 2020 ONCA 267 ; *Mantini v. Smith Lyons LLP*, 2003 CanLII 22736 (ON CA), par. 10.

¹⁰⁴ *Niu v. Cao*, 2020 ONSC 5407, par. 30, et 93 à 96.

¹⁰⁵ *Acumen Law Corporation v. Nguyen*, 2018 BCSC 961, par. 13, 14, 15 et 37 ; 910938 *Ontario Inc v. Moore*, 2020 ONSC 4553, par. 37 et 38.

¹⁰⁶ *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, par. 90.

espérer obtenir un verdict favorable, d'autant plus que dans la majorité des cas, des propos particulièrement outrageants et malveillants seront sévèrement sanctionnés.

Au-delà de l'emploi d'un langage abusif, le recours aux attaques personnelles et insultes¹⁰⁷ sera aussi sévèrement réprimé par les tribunaux¹⁰⁸ et ne pourra être jugé comme étant une question d'intérêt public¹⁰⁹. Une attention particulière sera aussi accordée aux propos attaquant directement l'intégrité et le professionnalisme de personnes pour qui de telles qualités occupent une importance capitale, dont les médecins, dentistes, avocats, courtiers immobiliers, etc.¹¹⁰.

Il importe donc de distinguer le commentaire qui vise à critiquer l'entreprise en tant que personne morale par rapport à celui qui s'attaque aux personnes physiques œuvrant pour celle-ci¹¹¹. Il n'est d'ailleurs pas rare de voir une poursuite engagée à la fois par l'entreprise et par ses dirigeants, lorsque ces derniers considèrent aussi que leur réputation personnelle a été entachée par les propos tenus¹¹².

Sur ce point, la France propose une distinction lorsque la critique vise directement l'entreprise ou un membre du personnel, par contraste avec la critique concernant uniquement un produit ou service offert par cette entreprise. Dans le premier cas, la critique tombera sous le délit de diffamation soumis au droit pénal¹¹³, alors que dans le second, elle sera qualifiée de dénigrement assujéti au droit commun¹¹⁴. Cette distinction pourrait-elle inspirer les tribunaux canadiens pour atténuer la responsabilité du consommateur lorsque les propos visent uniquement les produits et services de l'entreprise ?

¹⁰⁷ Par exemple, le fait de traiter les préposés d'idiots, d'obèses morbides ou de tas de fumier ou encore, de proférer des attaques islamophobes ou d'inconvenance sexuelle ; voir les décisions suivantes sur le sujet : *White c. Zed*, 2018 NBBR 176, par. 12, conf. par 2019 NBCA 86 ; *Huff v. Zuk*, 2019 ABQB 691, par. 37 et 38, conf. par 2021 ABCA 60 ; *Paramount v. Kevin J. Johnston*, 2019 ONSC 2910, par. 19 ; *Ayotte c. Chiaramonte*, 2019 QCCS 851, par. 6 ; *910938 Ontario Inc v. Moore*, 2020 ONSC 4553, par. 9.

¹⁰⁸ *White c. Zed*, 2018 NBBR 176, par. 17, conf. par 2019 NBCA 86 ; *Paramount v. Kevin J. Johnston*, 2019 ONSC 2910, par. 51 ; *Ayotte c. Chiaramonte*, 2019 QCCS 851, par. 40 ; *Huff v. Zuk*, 2019 ABQB 691, par. 65 et 75, conf. par 2021 ABCA 60.

¹⁰⁹ *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 105 ; *Paramount v. Kevin J. Johnston*, 2019 ONSC 2910, par. 61 ; *910938 Ontario Inc v. Moore*, 2020 ONSC 4553, par. 19.

¹¹⁰ *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S., 1130, par. 118 ; *Ayotte c. Chiaramonte*, 2019 QCCS 851, par. 22 et 34 ; *Zoutman v. Graham*, 2019 ONSC 2834, par. 70, conf. par 2020 ONCA 267 ; *Slater Vecchio LLP v. Arvanitis*, 2019 BCSC 1156, par. 24 ; *Tremblay c. Gordon*, 2020 QCCS 1166, par. 32, 33 et 65 ; *Niu v. Cao*, 2020 ONSC 5407, par. 154 ; *Peterson v. Deck*, 2021 BCSC 1670, par. 48.

¹¹¹ Un juge de la Cour du Québec rappelait d'ailleurs que le fait de viser une entreprise, sans nommer de personnes précises, ne sera pas suffisant pour que celles-ci puissent obtenir compensation : *Hôtel Clarendon inc. c. Lessard*, 2021 QCCQ 7581, par. 98.

¹¹² Pour des exemples où une poursuite a été engagée à la fois par l'entreprise et par les dirigeants, voir notamment les décisions suivantes : *Acumen Law Corporation v. Nguyen*, 2018 BCSC 961 ; *Produits et excursions de pêche Bruno Morency inc. c. Côté*, 2018 QCCQ 10700 ; *Salon Karo Pro Koiffe c. Lafferrière*, 2019 QCCS 4352 ; *910938 Ontario Inc v. Moore*, 2020 ONSC 4553 ; *Ventilation Daniel Martel inc. c. Cossette*, 2021 QCCQ 744 ; *Canadian Thermo Windows Inc. v. Seangio*, 2021 ONSC 6555.

¹¹³ *Loi sur la Liberté de la Presse*, 29 juillet 1881, art. 29 al. 1. Le délit de diffamation est punissable d'une amende de 12 000 euros pouvant aller jusqu'à 45 000 euros et un an d'emprisonnement lorsque les propos sont racistes, sexistes, homophobes ou handiphobes. Ce délit se prescrit par trois mois suivant la publication litigieuse.

¹¹⁴ *Code civil*, art. 1240. Ce sera notamment le cas lorsque le commentaire porte atteinte aux produits ou services ou à l'image de marque, engendrant une influence négative sur la clientèle. Le délai de prescription est de 5 ans.

1.2.2 L'utilisation des plateformes numériques pour ses intérêts personnels

Si dans certaines circonstances la preuve de la malveillance relève des déclarations en elles-mêmes, dans d'autres cas, elle est plutôt déduite de la conduite du défendeur. La malveillance émane de tout motif indirect ou but inavoué autre que le sens du devoir¹¹⁵.

Dans certains cas, la publication du consommateur sera animée par un sentiment de vengeance ou de colère¹¹⁶, tandis que dans d'autres cas, il cherchera simplement à exprimer son mécontentement et son insatisfaction envers l'entreprise¹¹⁷. Là-dessus, certains participants ont mentionné lors des groupes de discussion que les critiques en ligne avaient une fonction thérapeutique, en leur permettant d'exprimer leur frustration, notamment dans des situations où ils considèrent que l'entreprise leur a manqué de respect ou a été malhonnête :

« I was frustrated and angry and wanted to express my feelings. I wanted to get my feelings heard and get my frustration out. » Oust

De façon générale, un client sera plus susceptible de se venger lorsqu'il se sent trahi¹¹⁸. Plutôt que de chercher à obtenir réparation, ce client lésé tentera de se faire justice en infligeant un coût à l'entreprise prise en défaut, en tentant par exemple de nuire à son image¹¹⁹. Or, aux yeux des tribunaux, ce type de discours ne relève pas de l'intérêt public¹²⁰. Certaines décisions signalent que les médias sociaux ne doivent pas devenir un lieu public d'étalage des états d'âme ni servir à se vider le cœur¹²¹. Un juge de la Cour supérieure de l'Ontario faisait d'ailleurs remarquer que si le consommateur avait limité ses remarques à son expérience ou aux compétences de l'entreprise, sa publication en ligne n'aurait probablement pas constitué de la diffamation¹²². Or, dans ce cas-ci, il fut jugé que la déclaration était fausse, blessante et probablement motivée par

¹¹⁵ *Hill c. Église de Scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130, par. 145.

¹¹⁶ *9190-6206 Québec inc. c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361, par. 45 ; *Slater Vecchio LLP v. Arvanitis*, 2019 BCSC 2369, par. 38 ; *910938 Ontario Inc v. Moore*, 2020 ONSC 4553, par. 37 ; *Tremblay c. Gordon*, 2020 QCCS 1166, par. 17.

¹¹⁷ *9190-6206 Québec inc. c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361, par. 45 ; *Hee Creations Group Ltd. v. Chow*, 2018 BCSC 260, par. 95 ; *White c. Zed*, 2018 NBBR 176, par. 11, conf. par 2019 NBCA 86 ; *New Dermamed Inc. v. Sulaiman*, 2018 ONSC 2517, par. 34, conf. par 2019 ONCA 141 ; *Salon Karo Pro Koiffe c. Lafferrière*, 2019 QCCS 4352, par. 9 ; *Canadian Thermo Windows Inc. v. Seangio*, 2021 ONSC 6555, par. 30 ; *Peterson v. Deck*, 2021 BCSC 1670, par. 59 et 60.

¹¹⁸ Les actes de trahison comprennent les situations dans lesquelles les clients pensent que les entreprises ont menti, essayé de les exploiter, rompu leur promesse ou divulgué des informations confidentielles : Yany GRÉGOIRE et Robert J. FISHER, « Customer betrayal and retaliation: when your best customers become your worst enemies », (2008) 36:247, p. 250.

¹¹⁹ Yany GRÉGOIRE, Comment reconnaître et gérer les conciliateurs et les justiciers du web ?, 2018, p. 102.

¹²⁰ *Hee Creations Group Ltd. v. Chow*, 2018 BCSC 260, par. 101 ; *Zoutman v. Graham*, 2019 ONSC 2834, par. 101, conf. par 2020 ONCA 267 ; *9184-8630 Québec inc. c. Bouchard*, 2019 QCCS 919, par. 46 ; *Luc Crawford Design Inc., et al v. Mallowney et al.*, 2021 ONSC 7849, par. 60.

¹²¹ *9190-6206 Québec inc. c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361, par. 44 ; *Hee Creations Group Ltd. v. Chow*, 2018 BCSC 260, par. 132 ; *Zoutman v. Graham*, 2019 ONSC 2834, par. 108 et 109, conf. par 2020 ONCA 267 ; *G&B Maternité c. Claveau*, 2019 QCCQ 48, par. 148. Sur la question de la malveillance, un tribunal a conclu que, malgré le fait que les commentaires soient animés par la frustration du défendeur, ils pouvaient néanmoins se justifier par le fait que le défendeur n'avait pas été payé par le demandeur : *Chase v. Anfinson*, 2018 BCSC 856, par. 138.

¹²² *J. Mao Dentistry Professional Corporation (Aba Dental Clinic) v. Boulet*, 2019 CanLII 31631 (ON SC SM), par. 44.

une déception personnelle, ce qui a amené la Cour à conclure à une atteinte à la réputation de l'entreprise¹²³.

Certains consommateurs iront même jusqu'à reconnaître explicitement dans leurs propos que ceux-ci ont pour objectif de faire pression sur l'entreprise afin d'en arriver à une entente¹²⁴. Sur ce point, l'ensemble des participants rencontrés sont d'avis que la critique en ligne constitue une excellente façon de régler un problème puisqu'il s'agit parfois de la seule et unique manière d'exercer une pression sur une entreprise.

Certes, les médias sociaux ne doivent pas devenir un substitut du forum judiciaire, où chacun réglerait ses comptes publiquement ou tenterait d'obtenir justice. Les tribunaux n'hésiteront pas à admonester les consommateurs ayant choisi d'emprunter cette voie pour se faire justice et régler leur mésentente avec un commerçant¹²⁵. La Cour du Québec rappelle, à cet égard, que :

« Les parties et les témoins doivent prendre conscience du sérieux de tout geste posé sur internet même s'il peut sembler anodin de prime abord, tant en ce qui a trait à l'atteinte à la réputation d'un tiers, [qu'] à toute forme de procès tenu sur la place publique plutôt que sous l'œil bienveillant des Tribunaux qui s'assurent que soient respectées les règles de droit et de justice naturelle [...]. »¹²⁶

Bien que les décisions judiciaires en matière de diffamation soient essentiellement rendues par les tribunaux civils, des propos diffamatoires tenus en ligne pourraient tomber sous l'égide du *Code criminel*¹²⁷, qui protège lui aussi la réputation d'une personne par l'entremise de ses dispositions sur le libelle diffamatoire¹²⁸. Ainsi, en vertu du *Code criminel*, quiconque avec l'intention d'extorquer de l'argent publie ou menace de publier un libelle diffamatoire peut être coupable d'extorsion par libelle¹²⁹. Le consommateur publiant une critique en ligne, dans le but de se faire justice soi-même, risque donc non seulement de voir ses propos qualifiés de diffamatoires, au motif qu'ils sont malveillants et servent des intérêts purement personnels, mais il s'expose aussi à des poursuites en

¹²³ *J. Mao Dentistry Professional Corporation (Aba Dental Clinic) v. Boulet*, 2019 CanLII 31631 (ON SCSM), par. 44 Voir aussi les paragraphes 50 à 56 de la décision *Tremblay c. Gordon*, 2020 QCCS 1166 où le juge en arrive à un raisonnement similaire.

¹²⁴ *9184-8630 Québec inc. c. Bouchard*, 2019 QCCS 919, par. 10 et 45 ; *Blanchet c. Puribec inc.*, 2019 QCCQ 3141, par. 46 ; *9353-0913 Québec inc. c. Paré*, 2019 QCCQ 4324, par. 22 ; *Luc Crawford Design Inc., et al v. Mallowney et al.*, 2021 ONSC 7849, par. 50 à 52.

¹²⁵ *9190-6206 Québec inc. c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361, par. 34 ; *Hee Creations Group Ltd. v. Chow*, 2018 BCSC 260, par. 102.

¹²⁶ *Blanchet c. Puribec inc.*, 2019 QCCQ 3141, par. 152.

¹²⁷ LRC 1985, c C-46.

¹²⁸ Selon l'article 298(1), le libelle diffamatoire consiste « [...] en une matière publiée sans justification ni excuse légitime et de nature à nuire à la réputation de quelqu'un en l'exposant à la haine, au mépris ou au ridicule, ou destinée à outrager la personne contre qui elle est publiée ». Dans l'affaire *R. v. Simoes* rendue par une cour ontarienne, une consommatrice qui avait publié des évaluations défavorables au sujet d'un restaurant à Ottawa a subi des mesures de représailles par la propriétaire du restaurant qui a entrepris une campagne de harcèlement en créant un faux profil de la consommatrice sur un site de rencontres et en envoyant des courriels obscènes à son employeur. La propriétaire du restaurant a été reconnue coupable de libelle diffamatoire en vertu de l'article 298 du *Code criminel* et a été condamnée à une peine d'emprisonnement. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la déclaration de culpabilité, mais a réduit la durée de la peine d'emprisonnement à 90 jours à purger de façon discontinue : 2014 ONCA 144.

¹²⁹ *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art. 302.

matière criminelle s'il a tenté d'obtenir un remboursement ou un dédommagement sous la menace de publier une critique ou s'il a exigé une telle somme en échange de son retrait.

1.2.3 Les campagnes de dénigrement et les propos mensongers

En principe, l'appel au boycottage est un exercice licite de la liberté d'expression, à moins que celui-ci verse dans la diffamation¹³⁰. Ainsi, pourra être perçu comme étant illicite le fait d'inciter d'autres personnes à partager le commentaire ou de les encourager à critiquer l'entreprise ou à ne pas faire affaire avec cette dernière¹³¹. À titre d'illustration, le fait d'avoir incité ses amis à attribuer une étoile sur la page Facebook de l'entreprise a été jugé comme étant un comportement et une manœuvre inacceptables¹³². Dans un même ordre d'idées, la publication de propos sur la page Facebook de l'entreprise ou encore l'interpellation de ses clients pourra être considérée comme un facteur aggravant, dans la mesure où cette manœuvre vise à décourager directement la clientèle de l'entreprise de faire affaire avec celle-ci¹³³.

De plus, lorsque la publication a été faite en sachant qu'elle était fautive ou avec une indifférence téméraire quant à son caractère véridique ou mensonger, une conclusion de malveillance pourra être retenue¹³⁴. Notons que dans les provinces de common law, la défense de justification (ou de vérité) constitue habituellement la meilleure défense à faire valoir contre une poursuite en diffamation¹³⁵. Pour sa part, le droit civil ne s'intéresse pas à la véracité des propos, en ce sens que la responsabilité civile de leur auteur peut être engagée malgré le caractère véridique du message diffusé. Cette distinction observable entre le droit québécois et ceux en vigueur au sein des autres provinces canadiennes peut occasionner une certaine confusion auprès des consommateurs. En effet, la très grande majorité des participants des groupes de discussion du Québec ont mentionné, que selon eux, des propos vrais ne peuvent donner lieu à de la diffamation.

Il n'en demeure pas moins qu'en pratique, il s'agit d'une défense difficile à utiliser avec succès considérant la difficulté de prouver la véracité d'une affirmation¹³⁶. Il ne faut pas perdre de vue que les critiques en ligne comportent la plupart du temps une composante subjective, soit l'appréciation d'un consommateur quant à la qualité d'un bien ou d'un service reçu. Ce qui peut sembler vrai pour un consommateur ne l'est peut-être pas pour un autre. Quoi qu'il en soit, dans le contexte où les informations circulent et se répandent rapidement sur Internet et qu'il demeure

¹³⁰ *Éditions HMX inc. c. Le Clerc*, 2000 CanLII 17732 (QC CS), par. 16 ; *Poséidon Québec inc. c. Bureau*, 2022 QCCQ 4665, par. 172.

¹³¹ *G&B Maternité c. Claveau*, 2019 QCCQ 48, par. 116, 117 et 141 ; *Salon Karo Pro Koiffe c. Lafferrière*, 2019 QCCS 4352, par. 10 ; *Ventilation Daniel Martel inc. c. Cossette*, 2021 QCCQ 744, par. 23.

¹³² *Blanchet c. Puribec inc.*, 2019 QCCQ 3141, par. 153 et 162.

¹³³ *9190-6206 Québec inc. c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361, par. 58 ; *Ventilation Daniel Martel inc. c. Cossette*, 2021 QCCQ 744, par. 30 et 48.

¹³⁴ *White c. Zed*, 2018 NBBR 176, par. 22 et 23, conf. par 2019 NBCA 86 ; *G&B Maternité c. Claveau*, 2019 QCCQ 48, par. 125 ; *Zoutman v. Graham*, 2019 ONSC 2834, par. 97, conf. par 2020 ONCA 267 ; *Huff v. Zuk*, 2019 ABQB 691, par. 174, conf. par 2021 ABCA 60 : à noter que dans cette décision, il s'agit d'un professionnel qui en poursuit un autre. *9353-0913 Québec inc. c. Paré*, 2019 QCCQ 4324, par. 40 et 49 ; *Tremblay c. Gordon*, 2020 QCCS 1166, par. 62

¹³⁵ *White c. Zed*, 2018 NBBR 176, par. 15, conf. par 2019 NBCA 86.

¹³⁶ Sheryl N. HAMILTON et Sandra ROBINSON, *Law's Expression : Communication, Law and Media in Canada*, LexisNexis, 2019, p. 70.

difficile d'en évaluer la crédibilité, la seule existence du commentaire aura souvent eu l'effet escompté par son auteur, qu'il soit véridique ou non. Ainsi, « [...] que le message transmis soit fondé ou non, l'interprétation qu'en font les gens qui l'ont lu laisse des marques ineffaçables dans bien des cas »¹³⁷.

1.2.4 La durée et la portée de la diffusion

Dans un contexte de critiques en ligne, les critères permettant d'évaluer le préjudice subi demeurent les mêmes que pour les autres sources de diffamation¹³⁸. Toutefois, une importance accrue est accordée à deux critères spécifiques à la diffamation sur Internet, soit la durée et la portée de la diffusion¹³⁹.

En règle générale, les juges tiendront compte du nombre de personnes ayant eu accès à la publication ainsi que du nombre de jours durant lesquels elle aura été accessible au public. Ainsi, « [...] des propos diffamatoires diffusés à des dizaines de milliers d'auditeurs méritent généralement une plus grande compensation que ceux communiqués à un groupe restreint de lecteurs »¹⁴⁰. Mais si cette publication n'a été accessible que pendant une courte période et n'a fait l'objet d'aucune mention « J'aime », de commentaires et de partages, le préjudice subi s'en trouvera atténué¹⁴¹. À l'inverse, une publication accessible à un grand nombre d'auditeurs et sur une longue période aura pour effet d'accroître l'ampleur du préjudice vécu¹⁴². Le fait de publier le commentaire sur plusieurs plateformes et de le repartager à outrance peut être un indicateur de malveillance et donner lieu à des dommages-intérêts plus imposants¹⁴³.

Quoi qu'il en soit, et bien qu'elle puisse mener à un dérapage incontrôlé, la diffusion de propos sur les réseaux sociaux n'exempte pas la victime de faire la preuve du préjudice allégué¹⁴⁴. Effectivement, la simple connaissance des propos sur la page d'une entreprise, en l'absence d'une preuve concrète de préjudice, ne devrait pas être suffisante pour faire condamner l'auteur des propos. Nous avons indiqué précédemment que le régime de responsabilité civile en droit québécois, à l'intérieur duquel s'inscrit le recours en diffamation, requiert la preuve du préjudice subi pour engager la responsabilité du défendeur et le condamner à des dommages-intérêts.

¹³⁷ Vincent KARIM, *Les obligations*, 5^e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, par. 3310.

¹³⁸ Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-612.

¹³⁹ Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-612.

¹⁴⁰ *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, par. 34.

¹⁴¹ *9190-6206 Québec inc. c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361, par. 59 ; *J. Mao Dentistry Professional Corporation (Aba Dental Clinic) v. Boulet*, 2019 CanLII 31631 (ON SCSM), par. 47 ; *Tremblay c. Gordon*, 2020 QCCS 1166, par. 70 à 73 et 79 ; *910938 Ontario Inc v. Moore*, 2020 ONSC 4553, par. 35 ; *Hôtel Clarendon inc. c. Lessard*, 2021 QCCQ 7581, par. 82 et 83 ; *Ventilation Daniel Martel inc. c. Cossette*, 2021 QCCQ 744, par. 52.

¹⁴² *Ayotte c. Chiaramonte*, 2019 QCCS 851, par. 35 ; *Salon Karo Pro Koiffe c. Lafferrière*, 2019 QCCS 4352, par. 13 ; *Holden v. Hanlon*, 2019 BCSC 622, par. 324 ; *G&B Maternité c. Claveau*, 2019 QCCQ 48, par. 161 et 162 ; *Ventilation Daniel Martel inc. c. Cossette*, 2021 QCCQ 744, par. 29 à 32.

¹⁴³ *Ventilation Daniel Martel inc. c. Cossette*, 2021 QCCQ 744, par. 48.

¹⁴⁴ *Lapierre c. Sormany*, 2012 QCCS 4190, par. 120. Rappelons toutefois que selon la common law, il existe une présomption de dommages.

1.2.5 De lourdes conséquences financières pour le consommateur

Autant les participants rencontrés lors des groupes de discussion sous-estiment les conséquences d'une poursuite résultant de leur propos sur Internet, autant ils ne songent pas à utiliser des recours judiciaires offerts en droit de la consommation pour résoudre leurs différends avec des entreprises. Certains jugent que la valeur en litige ne représente pas une somme suffisamment importante pour entreprendre des recours contre l'entreprise :

« It costs a lot of money and time. » Ouest

En outre, dans certaines situations, telles qu'un mauvais service à la clientèle, le recours judiciaire ne semble tout simplement pas approprié. Le recours aux critiques en ligne devient alors une avenue intéressante, en apparence à coût nul et accessible instantanément pour dénoncer ou régler une situation litigieuse vis-à-vis une entreprise. Or, les consommateurs sous-estiment bien souvent les risques de poursuites en diffamation associées aux critiques en ligne. En effet, hormis au Québec où les consommateurs semblent plus conscients des dangers liés à la publication de commentaires négatifs, les participants des autres provinces canadiennes ont mentionné, de façon spontanée, qu'il n'y avait là aucun risque. Les participants rencontrés se montraient d'ailleurs plus inquiets du tort que leurs propos pourraient causer à leur réputation personnelle plutôt qu'à celle de l'entreprise :

« Nos publications laissent des traces sur Internet. Elles risquent de nous nuire dans l'avenir, dans notre carrière. » Québec

Il n'en demeure pas moins que dans les dernières années, les réclamations pour diffamation ont connu une hausse au Canada. Les dommages-intérêts accordés aux entreprises peuvent atteindre des sommes considérables pour un consommateur¹⁴⁵, occasionnant ainsi une grande source de stress et d'angoisse pour cette personne. À cet égard, rappelons qu'il n'existe actuellement aucun plafond au montant de la condamnation à laquelle s'expose un consommateur¹⁴⁶. Il nous apparaît donc primordial de bien renseigner les consommateurs sur les conséquences financières auxquelles ils s'exposent à la suite de la publication d'un avis en ligne.

Dans le cas d'une entreprise, les dommages réclamés viseront généralement à compenser le préjudice causé à la réputation commerciale¹⁴⁷, tel qu'une perte de revenus et de clientèle. Les critiques qui ont pour effet d'attaquer les compétences, les connaissances, les capacités ou

¹⁴⁵ Sheryl N. HAMILTON et Sandra ROBINSON, *Law's Expression : Communication, Law and Media in Canada*, LexisNexis, 2019, p. 87. Sauf pour l'Ontario et l'Île-du-Prince-Édouard, la Cour des petites créances des diverses provinces n'a pas compétence pour entendre un recours en diffamation, ce qui peut sans doute contribuer à expliquer l'importance des sommes en litige.

¹⁴⁶ Nicolas VERMEYS, « La justice... par les médias sociaux », dans Pierre-Claude LAFOND, *Les voies de justice du consommateur : actes du colloque de la Fondation Claude Masse du 9 novembre 2017*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 43, à la page 59. Dans *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494, la dissidence avait à l'époque proposé de fixer un plafond de 50 000 \$ pour des pertes non pécuniaires dues à une atteinte à la réputation. Dans l'arrêt *Hill*, la Cour suprême du Canada a toutefois rejeté unanimement l'imposition d'un plafond en matière d'atteinte à la réputation : voir les paragraphes 167 à 173.

¹⁴⁷ *Hee Creations Group Ltd. v. Chow*, 2018 BCSC 260, par. 109.

encore le jugement de professionnels auront tendance à entraîner des dommages plus élevés, compte tenu de l'intégrité et de la fiabilité attendues de la part de ces personnes¹⁴⁸.

Notons, par ailleurs, qu'une personne morale ne sera pas admise à invoquer des sentiments pour justifier l'octroi de dommages, par exemple de la tristesse ou du stress¹⁴⁹, mais les personnes physiques travaillant au sein de l'entreprise et étant directement visées par les propos diffamatoires pourront quant à elles invoquer ce type de préjudice.

Même si les tribunaux reconnaissent que l'indemnité devrait être moindre lorsqu'il s'agit d'une personne morale¹⁵⁰, les montants des condamnations à l'endroit de consommateurs pour avoir diffamé une entreprise sont parfois notables. Entre 2018 et 2021, les montants ont atteint jusqu'à 25 000 \$ au Québec¹⁵¹ et 115 000 \$ dans les autres provinces canadiennes¹⁵². De telles sommes engendrent forcément de lourdes conséquences financières pour les consommateurs condamnés, d'autant plus que certains peuvent être déjà financièrement vulnérables. Pourtant, la Cour suprême du Canada a déjà affirmé que la protection contre le préjudice économique ne devrait pas se faire au détriment de la liberté fondamentale d'expression, d'autant qu'il n'existe pas un droit général contre le préjudice économique¹⁵³.

D'un point de vue comparé, il est intéressant de noter que le *Defamation Act* de 2013 du Royaume-Uni a renversé la présomption de dommages en common law, en introduisant un seuil de préjudice grave à son article 1. Au paragraphe 2 de cet article, il est précisé que l'atteinte à la réputation d'un organisme qui fait du commerce à des fins lucratives ne constitue pas une atteinte grave, sauf si cela a causé ou est susceptible de causer à l'organisme une perte financière grave¹⁵⁴. L'État de New South Wales en Australie a introduit une disposition similaire en 2021 dans sa loi sur la diffamation¹⁵⁵. Une certaine volonté des législateurs de tenir compte du contexte spécifique de la diffamation lorsque les propos visent une entreprise semble donc s'opérer graduellement.

Sous un autre angle, il ne faut pas perdre de vue que face aux nombreux obstacles que peut présenter une poursuite judiciaire, bon nombre de consommateurs qui reçoivent une mise en demeure ou une demande en justice choisiront de retirer leur commentaire, n'ayant tout simplement pas les ressources pour se battre en justice contre l'entreprise :

¹⁴⁸ Voir les décisions suivantes où des sommes considérables ont été accordées à des professionnels : *White c. Zed*, 2018 NBBR 176, par. 37, conf. par 2019 NBCA 86 ; *Zoutman v. Graham*, 2019 ONSC 2834, par. 114 et 126, conf. par 2020 ONCA 267 ; *Huff v. Zuk*, 2019 ABQB 691, par. 278, conf. par 2021 ABCA 60 ; *Houseman v. Harrison*, 2020 SKQB 36, par. 42 ; *Peterson v. Deck*, 2021 BCSC 1670, par. 106 et 114.

¹⁴⁹ 9329-6481 *Québec inc. c. Ouimet*, 2020 QCCS 3472, par. 66.

¹⁵⁰ *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, par. 39 ; Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-611.

¹⁵¹ *Ayotte c. Chiaramonte*, 2019 QCCS 851.

¹⁵² *Hee Creations Group Ltd. v. Chow*, 2018 BCSC 260.

¹⁵³ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, par. 72.

¹⁵⁴ La Cour suprême du Royaume-Uni a interprété cette disposition comme exigeant la preuve d'un préjudice grave à titre de condition préalable pour qu'une déclaration soit jugée diffamatoire : *Lachaux v. Independent Print Ltd*, [2019] UKSC 27.

¹⁵⁵ Defamation Act 2005 No 77, article 10A, en ligne : <https://legislation.nsw.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-2005-077>. Notons que cette disposition a aussi été adoptée dans la plupart des États de l'Australie.

« C'est un peu David contre Goliath. » Québec

C'est aussi cette réalité qui est décrite par le professeur Nicolas Vermeys :

« [...] [l]e consommateur persuadé d'être en droit de publier les propos microblogués ou autrement affichés au moyen des médias sociaux devra soit accepter de retirer les propos pour éviter les ennuis, soit prendre acte du fait qu'il s'expose à une saga judiciaire qui s'avérera coûteuse même s'il a ultimement gain de cause. »¹⁵⁶

À notre avis, cette façon de faire met non seulement en péril la liberté d'expression du consommateur, mais vient aussi miner la raison d'être des avis en ligne. Ceci témoigne de l'importance de protéger adéquatement les consommateurs contre des poursuites pécuniaires injustifiées.

Chapitre 2. Les limites contractuelles

Le premier chapitre a fait état des limites juridiques auxquelles le consommateur est confronté lorsqu'il publie une critique en ligne. À cela s'ajoutent certaines limites contractuelles auxquelles s'est lui-même engagé le consommateur, soit en acceptant les conditions d'utilisation des plateformes numériques qu'il emploie pour critiquer une entreprise (2.1), soit directement auprès de l'entreprise dans un contrat de vente ou de service (2.2). Ces sources contractuelles restreignent le type de commentaire pouvant faire l'objet d'une publication au sujet d'une entreprise.

2.1 Les conditions d'utilisation des plateformes en ligne

Généralement, toute personne qui désire posséder un compte sur les médias sociaux ou sur les sites d'évaluation de biens et de services sera amenée, lors de son inscription, à accepter les conditions d'utilisation de la plateforme¹⁵⁷. Or, si cette formalité est nécessaire pour accéder à la plateforme, force est de constater que très peu de consommateurs se donnent la peine de lire attentivement ces conditions. Parmi les participants rencontrés lors des groupes de discussion, la totalité a reconnu ne pas avoir lu les conditions d'utilisation des plateformes ou les avoir simplement survolées. À leur avis, ces conditions sont écrites de façon qu'elles ne soient pas lues :

« C'est le Far West. » Québec

De plus, sur la très grande majorité des plateformes, le consommateur souhaitant obtenir de l'information pertinente quant aux fonctionnalités devra non seulement consulter les conditions d'utilisation qui occupent parfois plusieurs pages, mais devra aussi consulter des sections

¹⁵⁶ Nicolas VERMEYS, « La justice... par les médias sociaux », dans Pierre-Claude LAFOND, Les voies de justice du consommateur : actes du colloque de la Fondation Claude Masse du 9 novembre 2017, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 43, à la page 61.

¹⁵⁷ Sur la plateforme RateMDs il est possible de laisser un commentaire sans posséder de compte d'utilisateur. Toutefois, seules les personnes possédant un compte peuvent modifier ou supprimer leur note ou commentaire.

afférentes du site pour y trouver les directives générales de la communauté¹⁵⁸. Parmi ces nombreuses conditions, des règles sont prévues concernant les contenus interdits (2.1.1), la surveillance du contenu (2.1.2) ainsi que la responsabilité des intermédiaires (2.1.3).

2.1.1 Les contenus interdits

La plupart des plateformes favorisent les critiques autant positives que négatives, tout en précisant que celles-ci doivent être faites de façon respectueuse. Par conséquent, il sera possible de trouver sur chaque plateforme une section encadrant le contenu ou les activités interdites, parmi lesquelles figure le contenu diffamatoire¹⁵⁹.

Toutefois, très peu de plateformes s'attardent à définir ce qui constitue du contenu diffamatoire. Sur Tripadvisor on mentionne : « [d]es déclarations véridiques ou qui reflètent une opinion franche (par ex. des mauvaises critiques) ne constituent généralement pas, en elles-mêmes, le fondement d'une diffamation »¹⁶⁰. Sur Facebook et Instagram, la diffamation est définie comme étant « [...] une déclaration fautive d'un fait qui porte atteinte à la réputation d'un individu »¹⁶¹, alors que sur YouTube on mentionne :

« Les lois sur la diffamation [...] concernent généralement les contenus qui nuisent à la réputation d'une personne ou d'une entreprise. Bien que la définition varie à travers le monde, en général, la diffamation est une fautive déclaration qui porte atteinte à la réputation d'une personne ou qui encourage au rejet de celle-ci. »¹⁶²

Sur le site RateMDs, il est indiqué qu'il est possible d'être poursuivi en justice pour diffamation à la suite de la publication d'une évaluation¹⁶³. On dirige alors le consommateur vers une page Wikipédia sur la diffamation¹⁶⁴. La plateforme Trustpilot se contente quant à elle de rappeler qu'un avis négatif n'est pas forcément diffamatoire¹⁶⁵.

Le problème majeur de ces définitions réside dans le fait qu'elles s'articulent principalement autour du concept de diffamation prévalant en droit américain. Or, les règles n'étant pas les mêmes en droit canadien, cela peut induire en erreur un consommateur qui consulterait ces

¹⁵⁸ À titre d'exemple, sur Amazon, en plus des conditions d'utilisation, le consommateur doit consulter les directives générales de la communauté qui contiennent des lignes directrices expliquant ce qui est permis et interdit. Sur RateMDs, plusieurs informations utiles se trouvent dans la Foire aux questions (FAQ). En plus des conditions générales, Trustpilot fournit des conditions d'utilisation pour les auteurs d'avis.

¹⁵⁹ Twitter et TikTok ne semblent pas référer directement au contenu diffamatoire, mais interdisent tout de même les comportements inappropriés tels que le harcèlement et les conduites haineuses.

¹⁶⁰ <https://fr.tripadvisor.ca/pages/noticetakedown.html>.

¹⁶¹ <https://fr-fr.facebook.com/help/3894625317215414> ; <https://fr-fr.facebook.com/help/instagram/514061992847324>.

¹⁶² https://support.google.com/youtube/answer/6154230?hl=fr&ref_topic=6154211.

¹⁶³ <https://www.ratemds.com/about/faq/>.

¹⁶⁴ <https://en.wikipedia.org/wiki/Defamation>.

¹⁶⁵ <https://fr.legal.trustpilot.com/for-businesses/guidelines-for-businesses>.

informations¹⁶⁶. Les termes utilisés demeurent aussi assez vagues et ne fournissent pas de lignes directrices claires sur la conduite à adopter ou à éviter du point de vue du consommateur.

Outre les propos diffamatoires, des comportements inappropriés tels que l'intimidation, le harcèlement de même que la tenue de propos haineux ou violents sont interdits sur l'ensemble des sites d'évaluation et des médias sociaux. À titre de comportements inappropriés, YouTube proscrit les propos qui sont faits dans l'intention malveillante de causer un préjudice à autrui ou encore des activités frauduleuses ou trompeuses qui entraînent des dommages réels¹⁶⁷.

Enfin, la totalité des plateformes, dont les conditions d'utilisation ont été analysées, interdit la désinformation, c'est-à-dire des déclarations fausses ou trompeuses ayant pour but d'induire en erreur d'autres personnes¹⁶⁸. Par exemple, le fait de faire des déclarations inexactes quant à la qualité d'un bien ou d'un service ou encore l'omission de faits ou d'informations dans le but de tromper d'autres utilisateurs pourrait être considéré comme étant des déclarations fausses ou trompeuses¹⁶⁹. À cet égard, rappelons que les tribunaux sanctionnent eux aussi les propos mensongers et ceux formulés dans un but de nuire (supra 1.2.3).

2.1.2 La surveillance du contenu

Outre le contenu interdit, l'ensemble des plateformes analysées ont également mis en place des règles concernant la surveillance et le retrait du contenu publié. De manière générale, les plateformes ne vont ni contrôler ni vérifier, au préalable, l'exactitude du contenu généré par les utilisateurs, s'en remettant à l'intégrité des membres. Sur ce point, l'article 27 al. 1 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (ci-après « L.C.C.J.T.I ») n'exige pas que l'intermédiaire surveille activement le contenu hébergé¹⁷⁰. Cette notion figure aussi dans l'Accord Canada–États-Unis–Mexique¹⁷¹. Les plateformes s'engagent toutefois à prendre les mesures nécessaires en cas de signalement par un utilisateur, certaines plateformes ayant même une procédure spécifique de notification de contenu diffamatoire¹⁷².

Parmi les conditions d'utilisation, il est prévu que les plateformes se réservent le droit de supprimer ou de modifier un contenu jugé abusif ou illégal, ou encore de suspendre ou de résilier un compte qui enfreint les conditions d'utilisation ou les lignes directrices. Dans la plupart des

¹⁶⁶ Rappelons qu'en vertu des règles applicables en droit québécois, des propos faux ne constituent pas nécessairement une faute (supra 1.1.2).

¹⁶⁷ https://support.google.com/youtube/answer/7650329?hl=fr&ref_topic=9282435.

¹⁶⁸ https://support.google.com/contributionpolicy/answer/11411081?hl=fr&ref_topic=11410564&sjid=9830976360791924489-NA.

¹⁶⁹ <https://support.google.com/contributionpolicy/answer/7400114?hl=fr#zippy=>.

¹⁷⁰ En vertu de cette disposition, « [l]e prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour fournir des services sur un réseau de communication ou qui y conserve ou y transporte des documents technologiques n'est pas tenu d'en surveiller l'information, ni de rechercher des circonstances indiquant que les documents permettent la réalisation d'activités à caractère illicite ».

¹⁷¹ Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM) - Chapitre 19 - Commerce numérique, art. 19.17.

¹⁷² Nous trouvons ce type de procédure notamment chez Tripadvisor, Facebook, Instagram et LinkedIn. On précise d'ailleurs sur LinkedIn que cette procédure peut varier d'un pays à l'autre, considérant que les lois sur la diffamation et le préjudice ne sont pas les mêmes partout.

cas, avant d'engager de telles démarches, l'utilisateur sera averti au préalable et pourra corriger la situation. De plus, il lui sera possible dans certains cas de faire appel de la décision¹⁷³.

En définitive, le contrôle du contenu diffamatoire s'exerce davantage en aval, après que la critique a été publiée par l'utilisateur. Quant au processus opaque par lequel la plateforme décidera de supprimer ou non un commentaire, il peut être un outil puissant de censure des consommateurs.

2.1.3 La responsabilité des intermédiaires

Autant sur les sites d'évaluation que sur les médias sociaux, les conditions d'utilisation prévoient des clauses de limitation de responsabilité. De façon générale, ces clauses ont pour effet de dégager la plateforme de toute responsabilité résultant du contenu publié par un utilisateur. Cela inclut les situations où il y a pertes de profits, de revenus, d'opportunités commerciales, de clients, etc.

À cet égard, la plateforme LinkedIn mentionne expressément qu'elle se dégage de toute responsabilité quant à une atteinte à la réputation qui découlerait par exemple des déclarations insultantes ou diffamatoires¹⁷⁴. Elle ajoute que chaque utilisateur est responsable du contenu de ses articles, y compris de tout préjudice causé à des tiers¹⁷⁵. De façon similaire, Twitter met en garde ses utilisateurs contre les risques auxquels ils s'exposent, dans les termes suivants :

« Vous comprenez qu'en utilisant les Services, vous risquez d'être exposé(e) à un Contenu qui peut être offensant, malaisant, inexact ou inapproprié, voire, dans certains cas, à des messages qui auraient été mal adressés ou qui s'avèreraient trompeurs. Tout Contenu relève de la seule responsabilité de la personne qui l'a créé. »¹⁷⁶

Autrement dit, en vertu des règles applicables sur les plateformes, c'est uniquement l'utilisateur qui est responsable du contenu qu'il publie. Au surplus, certaines plateformes incluent des clauses d'indemnisation dans leurs conditions d'utilisation, en vertu desquelles l'utilisateur de la plateforme s'engage à les indemniser en cas de poursuite due à une violation des conditions d'utilisation¹⁷⁷. C'est le cas notamment de la plateforme Google, dont les conditions imposées aux utilisateurs stipulent ceci :

« Dans les limites autorisées par la loi applicable, vous vous engagez à indemniser Google et ses administrateurs, dirigeants, employés et sous-traitants en cas de procédure judiciaire engagée par un tiers (y compris en cas d'action émanant d'autorités publiques), lorsqu'une telle procédure résulte de votre utilisation illégale des services ou de la violation des présentes conditions

¹⁷³ Ce sera notamment le cas chez Google, Tripadvisor, Trustpilot, Twitter, LinkedIn, YouTube, TikTok, Facebook et Instagram.

¹⁷⁴ <https://fr.linkedin.com/legal/user-agreement>.

¹⁷⁵ <https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/a519782>.

¹⁷⁶ <https://twitter.com/fr/tos>.

¹⁷⁷ Nous avons répertorié de telles clauses, notamment chez Google, Amazon, Trustpilot, Tripadvisor, Yelp, Instagram, Facebook, YouTube et TikTok.

d'utilisation ou des Conditions supplémentaires spécifiques à certains services. Cette indemnisation couvre toute responsabilité ou dépense découlant des demandes, pertes, dommages, jugements, amendes, frais de justice et frais juridiques. »¹⁷⁸

D'un point de vue strictement contractuel, une certaine homogénéité est observée quant à la responsabilité des intermédiaires, qui se trouve limitée au plus haut point selon les conditions d'utilisation consenties par les consommateurs. La validité juridique ou le caractère étanche de telles clauses demeurent toutefois sujets à examen par les tribunaux. À cet égard, la doctrine soulève que la responsabilité de l'intermédiaire variera en fonction du niveau de contrôle qu'il détient sur le contenu¹⁷⁹. Généralement, l'intermédiaire qui agit à titre d'éditeur¹⁸⁰ et qui contrôle le contenu mis en ligne ainsi que sa diffusion pourra voir sa responsabilité engagée par rapport à l'intermédiaire qui ne fait qu'agir comme intervenant ou hébergeur de contenu¹⁸¹.

Au Québec, la personne qui cherche à obtenir réparation de la part de l'intermédiaire devra établir la faute de ce dernier¹⁸², comme elle doit le faire lorsqu'il est question de la responsabilité civile de l'auteur des propos. Cependant, l'article 22 al. 1 de la L.C.C.J.T.I accorde une certaine immunité à l'intermédiaire, en mentionnant que celui-ci « [...] n'est pas responsable des activités accomplies par l'utilisateur du service [...] »¹⁸³. Cette immunité demeure tempérée par l'alinéa 2 du même article, qui précise que le prestataire de service ayant acquis connaissance du caractère illicite de l'activité pourrait engager sa responsabilité, dans l'éventualité où il n'a pas agi promptement pour y mettre fin¹⁸⁴.

¹⁷⁸ <https://policies.google.com/terms?hl=fr>.

¹⁷⁹ Vincent KARIM, *Les obligations*, 5^e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, par. 3314.

¹⁸⁰ « En règle générale, une partie est réputée éditrice si elle connaît le fond du contenu à publier », et si elle a le pouvoir de choisir ce qui sera diffusé et auprès de qui l'information sera diffusée : Plateformes nocives, *La responsabilité des intermédiaires Internet et le droit canadien*, Les amis, septembre 2020, p. 22 ; Nicolas W. VERMEYS, « Chronique – La diffamation sur Internet : à qui la faute ? », *Repères*, 2007, p. 3. À titre d'illustration, une administrative d'une page Facebook a vu sa responsabilité engagée en autorisant la publication d'un message à caractère diffamant : *Arsenault c. Dufour*, 2020 QCCQ 13357 par. 50. Dans cette affaire, le juge précise que même si la défenderesse n'est pas l'auteure des propos diffamatoires, elle est la personne qui a permis leur publication, ce qui permet alors de la tenir responsable de la diffamation.

¹⁸¹ Jean-Louis BAUDOUIIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-300. Dans l'affaire *Lehoullier-Dumas c. Facebook inc.*, 2021 QCCS 3524 au paragraphe 65, le juge mentionne qu'« [u]n gestionnaire de plateforme n'est pas considéré comme un diffuseur et n'encourt aucune responsabilité pour une diffamation commise par un usager, à moins que le caractère diffamatoire ne lui ait été dénoncé et démontré ». Voir aussi : *Weaver v. Corcoran*, 2015 BCSC 165, par. 284 (renversé pour d'autres motifs, 2017 BCCA 160).

¹⁸² Afin d'établir la faute, divers facteurs seront pris en compte, dont le degré de contrôle sur le contenu : *Coriveau c. Canoë inc.*, 2010 QCCS 3396 conf. par 2012 QCCA 109 ; Jean-Louis BAUDOUIIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-300.1. À noter que les règles prévues dans la L.C.C.J.T.I. s'avèrent complémentaires au régime général de responsabilité civile.

¹⁸³ Plus précisément, on y mentionne que « [l]e prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication n'est pas responsable des activités accomplies par l'utilisateur du service au moyen des documents remisés par ce dernier ou à la demande de celui-ci ».

¹⁸⁴ De façon similaire, la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information n'impose pas aux intermédiaires une surveillance accrue, mais elle exige qu'ils prennent des mesures pour supprimer ou restreindre l'accès aux contenus illégaux dès qu'ils en ont connaissance, sous peine d'engager leur responsabilité.

De façon similaire, en vertu de la *common law*¹⁸⁵, une personne ne sera pas responsable de la publication d'un libelle diffamatoire, à condition que sa participation à cette publication soit purement administrative ou mécanique¹⁸⁶. L'intermédiaire pourra encore écarter sa responsabilité lorsqu'il a eu connaissance du libelle diffamatoire, mais qu'il a pris les mesures nécessaires pour retirer la publication dans un délai raisonnable¹⁸⁷.

C'est donc dire que la responsabilité des plateformes intermédiaires dépendra non seulement de la connaissance et du contrôle exercé sur le contenu publié, mais également de la rapidité à retirer un contenu signalé comme étant illégal. Or, si dans certaines situations le caractère illicite d'un contenu semble plutôt clair et évident, il n'est pas toujours aisé de déterminer ce qui constitue un contenu diffamatoire ou non. Des divergences s'observent d'ailleurs au sujet de la procédure interne mise en place par les plateformes pour le retrait du contenu signalé comme étant diffamatoire.

Alors que Trustpilot s'engage à supprimer les contenus qui pourraient nuire à la réputation d'une personne ou causer des pertes financières à une entreprise¹⁸⁸, pour sa part, LinkedIn ne fait que préciser que les lois sur la diffamation et le préjudice ne sont pas les mêmes partout et que, dans de nombreux cas, la plateforme ne pourra agir sur un avis de diffamation puisqu'une ordonnance du tribunal sera nécessaire¹⁸⁹. Sur d'autres plateformes, on ne fait que mentionner qu'un contenu ne sera pas supprimé uniquement sur la base d'opinions ou de points de vue individuels ou parce que la personne qui signale le contenu considère l'avis comme subjectivement injuste¹⁹⁰.

De l'avis du professeur Pierre Trudel, l'attitude à privilégier pour l'intermédiaire est d'obtenir au préalable une confirmation indépendante du caractère illicite d'un document, avant d'intervenir pour censurer l'information¹⁹¹. Cette approche serait plus respectueuse de la liberté d'expression des consommateurs et du droit du public à l'information¹⁹². En effet, « [s]i la responsabilité des intermédiaires peut trop facilement être mise en cause, ceux-ci pourraient être tentés, afin de se protéger, de censurer *a priori* tous les messages présentant des risques »¹⁹³. À l'autre extrême, s'ils échappent à toute responsabilité, en s'appuyant sur le fait qu'ils n'exercent aucun contrôle

¹⁸⁵ Il s'agit de la *defence of innocent dissemination* : Ryan SAVAGE, « Between a Rock and a Hard Place : Defamation and Internet Service Providers », (2002) 2 *Asper Rev of Int'l Bus and Trade Law*, p. 107-121.

¹⁸⁶ Par exemple, des imprimeurs, des fournisseurs de services Internet, des distributeurs : Peter A. DOWNARD, « Halsbury's Laws of Canada – Defamation » LexisNexis, 2018.

¹⁸⁷ Ryan SAVAGE, « Between a Rock and a Hard Place : Defamation and Internet Service Providers », (2002) 2 *Asper Rev of Int'l Bus and Trade Law* p. 107, à la page 118. À titre d'exemple, dans une décision où les opérateurs d'un site avaient été mis au courant de la présence d'un libelle diffamatoire sur leur site et avaient eu un délai raisonnable pour l'enlever, mais ne l'avaient pas fait, la défense de diffusion innocente n'a pas pu être utilisée : *Tamiz v. Google Inc.*, [2013] EWCA Civ 68, par. 27-35.

¹⁸⁸ <https://fr.legal.trustpilot.com/for-reviewers/guidelines-for-reviewers>.

¹⁸⁹ <https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/a1339420/reclamations-relatives-au-contenu-publie-sur-le-site-web-de-linkedin?lang=fr>. Une telle ordonnance sera notamment nécessaire aux États-Unis.

¹⁹⁰ On trouve notamment ce type de mention chez Twitter et RateMDs.

¹⁹¹ Par exemple, en obtenant un avis juridique indépendant d'un expert neutre : Pierre TRUDEL, « La responsabilité civile sur Internet selon la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », *Centre de recherche en droit public*, Faculté de droit Université de Montréal, 2008, p. 14.

¹⁹² Pierre TRUDEL, « La responsabilité sur internet en droit civil québécois », *Centre de recherche en droit public*, Faculté de droit Université de Montréal, 2008, p. 22.

¹⁹³ Pierre TRUDEL, « La responsabilité civile sur Internet selon la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », *Centre de recherche en droit public*, Faculté de droit, Université de Montréal, 2008, p. 3.

sur les publications, ils n'auront pas d'incitatifs à prendre les moyens nécessaires pour faire cesser les activités illicites de leurs utilisateurs¹⁹⁴. Quoiqu'il en soit, il y aurait sans doute lieu de préciser la portée de l'article 22 L.C.C.J.T.I afin de clarifier le rôle et la responsabilité des intermédiaires face à une demande de retrait au motif que le commentaire est diffamant.

Au sein d'autres systèmes juridiques, à l'instar de la France, du Royaume-Uni, de l'Allemagne et de l'Inde, les plateformes peuvent bénéficier d'une certaine immunité dans la mesure où elles respectent certaines conditions¹⁹⁵. Les États-Unis fonctionnent, pour leur part, sous un régime d'immunité quasi absolue, en vertu de la section 230 du *Communications Decency Act*. Celui-ci exonère expressément de toute responsabilité les sites Web qui hébergent des informations fournies par les internautes, de même que lorsqu'ils choisissent de supprimer des publications¹⁹⁶. Considérant que la plupart des plateformes ont des clauses d'élection de for dans leurs conditions d'utilisation, par lesquelles les litiges doivent être résolus aux États-Unis, il en résulte un défi supplémentaire pour une entreprise désireuse de poursuivre une plateforme numérique¹⁹⁷.

Dans un souci d'encadrement des plateformes en ligne et du contenu y circulant, la France et le Royaume-Uni ont récemment édicté diverses mesures et orientations visant à mieux définir le rôle que les opérateurs de plateformes devront jouer. Ainsi, la France a apporté des modifications au *Code de la consommation* par l'adoption de trois décrets, qui imposent désormais aux opérateurs de plateformes d'avis en ligne de fournir aux utilisateurs une information loyale, claire et transparente sur les modalités de publication et de traitement des avis en ligne. Les entreprises visées par ces décrets devront en outre fournir des informations spécifiques relatives aux modalités de fonctionnement du service d'avis en ligne, aux procédures de contrôle des avis et aux modalités par lesquelles le consommateur est informé du refus de la publication de son avis¹⁹⁸.

De son côté, le projet de loi *Online Safety Bill*¹⁹⁹, découlant des orientations du *Online Harms White Paper*²⁰⁰ mis de l'avant par le gouvernement du Royaume-Uni en avril 2019, vise notamment à rendre les entreprises de médias sociaux plus responsables de la sécurité des utilisateurs sur leurs plateformes. Selon ce qui y est projeté, on leur imposerait par exemple une obligation de diligence afin de protéger les utilisateurs contre des contenus illégaux. Les

¹⁹⁴ Pierre TRUDEL, « La responsabilité civile sur Internet selon la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », *Centre de recherche en droit public*, Faculté de droit, Université de Montréal, 2008, p. 3 et 4.

¹⁹⁵ Dans ces espaces nationaux, il existe des procédures de notification et de retrait (*notice and take-down*).

¹⁹⁶ Lors de l'écriture de ces lignes, la validité de cette disposition était débattue devant la Cour suprême des États-Unis.

¹⁹⁷ La validité des clauses d'élection de for a notamment été abordée dans les décisions suivantes : *Busch v. Yelp Inc.*, 2019 BCSC 1746 ; *Belley c. Facebook inc.* (Meta platforms Inc.), 2021 QCCS 5475 ; *Giustra v. Twitter*, 2021 BCSC 54 (appel rejeté, 2021 BCCA 466). Notons que dans ces affaires, la relation qui unissait l'entreprise à la plateforme était de nature commerciale. La situation pourrait être différente lorsqu'il s'agit d'un consommateur et la clause d'élection de for pourrait être sans effet : *Douez c. Facebook*, 2017 CSC 33, par. 33.

¹⁹⁸ Il s'agit du décret n° 2017-1434 du 29 septembre 2017 « relatif aux obligations d'information des opérateurs de plateformes numériques », du décret n° 2017-1435 du 29 septembre 2017 « relatif à la fixation d'un seuil de connexions à partir duquel les opérateurs de plateformes en ligne élaborent et diffusent des bonnes pratiques pour renforcer la loyauté, la clarté et la transparence des informations transmises aux consommateurs » ainsi que du décret n° 2017-1436 du 29 septembre 2017 « relatif aux obligations d'information relatives aux avis en ligne de consommateurs ».

¹⁹⁹ <https://bills.parliament.uk/publications/49376/documents/2822>. Lors de l'écriture de ces lignes, le projet de loi était à l'étude par la Chambre des Lords : <https://bills.parliament.uk/bills/3137>.

²⁰⁰ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/973939/Online_Harms_White_Paper_V2.pdf.

plateformes seraient également tenues de respecter leurs conditions de service, sous peine de sanctions pénales, et elles devraient mettre en place une procédure d'appel pour les utilisateurs dont le contenu a été supprimé. De plus, le projet de loi prévoit la création d'un organisme de réglementation qui aura le pouvoir de faire appliquer les nouvelles règles et d'imposer des amendes aux entreprises qui y contreviendraient.

L'Union européenne entend également mettre à jour sa directive sur le commerce électronique de 2000, sous l'égide du *Digital Service Act*²⁰¹ qui viendra harmoniser le cadre juridique applicable aux contenus illégaux en ligne ainsi que les obligations des hébergeurs de contenus. Cette loi vise notamment à lutter contre les contenus illicites et à offrir une plus grande transparence concernant leurs décisions en matière de modération des contenus. Les intermédiaires devront respecter de nouvelles obligations, qui seront proportionnelles à la nature de leurs services, de leur taille et de leur poids ainsi qu'aux risques et dommages sociétaux qu'ils peuvent causer²⁰².

En somme, si les conditions d'utilisation des sites d'évaluation et des médias sociaux sont semblables à plusieurs égards, un certain manque d'uniformité est tout de même observé dans le traitement des demandes de retrait relatives aux propos diffamatoires. Cela peut sans doute s'expliquer par l'absence d'encadrement actuel concernant le rôle et les obligations des opérateurs des plateformes. À cet égard, le Canada semble accuser un certain retard par rapport à la législation entrée en vigueur à l'étranger et aux projets de loi sous étude. À l'exception de certains sites d'évaluation de biens et de services qui fournissent des astuces sur la manière de rédiger un avis²⁰³, il nous apparaît aussi que le consommateur choisissant de partager son expérience sur un site d'évaluation de biens et de services ne bénéficie pas d'un encadrement adapté ni d'une meilleure protection que s'il avait publié son commentaire sur les médias sociaux.

2.2 La renonciation du consommateur à sa liberté d'expression

Nous avons vu que les sites d'évaluation et les médias sociaux ont mis en place plusieurs règles encadrant les propos diffusés via leur plateforme et leur permettant d'intervenir pour surveiller et retirer des propos perçus comme inadéquats. Or, il pourra arriver dans certaines situations que le consommateur se voie retirer la possibilité de s'exprimer sur ces plateformes puisqu'il aura, au préalable, renoncé à sa liberté d'expression (2.2.1) à même le contrat de vente ou de service conclu avec l'entreprise (2.2.2).

2.2.1 La possibilité de renoncer à une liberté fondamentale

Sous certaines conditions, le droit reconnaît la possibilité de renoncer à diverses protections émanant des droits et libertés prévues dans la Charte canadienne ou dans la Charte

²⁰¹ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.

²⁰² Les très grandes plateformes et les très grands moteurs de recherche seront donc soumis à des exigences plus strictes. Cette loi sera applicable en février 2024, sauf pour les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche qui y seront assujettis à compter de l'année 2023.

²⁰³ Par exemple, fournir des commentaires utiles et constructifs, être spécifique et honnête, donner le plus de détails possible sur l'expérience (le mieux et le moins aimé), etc. Nous avons trouvé de telles mentions notamment chez Amazon, Tripadvisor, Trustpilot et Yelp.

québécoise²⁰⁴. À cet égard, il fut jugé qu'il était possible de renoncer à sa liberté d'expression²⁰⁵. Toutefois, « [p]our être valable, la renonciation doit être claire, non équivoque, éclairée, libre et volontaire »²⁰⁶. En outre, certains facteurs doivent être pris en compte tels que « [...] (1) la nature du droit ou de la liberté en cause ; (2) la possibilité, pour le demandeur de renoncer à ce droit ou à cette liberté ; (3) la manière selon laquelle le demandeur y a renoncé ; (4) la mesure dans laquelle le demandeur pouvait y renoncer ; et (5) l'effet de la renonciation »²⁰⁷. La validité d'une telle clause sera évaluée au cas par cas par les tribunaux, qui devront s'assurer que la clause n'était ni illisible ni ambiguë et que la personne était en mesure de bien comprendre les conséquences de cette renonciation.

Les clauses de renonciation à la liberté d'expression prendront bien souvent la forme de clauses de non-dénigrement. Jusqu'à présent, les clauses de non-dénigrement²⁰⁸ ont surtout été incorporées dans des contrats de travail conclus entre un salarié et un employeur. Ce type de clause semble néanmoins faire graduellement son apparition dans les contrats de consommation, en dépit de l'absence d'obligation de loyauté et de lien de subordination du consommateur envers l'entreprise.

Ainsi, un consommateur souhaitant faire affaire avec une entreprise pourrait se voir imposer un contrat de vente ou de service qui comporte une clause par laquelle il s'engage envers l'entreprise à ne pas publier de commentaire en ligne ni à commenter son expérience d'achat. À défaut de respecter intégralement cet engagement, il devra dédommager l'entreprise conformément à ce qui est énoncé au contrat. Dans un tel cas, le consommateur doit indemniser l'entreprise non pas pour les propos tenus, mais pour ne pas avoir respecté son engagement.

Ce type de clause a d'ailleurs été vu aux États-Unis dans des contrats conclus avec des entreprises²⁰⁹. En sol canadien, l'Ontario, en réponse à un certain nombre de plaintes concernant ce type de clause, avait envisagé en 2020 d'ajouter une disposition à sa loi sur la protection du consommateur, qui aurait eu pour effet d'offrir une protection contre les clauses contractuelles limitant le droit des consommateurs de faire des commentaires équitables²¹⁰. Bien qu'une renonciation à la liberté d'expression puisse être admise par les tribunaux, il demeure qu'il faut encore tenir compte des particularités du droit de la consommation et de la vulnérabilité du consommateur, avant de conclure à la légalité d'une clause de renonciation.

²⁰⁴ Karine MILLAIRE, « La renonciation aux droits et libertés et le consentement libre et éclairé : fondements, exigences et incertitudes », (2020) 78 R. du B. 39, p. 43.

²⁰⁵ *Digital Shape Technologies Inc. c. Walker*, 2018 QCCS 4374, par. 32.

²⁰⁶ *Digital Shape Technologies Inc. c. Walker*, 2018 QCCS 4374, par. 31.

²⁰⁷ *Digital Shape Technologies Inc. c. Walker*, 2018 QCCS 4374, par. 31. Voir aussi *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, par. 96, 99, 100 et 101 et Karine MILLAIRE, « La renonciation aux droits et libertés et le consentement libre et éclairé : fondements, exigences et incertitudes », (2020) 78 R. du B. 39, p. 47.

²⁰⁸ Les clauses de non-dénigrement permettent de déterminer à l'avance la sanction en cas de violation de l'accord.

²⁰⁹ Clay CALVERT, « Gag Clauses and the Right to Gripe : The Consumer Review Fairness Act of 2016 & State Efforts to Protect Online Reviews from Contractual Censorship », 24 WIDENER L. REV. 203 (2018).

²¹⁰ <https://www.ontario.ca/fr/page/consultation-renforcer-la-protection-du-consommateur-en-ontario>. À ce jour, notons qu'aucune disposition de ce genre n'a encore été ajoutée à la loi sur la protection du consommateur ontarienne.

2.2.2 La validité d'une renonciation dans un contrat de vente ou de service

Comme mentionné précédemment, certains critères doivent être satisfaits pour que la renonciation soit valide. L'un d'eux, soit le caractère libre et éclairé de la renonciation, sera déterminant. Or, la particularité des clauses de non-dénigrement dans un contrat de consommation réside dans le fait que l'on demande au consommateur, avant même qu'il ait pu bénéficier du bien ou du service et qu'il ait pu en évaluer sa qualité, de s'engager à ne pas commenter son expérience. Dans un tel cas, il est permis de se questionner sur le réel caractère libre et éclairé de la renonciation, alors que la situation à l'origine de la critique n'existe pas encore. Qui plus est, peut-on réellement parler d'une renonciation volontaire lorsqu'il s'agit d'une clause incorporée à même un contrat dont le consommateur n'a bien souvent pas été en mesure de négocier les termes ? Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*²¹¹, la Cour suprême du Canada précisait d'ailleurs que dans les cas où le titulaire du droit en cause n'avait pas eu d'autre choix que de renoncer à celui-ci pour conclure le contrat, il était impossible d'affirmer qu'il y avait vraiment renoncé de son plein gré.

Puisqu'il s'agit en fin de compte de restreindre l'exercice d'une liberté fondamentale, une entreprise qui souhaite incorporer ce type de clause dans un contrat de consommation devrait à tout le moins être en mesure de démontrer que sa clause poursuit un objectif légitime et important et qu'elle respecte le critère de proportionnalité²¹². C'est également ce que prévoit la France en regard de ce type de clause de renonciation, où l'on mentionne que « [...] des restrictions peuvent être apportées à la liberté d'expression pour assurer la protection de la réputation et des droits d'autrui dès lors que ces restrictions sont proportionnées au but recherché »²¹³. Nous concevons difficilement dans quelle situation une entreprise pourrait se conformer à ces critères et être en mesure de justifier qu'une telle clause a un objectif légitime. Rappelons à cet égard que la protection contre les préjudices économiques ne doit pas se voir accorder une valeur prédominante par rapport aux valeurs que reflètent les garanties consacrées par les Chartes, dont la liberté d'expression²¹⁴. Quant au critère de proportionnalité, une interdiction complète de s'exprimer à l'égard d'une entreprise semble aussi nettement démesurée.

De plus, certains éléments propres au droit de la consommation rendent tout aussi suspecte la validité d'une clause empêchant le consommateur de s'exprimer. Pensons notamment aux clauses abusives dans les contrats de consommation ou d'adhésion au Québec et à la règle de l'iniquité en common law qui ont pour effet de désavantager de manière excessive et déraisonnable une partie²¹⁵. Cela sera notamment le cas d'une clause « [...] si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci »²¹⁶. Il est aussi possible pour un consommateur de demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent, dans la mesure où il y a disproportion

²¹¹ [1997] 3 R.C.S. 844.

²¹² Il s'agit du test prévu à l'article 9.1 C.d.l.p. lorsqu'il y a atteinte à un droit ou liberté fondamentale.

²¹³ Cass. Soc., 14 janvier 2014, n° 12-27.284.

²¹⁴ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, par. 72.

²¹⁵ Pour plus d'informations au sujet des clauses abusives, voir notamment le texte de Sébastien GRAMMOND, « La règle des clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé », vol. 51, no 1, mars 2010, p. 83 à 116.

²¹⁶ *Code civil du Québec*, RLRQ c. CCQ-1991, art. 1437.

entre les prestations respectives des parties ou encore lorsque l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante²¹⁷.

Il serait donc intéressant de voir de quelle façon les tribunaux appliqueraient ces principes dans l'éventualité où un consommateur tenterait de faire invalider une clause de non-dénigrement incorporé au contrat par l'entreprise, surtout si l'entreprise demande au consommateur de renoncer à son droit de parole, droit fondamental dans notre société, sans rien lui offrir en échange. Effectivement, l'entreprise ne s'engage pas à offrir un service exceptionnel ou encore à dédommager le consommateur si un problème survient à la suite de la transaction. Elle lui demande tout simplement de renoncer à sa liberté d'expression pour pouvoir contracter avec elle, sans obligation correspondante de sa part.

Afin de remédier à toute ambiguïté concernant la validité de ce type de clause de renonciation, l'Alberta a intégré, à même sa législation en matière de protection du consommateur, une disposition interdisant au commerçant d'inclure au contrat une clause empêchant le consommateur de publier un avis négatif au sujet de l'entreprise ou de la transaction²¹⁸. De façon comparable aux États-Unis, le *Consumer Review Fairness Act* de 2016²¹⁹ interdit aux entreprises d'inclure des dispositions contractuelles interdisant ou punissant les avis négatifs de la part des clients. L'ajout de ce type de dispositions dans les lois sur la protection du consommateur pourrait être une solution intéressante pour l'ensemble des provinces canadiennes et permettrait d'élucider toute cette confusion qui règne quant à la possibilité pour une entreprise d'inclure ou non ce type de clause.

Au-delà de la validité de ce type de clause, il n'en demeure pas moins que la presque totalité des participants des groupes de discussion ont convenu qu'ils n'accepteraient pas de faire affaire avec une entreprise leur demandant de ne pas publier de critiques négatives. À leur avis, une telle pratique signifierait que l'entreprise a quelque chose à cacher, d'autant que cela viendrait brimer leur liberté d'expression :

« Seems like they have something to hide. » Maritimes

Plutôt que d'incorporer une clause au contrat interdisant au consommateur de s'exprimer, certaines entreprises vont directement faire pression sur le consommateur afin qu'il retire son commentaire une fois publié, en le menaçant de cesser de respecter leurs obligations à son égard, comme leur obligation d'honorer la garantie du bien. Il va de soi que cette pratique est illégale, et les tribunaux se font un devoir de le rappeler explicitement :

« [...] la défenderesse ne peut rendre l'obligation de réparation du mobilier conditionnelle au retrait des avis publiés. En tant que vendeur, elle doit faire face à ses obligations, et ce, malgré que la demanderesse critique le service rendu. »²²⁰

²¹⁷ *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1, art. 8 et 9.

²¹⁸ *Consumer Protection Act*, RSA 2000, c C-26.3, art. 183.1 (1).

²¹⁹ <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/5111/text>.

²²⁰ *Bouchard Dupont c. Poitras Meubles & Design inc.*, 2020 QCCQ 6607, par. 31 et 32.

Plusieurs consommateurs rencontrés ont, par ailleurs, admis qu'ils seraient réticents à retirer un commentaire à la demande d'une entreprise puisqu'il s'agit d'un droit et d'une question d'intégrité :

« I won't allow them to silence me because it is my right to write a review. » Ontario

En fin de compte, une entreprise choisissant tout de même d'emprunter cette voie de la renonciation pourrait non seulement se retrouver devant les tribunaux pour justifier la légalité de sa clause, mais risquerait aussi de perdre la considération de sa clientèle potentielle.

Nous avons vu dans cette première partie que la liberté d'expression du consommateur peut être compromise de bien des façons et que de nombreux obstacles s'érigent devant le consommateur souhaitant publier un avis à l'égard d'un bien ou d'un service offert par une entreprise. Tout d'abord, l'analyse du cadre juridique a permis d'établir les différents critères qui devront être satisfaits pour qu'il y ait diffamation ainsi que la complexité de leur application à un cas d'espèce. À cet égard, nous avons vu que les règles applicables en droit civil québécois et en common law, bien que similaires à certains égards, comportent chacune des écueils importants. Si de leur côté les lois sur la diffamation issues du droit anglais paraissent, pour la plupart, mésadaptées à la nouvelle réalité que constitue la diffamation sur Internet, le recours en diffamation basé sur le régime de responsabilité civile au Québec accorde bien peu d'importance à la conciliation nécessaire entre les droits fondamentaux de chaque partie, en l'occurrence le droit à la réputation de l'entreprise et la liberté d'expression du consommateur. Cela peut sans doute s'expliquer par le fait que « [l]'élaboration des lois se déroule souvent à un rythme plus lent que le développement des nouvelles technologies et plateformes [...] »²²¹ (notre traduction).

Par la suite, l'étude de la jurisprudence a permis d'établir les paramètres guidant les tribunaux en cas de poursuite d'une entreprise envers un consommateur dans le cas plus précis d'une critique en ligne. Ce fut l'occasion de constater à quel point les décideurs se montrent particulièrement sensibles à la malveillance des propos allant parfois même jusqu'à condamner l'ensemble du discours tenu par le consommateur, dès qu'une parcelle de celui-ci est teinté de propos inadéquats ou de malveillance. Cela restreint corrélativement la liberté d'expression du consommateur, laquelle se retrouve souvent éclipsée au profit d'une protection de la réputation des entreprises. L'importance des sommes accordées à titre de dommages-intérêts, même en l'absence de preuve de préjudice concret de la part de l'entreprise, est assez révélatrice à cet égard, et elle fait craindre des enjeux considérables quant à l'endettement et à la sécurité financière des consommateurs.

Finalement, à ces nombreuses limites issues des recours en diffamation se greffent les limites contractuelles, qui peuvent émaner des conditions d'utilisation des plateformes numériques et du droit de regard envers les publications de l'utilisateur ou de sa renonciation à exercer son droit de parole dans le contrat conclu avec l'entreprise.

²²¹ Sheryl N. HAMILTON et Sandra ROBINSON, *Law's Expression: Communication, Law and Media in Canada*, LexisNexis, 2019, p. 23.

La Cour suprême du Canada a souvent rappelé que la diffamation devait évoluer au diapason des valeurs de la société et en fonction de l'importance accordée à la liberté d'expression. En effet :

« [L]e caractère diffamatoire d'une déclaration peut dépendre des circonstances de sa publication et variera en fonction du temps, du lieu et du contexte. Ce qui est considéré comme diffamatoire peut changer avec l'humeur du temps et l'opinion contemporaine, de sorte que ce qui peut être poursuivi à une époque peut ne pas l'être à une autre. »²²² (notre traduction)

La réalité est que désormais les gens s'expriment davantage sur le Web pour dénoncer des pratiques qu'ils jugent répréhensibles, pratique que les consommateurs ont aussi adoptée et que plusieurs entreprises utilisent désormais à des fins de marketing en encourageant leurs clients à donner leur avis. Dans l'analyse des propos diffamatoires, les décideurs doivent donc tenir compte de ce contexte particulier dans lequel s'inscrivent les critiques en ligne et le partage d'informations entre consommateurs. Il est assurément illusoire de penser que toute critique négative entraîne inévitablement une perte de considération et d'estime de la part des consommateurs envers une entreprise, d'autant plus que les consommateurs ne croient pas nécessairement tout ce qu'ils lisent²²³. Il est donc essentiel de ne pas perdre de vue ces considérations propres aux critiques en ligne, si l'on souhaite redonner pleinement aux consommateurs le droit de parole qui leur revient.

²²² Jonathan KROFT, Nicole WATSON et Baillie CHISICK, « Canadian defamation law: changing world, changing rules », (2012) *Ann. Rev. Civil Lit.*, p. 31, à la page 36. Voir aussi : *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, par. 16 et *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, par. 1.

²²³ COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO, Rapport final, *Diffamation Law in the Internet Age*, Mars 2020, p. 21.

Partie II. Une liberté d'expression retrouvée pour le consommateur

Je ne suis pas d'accord avec ce que vous dites, mais je me battrai jusqu'à la mort pour que vous ayez le droit de le dire. - S. G. Tallentyre²²⁴

La liberté d'expression joue un rôle fondamental dans le développement de notre société libre et démocratique. Elle protège non seulement les opinions acceptées, mais aussi celles qui contestent et parfois dérangent²²⁵. Elle a pour objectif de s'assurer « [...] que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles »²²⁶. La liberté d'expression fait d'ailleurs l'objet d'une protection constitutionnelle à l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²²⁷. Le Québec²²⁸ et la Saskatchewan²²⁹ par l'entremise de lois quasi constitutionnelles protègent également ce droit.

Cette liberté de s'exprimer prend particulièrement tout son sens dans le contexte des critiques en ligne puisque « [...] les consommateurs jouissent aussi d'une liberté d'expression qui se manifeste parfois sous la forme d'une contre-publicité destinée à critiquer un produit ou à commenter de façon négative la prestation de services »²³⁰.

Qui plus est, dans une action en diffamation, « [...] ce n'est pas uniquement l'intérêt d'un individu à protéger sa réputation qui est en jeu [...], mais également l'intérêt du public à protéger la liberté d'expression »²³¹. Encore récemment, dans l'arrêt *Ward*, le plus haut tribunal canadien rappelait que la liberté d'expression n'a pas été élevée au rang de liberté fondamentale « [...] pour encourager la censure »²³².

Il s'avère donc primordial de protéger le contenu de la liberté d'expression en droit de la consommation (**chapitre 1**) et, le cas échéant, de s'assurer que les droits et recours offerts aux consommateurs remplissent cette fonction (**chapitre 2**).

²²⁴ Souvent associé à tort à Voltaire, cette citation provient plutôt de : S. G. TALLENTYRE, *The Friends of Voltaire*, London, Smith, Elder & Co., 1906, p. 199 [traduction libre]. La phrase, dans sa version originale, se lit comme suit: « I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it ».

²²⁵ *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, par. 21.

²²⁶ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927, p. 968.

²²⁷ *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

²²⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art. 3 et 44.

²²⁹ *The Saskatchewan Human Rights Code, SS 1979*, c S-24.1, art. 5.

²³⁰ *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, par. 23.

²³¹ *Crookes c. Newton*, 2011 CSC 47, par. 31.

²³² *Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43, par. 5.

Chapitre 1. Le contenu protégé de la liberté d'expression en droit de la consommation

S'il peut arriver que des critiques publiées en ligne par des consommateurs outrepassent les limites de ce que la liberté d'expression autorise, il ne faut pas perdre de vue que les évaluations en ligne d'entreprises servent également l'intérêt public. Ainsi, les critiques négatives, lorsqu'elles sont faites de façon honnête et juste, ne doivent pas se traduire par une action en justice réussie simplement parce que la personne évaluée n'est pas en accord avec le contenu²³³. Les avis en ligne permettent non seulement aux consommateurs de faire des choix de consommation éclairés (1.1), mais peuvent également servir à renforcer ou redorer la réputation de l'entreprise (1.2).

1.1 Les choix de consommation éclairés

Avec l'avènement des médias sociaux et des sites d'évaluation, le bouche-à-oreille traditionnel a graduellement cédé le pas à la prise de parole électronique, sous forme de commentaires écrits. Les consommateurs s'en remettent désormais à ces plateformes et aux évaluations de leurs pairs pour juger de la fiabilité d'une entreprise et de la qualité de ses services. La possibilité pour les consommateurs de partager entre eux leur expérience d'achat a modifié l'équilibre des pouvoirs entre les entreprises et les clients, permettant ainsi aux consommateurs de faire des choix de consommation éclairés avant de contracter auprès d'une entreprise :

« It is constructive when it is done right on a platform that helps businesses and has a lot of values like Google reviews. » Ontario

Alors que dans certains cas ce sont directement les consommateurs qui pourront servir l'intérêt public par l'entremise de leurs commentaires (1.1.1), dans d'autres cas ils se tourneront vers les journalistes pour raconter leur histoire (1.1.2). Considérant l'importance que cette liberté d'expression représente pour les consommateurs, une entreprise cherchant à faire taire à tout prix un consommateur s'expose à des sanctions, notamment en cas de poursuites abusives (1.1.3).

1.1.1 La notion d'intérêt public

Les avis en ligne constituent une source cruciale d'information avant d'effectuer l'achat de biens ou de services, à un point tel que 67 % des consommateurs refuseraient tout simplement d'acheter un bien si celui-ci n'a fait l'objet d'aucun commentaire²³⁴. Du point de vue de ceux qui publient ces avis, le souci de mettre en garde les autres consommateurs et de les protéger contre des pratiques abusives d'une entreprise constitue l'une des principales motivations à la publication d'une critique :

« It is important because the reviews can help other people be aware of what they are buying. » Ontario

²³³ *Luc Crawford Design Inc., et al v. Mullowney et al.*, 2021 ONSC 7849, par. 59.

²³⁴ Howard J. DEANE, *Renforcer le marché au moyen d'un cadre de protection des consommateurs qui régit les avis clients en ligne*, Conseil canadien des consommateurs, 2016, p. 47.

Or, pour être considéré d'intérêt public, il ne suffit pas qu'un sujet intéresse le public, il doit préoccuper le public de façon importante parce qu'il affecte le bien-être des citoyens²³⁵. Autrement dit, la diffusion de l'information doit répondre à une utilité sociale²³⁶ et être bénéfique et profitable à un grand nombre d'individus²³⁷. À cet égard, les tribunaux ont affirmé, de façon constante, que les questions touchant à la protection des consommateurs, telles que le partage de leur expérience quant à la qualité d'un bien ou d'un service offert, relevaient de l'intérêt public²³⁸. C'est donc dire que la publication de remarques négatives à l'endroit d'une entreprise ne devrait pas être passible de poursuites, dans la mesure où elle est effectuée de façon honnête, fondée sur des faits et réalisée dans l'intérêt public²³⁹.

Dans la mesure où un commentaire porte sur une question d'intérêt public, il est possible pour un consommateur poursuivi d'invoquer la défense de commentaire loyal²⁴⁰. Cette défense sera toutefois rejetée si le demandeur établit que le commentaire a été fait de façon malveillante²⁴¹. De plus, la défense de commentaire loyal ne sera pas disponible, dans l'éventualité où la déclaration du défendeur constitue une affirmation de fait et non un commentaire ou qu'elle peut être interprétée comme un commentaire, mais que les faits sous-jacents ne sont pas démontrés²⁴². Ainsi, une critique d'un service offert, fondé sur une opinion subjective du service, peut être protégée par la défense de commentaire loyal, à condition que les faits sur lesquels la critique s'appuie soient fondés²⁴³.

Bien que ce moyen de défense ne soit pas applicable à proprement parler en droit civil québécois, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, les tribunaux québécois pourront prendre en compte les critères de la défense de commentaire loyal dans la détermination du caractère fautif des

²³⁵ *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 105 ; Sheryl N. HAMILTON et Sandra ROBINSON, *Law's Expression : Communication, Law and Media in Canada*, LexisNexis, 2019, p. 14 et 15.

²³⁶ *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles Inc.*, 1994 CanLII 5883 (QC CA) p. 21.

²³⁷ Pour les critères de l'intérêt public, voir la décision *9329-6481 Québec inc. c. Ouimet*, 2020 QCCS 3472, par. 44.

²³⁸ La question d'intérêt public en matière de protection du consommateur a notamment été abordée dans les décisions suivantes : *Gestion finance Tamalia inc. c. Garrel*, 2012 QCCA 1612, par. 53 ; *Level One Construction Ltd. v. Burnham*, 2018 BCSC 1354, par. 179, inf. par 2019 BCCA 407 ; *New Dermamed Inc. v. Sulaiman*, 2018 ONSC 2517, par. 25 à 27, conf. par 2019 ONCA 141 ; *Bradford Travel and Cruises Ltd. v. Viveiros*, 2019 ONSC 4587, par. 31 et 32.

²³⁹ *Peterson v. Deck*, 2021 BCSC 1670, par. 90.

²⁴⁰ Voir la décision *Wic radio ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, par. 28. Pour faire valoir cette défense, les exigences suivantes devront être satisfaites : « a) le commentaire doit porter sur une question d'intérêt public ; b) le commentaire doit être fondé sur des faits ; c) le commentaire peut comprendre des conclusions de fait, mais doit être reconnaissable en tant que commentaire ; d) le commentaire doit répondre au critère objectif suivant : pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés ? (soulignements omis) ; e) même si le commentaire répond au critère objectif, la défense peut échouer si le demandeur prouve que le défendeur était [subjectivement] animé par la malice ».

²⁴¹ À ce titre, la malveillance comprend la rancune ou la mauvaise volonté, mais peut également être établie en montrant qu'un commentaire a été fait avec un motif indirect ou un but inavoué, de manière malhonnête, ou en connaissance de cause ou avec un mépris téméraire de la vérité : *Hill c. Église de Scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130, par. 145.

²⁴² *Level One Construction Ltd. v. Burnham*, 2018 BCSC 1354, par.96, inf. par 2019 BCCA 407. « Par exemple, si des propos renvoient à des faits relativement à la conduite d'une personne et que l'on conclue, sur ces faits, que la conduite est « dégradante », l'affirmation concernant la conduite est manifestement du commentaire. Cependant, si les propos ne font qu'affirmer que la personne a adopté une conduite dégradante, sans être accompagnés de faits, cette affirmation en sera une de fait et non d'opinion » : Christian LEBLANC, « La défense de commentaire honnête en droit civil québécois », dans *La diffamation : deuxième colloque*, Éditions Yvon Blais, vol. 16, 2013, p. 151.

²⁴³ *New Dermamed Inc. v. Sulaiman*, 2018 ONSC 2517, par. 47, conf. par 2019 ONCA 141.

propos²⁴⁴. Cette défense demeure somme toute peu invoquée par les consommateurs québécois poursuivis en diffamation. En outre, le droit de toute personne d'être informée d'un sujet d'intérêt public est garanti par l'article 44 de la Charte québécoise, au chapitre des droits économiques et sociaux²⁴⁵.

Ce souci de protéger le discours portant sur des enjeux d'intérêt public se reflète aussi dans diverses politiques des plateformes numériques. À titre d'illustration, la société Meta a pris des engagements en matière de liberté d'expression en vertu desquels elle souhaite que les consommateurs puissent s'exprimer ouvertement sur les sujets qui comptent pour eux. Du contenu allant à l'encontre des standards de Facebook ou d'Instagram pourrait même être publié, dans l'optique où il est jugé pertinent et d'intérêt public. Pour ce faire, l'impact positif du contenu pour l'intérêt public sera évalué par rapport à son préjudice éventuel sur la personne visée²⁴⁶. Le même constat s'observe chez Twitter, où l'on trouve des exceptions concernant l'intérêt public. On y précise qu'il s'agit du contenu qui « [...] contribue directement à la compréhension ou à la discussion d'un sujet d'intérêt public »²⁴⁷. Le site LinkedIn prévoit expressément une exception à la notion d'intérêt public, en mentionnant que « [...] les désaccords, les commentaires ou la critique sur des politiques et des sujets d'intérêt public ou sur des organisations sont autorisés, à condition de ne pas insulter ni diffamer »²⁴⁸. Par contre, la tolérance semble plus élevée à l'égard des personnalités sur la scène publique, étant donné que « [l]es membres peuvent exprimer une critique négative et une vive désapprobation envers des personnalités publiques [...] ou d'autres individus qui se placent volontairement dans la sphère publique²⁴⁹ ».

En définitive, la notion d'intérêt public s'avère non seulement un rempart important pour les consommateurs qui publient ou consultent les avis en ligne, mais elle permet en outre d'établir un équilibre entre la protection de la réputation d'un individu ou d'une entité privée et la liberté d'expression, en offrant à chaque citoyen la possibilité de commenter ou de critiquer une préoccupation d'intérêt pour la société²⁵⁰.

²⁴⁴ *Prud'homme c. Prud'homme* 2002 CSC 85, par. 63 ; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, par. 31 ; Christian LEBLANC, « La défense de commentaire honnête en droit civil québécois », dans *La diffamation : deuxième colloque*, Éditions Yvon Blais, vol. 16, 2013, p. 160.

²⁴⁵ Cette disposition précise que : « toute personne a droit à l'information dans la mesure prévue par la loi ».

²⁴⁶ <https://transparency.fb.com/fr-fr/policies/community-standards/> ; https://fr-fr.facebook.com/help/instagram/477434105621119/?helpref=hc_fnav.

²⁴⁷ <https://help.twitter.com/fr/rules-and-policies/public-interest> : À l'heure actuelle seuls les tweets d'élus et de représentants du gouvernement font l'objet d'une exception.

²⁴⁸ <https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/a1342756?lang=fr>.

²⁴⁹ <https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/a1342756?lang=fr>.

²⁵⁰ *Société TVA inc. c. Marcotte*, 2015 QCCA 1118, par. 104 et 105 (demande d'autorisation d'appel rejetée, 2016 CanLII 13757 (CSC)).

1.1.2 Le recours aux journalistes pour diffuser son message

S'inscrivant au cœur de la liberté d'expression, la liberté de presse joue un rôle essentiel et inestimable dans notre société²⁵¹ :

« Les médias ont un rôle primordial à jouer dans une société démocratique. Ce sont les médias qui, en réunissant et en diffusant les informations, permettent aux membres de notre société de se former une opinion éclairée sur les questions susceptibles d'avoir un effet important sur leur vie et leur bien-être. »²⁵²

Dans un sondage réalisé en 2006, 43 % des citoyens avaient reconnu qu'ils préféreraient s'adresser à une émission télévisée comme *La Facture* ou *JE* plutôt qu'au tribunal²⁵³. Pour des raisons similaires, des consommateurs peuvent préférer recourir aux journalistes et aux médias traditionnels pour sensibiliser le public à des situations vécues auprès d'une entreprise et ainsi rejoindre un plus grand auditoire, au lieu de se tourner vers les sites d'évaluation ou les médias sociaux. De l'avis d'un participant des groupes de discussion, les émissions d'affaires publiques constituent une meilleure façon d'exposer les entreprises et sont plus susceptibles de les inciter à modifier leur comportement que les avis en ligne.

En cela, le rôle des médias traditionnels « [...] consiste à informer le public en traitant le sujet avec objectivité, en le présentant de façon impartiale, juste et en respectant les normes journalistiques applicables, après avoir mené une enquête professionnelle »²⁵⁴. Les médias, tout comme les journalistes, doivent donc répondre à des normes d'objectivité, d'habileté et d'utilité sociale²⁵⁵, sans quoi ils s'exposent à des poursuites judiciaires²⁵⁶. Certains outils et guides ont d'ailleurs été créés pour orienter les journalistes dans leur travail²⁵⁷.

²⁵¹ L'article 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés garantit d'ailleurs la liberté de presse ; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, par. 48.

²⁵² *S.R.C. c. Procureur général du Nouveau-Brunswick* [1991] 3 R.C.S. 459, p. 475.

²⁵³ Marie-Claude MALBŒUF, « Près de la moitié des Québécois ne font pas confiance aux tribunaux », *La Presse* [de Montréal] (5 janvier 2006).

²⁵⁴ *Société TVA inc. c. Marcotte*, 2015 QCCA 1118, par. 85 (demande d'autorisation d'appel rejetée, 2016 CanLII 13757 (CSC)).

²⁵⁵ *Girard c. Canadian Broadcasting Corporation*, 2008 QCCS 30, par. 67.

²⁵⁶ Pour des exemples de jugements où des médias et des journalistes ont été poursuivis, voir les décisions suivantes : *Gestion finance Tamalia inc. c. Garrel*, 2012 QCCA, 1612 ; *Société TVA inc. c. Marcotte*, 2015 QCCA 1118 (demande d'autorisation d'appel rejetée, 2016 CanLII 13757 (CSC)) ; *Lalli c. Gravel*, 2021 QCCA 1549 (demande d'autorisation d'appel rejetée, 2022 CanLII 51803 (CSC)) ; *Subway Franchise Systems of Canada, Inc. v. Société Radio-Canada*, 2021 ONCA 26 (demande d'autorisation d'appel rejetée, 2021 CanLII 61399 (CSC)) ; *2504027 Ontario Inc. o/a S-Trip! v. Société Radio-Canada (SRC) et al.*, 2021 ONSC 3471.

²⁵⁷ À titre d'exemples, le Code of Journalistic Ethics au Canada, le Guide de déontologie des journalistes du Québec, les énoncés du Conseil de presse du Québec, le Code of Ethics for journalism en Alberta. De façon générale, ces guides traitent de l'obligation pour les journalistes de vérifier la véracité des faits qu'ils diffusent, de ne pas exagérer ni induire en erreur le public, etc.

Au Québec, hormis certaines règles applicables aux journaux visés par la *Loi sur la presse*²⁵⁸, les médias et les journalistes ne sont pas soumis à un régime spécifique de responsabilité autre que celui de la responsabilité civile²⁵⁹. L'appréciation de la faute commise par un journaliste ou une entreprise médiatique se fera en tenant compte des normes professionnelles journalistiques et sera comparée aux méthodes qu'un journaliste raisonnable, compétent et honnête aurait utilisées²⁶⁰. En outre, il faudra examiner la teneur du reportage, la méthodologie utilisée et le contexte dans lequel il s'inscrit²⁶¹. Le droit civil québécois impose une obligation de moyens aux journalistes et aux médias et non une obligation de résultat²⁶². En ce qui a trait au consommateur qui recourt à un média pour dénoncer une situation ou pour l'informer d'un sujet d'intérêt public, sa responsabilité ne sera pas engagée, à moins qu'il soit démontré que sa démarche dénote une intention de nuire à l'entreprise, en rapportant par exemple de fausses informations²⁶³.

Du côté de la common law, la défense d'immunité relative trouve application chaque fois qu'une personne qui communique des renseignements possède un intérêt ou une obligation légale, sociale ou morale de les transmettre à une autre personne qui a un intérêt réciproque à les recevoir²⁶⁴. Cela pourrait notamment être le cas d'un journaliste qui publie, dans l'intérêt public, des informations pouvant avoir une incidence sur la réputation d'une entreprise, mais qu'il croit honnêtement vraies²⁶⁵.

Dans l'arrêt *Grant*, la Cour suprême canadienne a introduit un nouveau moyen de défense, soit la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public. Cette défense se distingue de la défense de commentaire loyal en ce qu'elle vise les énoncés de faits plutôt que les commentaires. Elle fait l'objet d'un test en deux étapes :

« Premièrement, la communication doit concerner une question d'intérêt public. Deuxièmement, le défendeur doit démontrer que la communication était responsable, en ce sens qu'il s'est efforcé avec diligence de vérifier les allégations, compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes. »²⁶⁶

²⁵⁸ RLRQ c. P-19. Cette loi constitue une exception au droit commun et vise à protéger la liberté d'expression du propriétaire d'un journal et des journalistes. Pour ce faire, elle prévoit un délai de prescription plus court de trois mois et la possibilité de se rétracter. Elle permet aussi un droit de réponse pour la personne visée par l'article. À noter que cette loi ne s'applique pas à un article publié sur un site Web d'information en continu : *Guimont c. Bussièrès*, 2019 QCCA 280 (demande d'autorisation d'appel rejetée, 2021 CanLII 129758 (CSC)).

²⁵⁹ Pierre TRUDEL, « La faute journalistique en droit civil », *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 49-3, 2015, p. 637, à la page 651.

²⁶⁰ *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, par. 61 et 62.

²⁶¹ *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, par. 83.

²⁶² Pierre TRUDEL, « La faute journalistique en droit civil », *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 49-3, 2015, p. 637, à la page 653.

²⁶³ *Société TVA inc. c. Marcotte*, 2015 QCCA 1118, par. 110 (demande d'autorisation d'appel rejetée, 2016 CanLII 13757 (CSC)).

²⁶⁴ *Hill c. Église de Scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130, par. 143.

²⁶⁵ *Prud'homme c. Prud'homme* 2002 CSC 85, par. 50.

²⁶⁶ *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 98.

Pour guider l'analyse, un certain nombre de facteurs pourront être pris en compte²⁶⁷. Il est intéressant de noter que ce moyen de défense n'est pas à la disposition des seuls journalistes, mais bien de toute personne qui produit une publication sur une question d'intérêt public, et ce, peu importe le support utilisé²⁶⁸. Ainsi, un consommateur poursuivi par une entreprise pourrait techniquement invoquer ce moyen de défense s'il satisfait à ces critères d'application.

De l'avis du plus haut tribunal du pays, ce nouveau moyen de défense serait davantage adapté au contexte de la *cyberdiffamation*, compte tenu du fait que :

« [...] de nouveaux modes de communication (beaucoup d'entre eux en ligne) permettant de traiter de questions d'intérêt public et ne faisant pas appel à des journalistes se greffent rapidement aux médias traditionnels. À moins qu'il n'existe des motifs valables de les exclure, ces nouveaux propagateurs de nouvelles et d'information devraient être soumis aux mêmes règles juridiques que celles auxquelles sont soumis les médias établis. »²⁶⁹

Tout comme pour la défense de commentaire loyal, cette défense ne sera pas applicable si les propos ont été faits avec malice. Encore une fois, bien que cette défense ne soit pas directement applicable en droit québécois, elle s'apparente au raisonnement applicable en droit civil, qui analyse le caractère raisonnable de la conduite²⁷⁰.

Pour tout dire, les consommateurs comme les journalistes ont la possibilité de renseigner la population sur des questions d'intérêt public. Certes, le travail requis à l'origine de l'information transmise demeure distinct. Alors que le consommateur relatera généralement son histoire de son point de vue personnel, le journaliste sera tenu, pour sa part, de traiter le sujet avec objectivité et d'informer le public de façon juste et impartiale²⁷¹. Quoi qu'il en soit, les informations transmises par ces deux groupes participent à l'intérêt public et il revient, en conséquence, aux tribunaux de protéger un tel discours. La protection contre les poursuites abusives, que nous examinerons à l'instant, constitue d'ailleurs un autre moyen à la disposition des tribunaux pour restreindre l'envie d'une entreprise de réduire au silence tous ceux qui critiquent sa conduite.

²⁶⁷ Les facteurs suivants seront pris en compte : « a) la gravité de l'allégation ; b) l'importance de la question pour le public ; c) l'urgence de la question ; d) la nature et la fiabilité des sources ; e) la question de savoir si l'on a demandé et rapporté fidèlement la version des faits du demandeur ; f) la question de savoir si l'inclusion de l'énoncé diffamatoire était justifiable ; g) la question de savoir si l'intérêt public de l'énoncé diffamatoire réside dans l'existence même de l'énoncé, et non dans sa véracité (« relation de propos ») ; h) toute autre considération pertinente » : *Grant c. Torstar*, 2009 CSC 61, par. 126.

²⁶⁸ *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 96.

²⁶⁹ *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 96 ; Voir aussi Sheryl N. HAMILTON et Sandra ROBINSON, *Law's Expression: Communication, Law and Media in Canada*, LexisNexis, 2019, p. 75.

²⁷⁰ François DEMERS, « Décisions d'intérêt rendues en 2009 en droit de la diffamation. La liberté d'expression a un prix » (2010) 22-2 C.P.I., 250.

²⁷¹ *Société TVA inc. c. Marcotte*, 2015 QCCA 1118, par. 74, 75 et 85 (demande d'autorisation d'appel rejetée, 2016 CanLII 13757 (CSC)) ; *Lalli c. Gravel*, 2021 QCCA 1549, par. 59 (demande d'autorisation d'appel rejetée, 2022 CanLII 51803 (CSC)).

1.1.3 La protection contre les poursuites abusives

Actuellement, trois provinces canadiennes ont adopté des dispositions concernant les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique (*Strategic lawsuits against public participation ou SLAAP*), mieux connues sous l'appellation « poursuites-bâillons »²⁷². Il s'agit de procédures judiciaires souvent intentées dans le but de décourager et d'intimider des individus ou organisations engagés dans la dénonciation publique sur des enjeux collectifs²⁷³. Certains comparent même cela à une forme d'intimidation judiciaire masquée visant à limiter et neutraliser la liberté d'expression²⁷⁴. L'objectif des poursuites-bâillons ne vise alors pas tant à obtenir gain de cause sur le fond du litige, mais plutôt à créer de la peur chez la personne poursuivie et ainsi espérer la faire taire²⁷⁵. Les situations de poursuites-bâillons les plus courantes reposent d'ailleurs sur un recours en diffamation²⁷⁶.

Au Québec, ce sont les articles 51 et 52 du *Code de procédure civile*²⁷⁷ qui permettent de faire déclarer une demande en justice abusive lorsque celle-ci a pour effet de limiter la liberté d'expression dans un contexte de débat public²⁷⁸. L'article 52 alinéa 1 opère un renversement du fardeau de la preuve, en imposant à la partie demanderesse de démontrer que son recours se justifie en droit et que celui-ci n'est pas exercé de manière excessive et déraisonnable. Ainsi, ce serait à l'entreprise de démontrer que sa poursuite contre le consommateur est justifiée et qu'elle n'est pas abusive. Afin d'évaluer le caractère abusif ou non de la demande, la faiblesse des fondements sur lesquels elle repose ainsi que l'importance de la réclamation sont deux facteurs particulièrement importants²⁷⁹. Devant une telle demande, le tribunal doit toutefois « [...] exercer

²⁷² De tels projets de lois ont été présentés en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick, mais n'ont pas été adoptés.

²⁷³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP)*, Rapport du comité au ministre de la Justice, Montréal, 2007, p. 7 ; Alexandra PASCA, « Les poursuites-bâillons : frontière entre liberté d'expression et droit à la réputation », *Lex Electronica*, vol. 14, n° 2, 2009, p. 2.

²⁷⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP)*, Rapport du comité au ministre de la Justice, Montréal, 2007, p. 1 ; Alexandra PASCA, « Les poursuites-bâillons : frontière entre liberté d'expression et droit à la réputation », *Lex Electronica*, vol. 14, n° 2, 2009, p. 2.

²⁷⁵ Alexandra PASCA, « Les poursuites-bâillons : frontière entre liberté d'expression et droit à la réputation », *Lex Electronica*, vol. 14, n° 2, 2009, p. 6.

²⁷⁶ Alexandra PASCA, « Les poursuites-bâillons : frontière entre liberté d'expression et droit à la réputation », *Lex Electronica*, vol. 14, n° 2, 2009, p. 2. Pour des exemples de jugements où des consommateurs ont invoqué les dispositions en matière de poursuites-bâillons, voir notamment les décisions suivantes : 9227-2202 *Québec inc. c. Kelly*, 2017 QCCQ 14883 ; *Bradford Travel and Cruises Ltd. v. Viveiros*, 2019 ONSC 4587 ; *Niu v. Cao*, 2020 ONSC 5407 ; *Chic Marie inc. c. Dangoisse*, 2021 QCCQ 11468 (demande d'autorisation d'appel rejetée, 2022 QCCA 131) ; *Peterson v. Deck*, 2021 BCSC 1670.

²⁷⁷ RLRQ c C-25.01.

²⁷⁸ Dans l'arrêt *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, par.72 (demande d'autorisation d'appel rejetée, 2012 CanLII 704 (CSC)), la Cour d'appel a considéré que des commentaires portant sur les produits ou les services offerts par des commerçants font partie du « débat public ».

²⁷⁹ Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-240. Voir aussi le texte suivant pour une liste plus exhaustive des critères : Raphaël LESCOP, « Attention ! Votre poursuite vise-t-elle à bâillonner ? », dans *La Diffamation : deuxième colloque*, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 45.

une grande prudence pour ne pas priver indûment une partie du droit fondamental de s'adresser aux tribunaux qui est prévu à l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* »²⁸⁰.

En Ontario, c'est l'article 137.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*²⁸¹ qui crée une procédure préalable au procès. Celle-ci permet de rejeter les réclamations attaquant des déclarations portant sur des questions d'intérêt public. L'objectif consiste à « encourager les particuliers à s'exprimer sur des affaires d'intérêt public »²⁸², en décourageant « le recours aux tribunaux comme moyen de limiter indûment l'expression »²⁸³ sur de telles questions. On cherche par là à créer un équilibre entre le droit à la liberté d'expression et les dommages causés à la réputation en raison de propos prétendument diffamatoires²⁸⁴. En 2020, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion, dans l'affaire *1704604 Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*²⁸⁵, d'expliquer les critères régissant l'application de l'article 137.1 de la loi. Une requête en vertu de cette disposition impose le fardeau initial au défendeur, en l'occurrence le consommateur, de convaincre le juge que l'instance découle d'une affaire d'intérêt public. La notion d'intérêt public doit ici être interprétée largement et impliquer des questions pour lesquelles le public a des préoccupations substantielles²⁸⁶. Des décisions ont reconnu que les commentaires en ligne concernant des entreprises ont une fonction importante puisque les membres du public ont intérêt à savoir des choses sur les entreprises qui leur offrent des services²⁸⁷.

Une fois cet aspect démontré, le fardeau est transféré sur les épaules du demandeur, soit l'entreprise, qui doit alors convaincre le juge que sa demande est substantiellement bien fondée, que le défendeur n'a pas de défense valable et que l'intérêt public à permettre la poursuite de l'instance l'emporte sur l'intérêt public à protéger l'expression en cause²⁸⁸. Le cœur de l'analyse se situe à ce stade de l'enquête qui sert de « [...] solide filet de sécurité qui permet au juge [...] de rejeter des demandes, même bien fondées sur le plan technique, si l'intérêt public à protéger l'expression qui donne naissance à l'instance l'emporte sur l'intérêt public à permettre que l'instance suive son cours »²⁸⁹.

C'est d'ailleurs souvent à cette dernière étape de l'analyse que le fardeau du demandeur échoue. Cela signifie que dans la mesure où l'entreprise n'est pas capable de faire la démonstration qu'elle subit un préjudice important résultant des propos tenus par le consommateur, le recours en diffamation doit être rejeté à ce stade-ci. À notre avis, cette façon de faire permet de trouver un certain équilibre entre le droit de parole des consommateurs et le

²⁸⁰ 9227-2202 *Québec inc. c. Kelly*, 2017 QCCQ 14883, par. 33.

²⁸¹ LRO 1990, c C.43.

²⁸² *Loi sur les tribunaux judiciaires*, LRO 1990, c C.43, art. 137.1(a).

²⁸³ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, LRO 1990, c C.43, art. 137.1(c).

²⁸⁴ 910938 *Ontario Inc v. Moore*, 2020 ONSC 4553, par. 11.

²⁸⁵ 2020 CSC 22.

²⁸⁶ 1704604 *Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, 2020 CSC 22, par. 26.

²⁸⁷ Il y a eu plusieurs décisions récentes qui traitent de la question de savoir si les avis en ligne d'entreprises peuvent constituer une question d'intérêt public dans le contexte de l'art. 137.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario : *Bradford Travel and Cruises Ltd. v. Viveiros*, 2019 ONSC 4587, par. 31-32 ; *Niu v. Cao*, 2020 ONSC 5407 ; 910938 *Ontario Inc. v. Moore*, 2020 ONSC 4553, par. 19-21 ; *Canadian Thermo Windows Inc. v. Seangio*, 2021 ONSC 6555, par. 89.

²⁸⁸ 1704604 *Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, 2020 CSC 22, par. 18.

²⁸⁹ 1704604 *Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, 2020 CSC 22, par. 62.

droit des entreprises de veiller à leur réputation dans des situations où le préjudice subi est significatif.

En mars 2019, le *Protection of Public Participation Act*²⁹⁰ (ci-après « PPPA ») est entré en vigueur en Colombie-Britannique. L'objectif de cette loi est de protéger la participation du public dans les affaires d'intérêt public. Le PPPA est calqué sur la législation ontarienne et comporte des règles pratiquement identiques. L'article 4 du PPPA crée une procédure préalable au procès qui permet à un défendeur de demander au tribunal une ordonnance rejetant une demande qui découle de l'intérêt public. La première étape impose au défendeur le fardeau de démontrer selon la balance des probabilités que : 1) l'action découle d'une expression faite par le défendeur ; et 2) l'expression se rapporte à une question d'intérêt public²⁹¹. Dans ce contexte, la notion d'intérêt public doit recevoir une interprétation large et libérale²⁹². Si le défendeur satisfait la première étape, il incombera alors au demandeur de démontrer que l'action ne devrait pas être rejetée, en convainquant le tribunal qu'il existe des motifs de croire que la procédure est fondée, qu'elle a une perspective de succès et que le défendeur n'a pas de défense valable²⁹³.

Bien que les dispositions contre les poursuites-bâillons soient fréquemment invoquées en Ontario et permettent dans plusieurs cas de faire échouer le recours en diffamation d'une entreprise, elles semblent, pour une raison inconnue, sous-utilisées au Québec et en Colombie-Britannique par les consommateurs poursuivis²⁹⁴.

Peu importe la forme que revêtent ces dispositions, elles démontrent bien l'importance que la société accorde à la liberté d'expression, particulièrement en ce qui a trait à des enjeux d'intérêt public sur lesquels porte l'expression, et le fait que les avantages de celle-ci l'emportent sur le préjudice causé à une entreprise²⁹⁵.

1.2 Une conciliation possible avec le droit à la réputation

Si les critiques négatives peuvent toucher tout type d'entreprise, ce sont généralement les plus petites entreprises ou celles visant des professionnels qui seront le plus grandement affectées par de mauvaises critiques. Certains consommateurs rencontrés lors des groupes de discussion ont d'ailleurs admis être plus hésitants à publier une critique négative lorsqu'il s'agissait d'une plus petite entreprise, en raison du tort que cela peut lui causer.

Ce souci de protéger les plus petites entreprises se reflète dans certaines législations, notamment en Australie, où l'on prévoit qu'une entreprise ne pourra pas entreprendre un recours en

²⁹⁰ SBC 2019, c 3.

²⁹¹ *Protection of Public Participation Act*, art. 4 (1).

²⁹² *1704604 Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, 2020 CSC 22, par. 28.

²⁹³ *Protection of Public Participation Act*, art. 4 (2).

²⁹⁴ Parmi notre échantillon, les dispositions contre les poursuites-bâillons ont été invoquées une seule fois au Québec et en Colombie-Britannique : *Chic Marie inc. c. Dangoisse*, 2021 QCCQ 11468 (demande d'autorisation d'appel rejetée, 2022 QCCA 131) ; *Peterson v. Deck*, 2021 BCSC 1670.

²⁹⁵ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, par. 36.

diffamation si elle compte plus de 10 employés à son actif²⁹⁶. Parmi les raisons invoquées pour justifier ce choix, il fut mentionné que la possibilité pour les entreprises d'intenter des poursuites en diffamation leur procurait un avantage injuste. On rappelle, à cet égard, que la loi sur la diffamation a été élaborée pour protéger la réputation individuelle et non celle des entreprises, d'autant plus que ces dernières ont la possibilité de protéger leur réputation et d'atténuer les dommages pouvant résulter de propos diffamatoires notamment grâce à des campagnes de relations publiques et de publicité²⁹⁷.

Autrement dit, les consommateurs ne sont pas les seuls à pouvoir influencer l'image des entreprises, ces dernières ayant elles aussi un rôle à jouer dans la gestion de leur réputation en ligne (1.2.1). En outre, la loi ne leur confère pas d'emblée le droit d'acquérir une bonne réputation (1.2.2).

1.2.1 La gestion de la réputation en ligne

Par l'entremise des avis en ligne, les consommateurs représentent vraisemblablement une partie intégrante du marketing des entreprises²⁹⁸. Certaines d'entre elles l'ont bien compris et n'hésitent pas à solliciter les avis de leurs clients à titre de stratégies publicitaires, allant parfois même jusqu'à leur offrir des incitatifs pour le faire²⁹⁹. Ainsi, à l'issue d'un sondage mené en 2022, 80 % des consommateurs ont été encouragés par des entreprises locales à laisser un avis et 26 % ont été invités à laisser un avis en échange d'une remise, ce qui représente une hausse de 11 % par rapport à l'année précédente³⁰⁰. Si des avis positifs peuvent offrir une publicité efficace et à faible coût pour se bâtir une clientèle, un avis négatif sera moins bien reçu de la part de l'entreprise.

Or, les entreprises qui invitent les commentaires des clients ne doivent pas s'attendre à recevoir uniquement des avis positifs³⁰¹. D'ailleurs, leur réussite en affaires dépend essentiellement de l'opinion publique, et de ce fait, elles s'apparentent en quelque sorte à des personnalités publiques, qui doivent s'attendre à faire l'objet de critiques³⁰². Comme le faisait remarquer le plus haut tribunal du pays « [c]elui qui recherche la notoriété ou attire sur lui l'attention publique s'expose aux critiques publiques, et il ne peut recourir aux tribunaux si la critique est moins favorable qu'il ne l'escomptait »³⁰³.

²⁹⁶ *Defamation Act 2005*, partie 2, section 2, article 9. Une entreprise pourrait tout de même tenter un recours pour *injurious falsehood*, c'est-à-dire une déclaration mensongère à son propos publiée auprès d'un tiers, qui est faite de façon malicieuse et qui cause un réel préjudice à l'entreprise.

²⁹⁷ Peter CoE, « An analysis of three distinct approaches to using defamation to protect corporate reputation from Australia, England and Wales, and Canada », (2021) 41-1 *Legal Studies*.

²⁹⁸ Cassandra BURKE ROBERTSON, « Online Reputation Management in Attorney Regulation », (2016) 29:1 *Geo J Legal Ethics*, p. 97, à la page 103.

²⁹⁹ Par exemple, des produits gratuits, des bons de réduction, des points de fidélité, des remboursements, etc. Plusieurs plateformes interdisent d'ailleurs la sollicitation d'avis en échange d'incitatifs ; à défaut, l'évaluation risque d'être supprimée.

³⁰⁰ Sammy PAGET, *Local Consumer Review Survey 2023*, Bright Local, 2023, en ligne : <https://www.brightlocal.com/research/local-consumer-review-survey/>.

³⁰¹ *Acumen Law Corporation v. Nguyen*, 2018 BCSC 961, par. 34.

³⁰² François HÉNAULT, *La conciliation de la Charte des droits et libertés de la personne et du Code civil du Québec en matière de diffamation*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2017, p. 101.

³⁰³ *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, par. 57 tiré de la décision *Macdonell c. Robinson* (1885), 12 O.A.R. 270, p. 272.

De plus, il faut dire que la critique est rarement étrangère au comportement de l'entreprise et à la façon dont elle a géré le dossier du client mécontent. À ce propos, des recherches sur les critiques en ligne ont démontré que la très grande majorité de ceux qui avaient publié en ligne avait d'abord tenté de résoudre leur problème par les canaux internes de l'entreprise³⁰⁴. Ce constat est également ressorti lors des groupes de discussion :

*« Je les ai appelés quelques fois, mais ils ne m'ont aidé que lorsque j'ai publié une critique. »
Québec*

Certains participants sont même allés jusqu'à reconnaître que s'ils avaient reçu une réponse favorable de la part de l'entreprise, ils n'auraient probablement pas senti le besoin de publier une critique. Ainsi, les clients publieront généralement des critiques négatives lorsqu'il y a un échec du service à la clientèle et que l'entreprise ne traite pas adéquatement leur plainte. Dans ces circonstances, la publication d'un avis se présente comme l'ultime moyen de rejoindre l'entreprise et de se faire entendre³⁰⁵.

Ce que désire bien souvent le consommateur, c'est obtenir une réponse positive ou encore des excuses de la part de l'entreprise. On comprend bien pourquoi les consommateurs expriment souvent, dans leurs critiques en ligne, un sentiment de trahison, qui résulte de l'absence de sérieux accordé à leurs problèmes³⁰⁶. Dans ce contexte, il est donc permis de se demander qui est réellement responsable de la détérioration de la réputation de l'entreprise. Est-ce le consommateur qui exprime son insatisfaction, en s'appuyant sur une mauvaise expérience vécue avec une entreprise ? Ou n'est-ce pas plutôt l'entreprise qui se montre peu soucieuse de la satisfaction de ses clients en leur offrant un service à la clientèle ou des produits de piètre qualité ?

La plateforme Yelp abonde en ce sens, en recommandant aux entreprises ce qui suit : « [l]a meilleure manière d'acquérir des avis pour les commerces est d'apporter à leurs clients un service irréprochable, des produits excellents et les encourager à découvrir leurs avis [...] »³⁰⁷. De même, un participant aux groupes de discussion faisait remarquer :

« If you are open about your business and someone writes a bad review, you will address that issue and resolve it. » Ontario

Pour tout dire, dans bien des cas, les entreprises ne seront pas complètement étrangères aux critiques négatives dont elles font l'objet ni à la réputation qui les précède. Notons également

³⁰⁴ Yany GRÉGOIRE, Thomas M. TRIPP et Renaud LEGOUX, « When Customer Love Turns into Lasting Hate : The Effects of Relationship Strength and Time on Customer Revenge and Avoidance », (2009), *Journal of Marketing*, vol. 73, p. 18, à la page 22.

³⁰⁵ Yany GRÉGOIRE, Thomas M. TRIPP et Renaud LEGOUX, « When Customer Love Turns into Lasting Hate: The Effects of Relationship Strength and Time on Customer Revenge and Avoidance », (2009), *Journal of Marketing*, vol. 73, p. 18, à la page 19.

³⁰⁶ Marc LACOURSIÈRE, « Les voies de justice du consommateur », dans Pierre-Claude LAFOND, Les voies de justice du consommateur : actes du colloque de la Fondation Claude Masse du 9 novembre 2017, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 243, à la page 263.

³⁰⁷ <https://blog.yelp.com/community/pourquoi-yelp-ne-tolere-pas-les-sollicitations-davis/>.

que le droit canadien ne garantit pas le droit de bénéficier d'une bonne réputation, comme nous en discuterons à la prochaine section.

1.2.2 L'absence de droit à une bonne réputation

Nous avons vu que les entreprises ont un rôle indéniable à jouer dans le développement et la sauvegarde de leur réputation commerciale. Cela se reflète aussi dans la protection juridique de la réputation, car les tribunaux accordent une attention particulière à la réputation antérieure de l'entreprise dans l'évaluation des dommages³⁰⁸. La qualité de la réputation dont jouissait le demandeur avant la diffusion des propos sera un élément considérable à prendre en compte et pourra, dans certains cas, justifier la réduction du quantum des dommages réclamés³⁰⁹. Cela pourra, par exemple, s'appliquer si l'entreprise est visée par d'autres critiques négatives³¹⁰.

En effet, il ne faut pas perdre de vue que la réputation « [...] qui est mise en cause dans une action en diffamation est celle que la personne visée par les propos possède vraiment, et non celle à laquelle elle pourrait s'attendre ou celle qu'elle mérite »³¹¹. Autrement dit, une personne ne devrait pas obtenir des dommages-intérêts pour une réputation qu'elle n'a pas méritée³¹².

En outre, le tribunal n'a pas le pouvoir de redorer l'image d'une entreprise dont la réputation a été entachée par ses propres agissements. Il ne peut que constater la présence ou non de diffamation et, le cas échéant, octroyer les dommages appropriés pour compenser le préjudice subi³¹³. À cet égard, rappelons que les Chartes et la législation ne garantissent pas le droit d'obtenir une bonne réputation. Elles offrent seulement la possibilité de sauvegarder celle que l'on a bâtie durement, et non de bénéficier d'une réputation irréprochable que l'on ne mérite pas.

À notre avis, une distinction s'impose aussi entre la réputation commerciale d'une entreprise et sa réputation au sens juridique. À titre d'exemple, un consommateur qui, en toute bonne foi, accorde une seule étoile à une entreprise risque certainement, d'un point de vue commercial, d'affecter la popularité de cette dernière. Là-dessus, soulignons que 87 % des consommateurs ne considéreraient pas une entreprise avec une note moyenne inférieure à 3 étoiles³¹⁴. Or, aucun fondement légal ne donne le droit d'obtenir une note parfaite après chaque transaction.

³⁰⁸ *Peterson v. Deck*, 2021 BCSC 1670, par. 107.

³⁰⁹ Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 – Principes généraux*, 9^e édition, 2020, 1-611.

³¹⁰ *9190-6206 Québec inc. c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361, par. 53 ; *Acumen Law Corporation v. Nguyen*, 2018 BCSC 961, par. 31 ; *J. Mao Dentistry Professional Corporation (Aba Dental Clinic) v. Boulet*, 2019 CanLII 31631 (ON SCSM), par. 47 ; *910938 Ontario Inc v. Moore*, 2020 ONSC 4553, par. 36 ; *Canadian Thermo Windows Inc. v. Seangio*, 2021 ONSC 6555, par. 127 et 128.

³¹¹ Florence FORTIER-LANDRY, *La diffamation sur Internet : Actualiser la responsabilité en droit civil et en common law au Canada*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2013, p. 36.

³¹² Sheryl N. HAMILTON et Sandra ROBINSON, *Law's Expression : Communication, Law and Media in Canada*, LexisNexis, 2019, p. 70.

³¹³ À titre d'exemple, voir la décision *9190-6206 Québec inc. c. Lagha*, 2018 QCCQ 8361 où au paragraphe 77, le juge termine ses motifs en mentionnant : « [I]e rôle du Tribunal n'est pas de mousser la publicité de [...], mais simplement de constater s'il y a faute, dommage et lien de causalité, et de compenser la demanderesse en conséquence ».

³¹⁴ Sammy PAGET, *Local Consumer Review Survey 2023*, Bright Local, 2023, en ligne : <https://www.brightlocal.com/research/local-consumer-review-survey/>.

En effet, la réputation commerciale d'une entreprise se construit essentiellement en fonction des expériences et des interactions auxquelles elle se livre avec chaque client³¹⁵. Une corrélation est d'ailleurs observée entre la réputation et la satisfaction du consommateur³¹⁶. Ainsi, « [...] la réputation correspond aux valeurs attribuées (telles l'authenticité, l'honnêteté, la responsabilité et l'intégrité) à une entreprise par un individu [...] »³¹⁷. Les entreprises demeurent donc les principales responsables de la réputation commerciale qu'elles bâtissent et acquièrent auprès des consommateurs. Cela ne signifie donc pas que le témoignage d'une expérience négative vécue par le consommateur porte juridiquement atteinte à la réputation de l'entreprise, au sens des critères applicables en matière de diffamation. Après tout, une critique négative n'est pas synonyme de critique diffamatoire.

Par ailleurs, la manière dont les entreprises réagiront à une critique négative aura bien souvent une plus grande incidence sur leur réputation que la critique en elle-même³¹⁸. Une étude a révélé que 88 % des consommateurs seront moins susceptibles d'acheter auprès d'une entreprise qui ignore les plaintes des clients en ligne³¹⁹. Les entreprises auraient donc tout intérêt à prioriser une approche d'ouverture et basée sur le dialogue avec les consommateurs plutôt que d'opter pour une approche répressive³²⁰. Il nous semble aussi qu'en judiciarisant l'affaire, l'entreprise risque d'attirer encore plus les projecteurs sur la critique contestée et de la voir se retrouver dans un jugement accessible publiquement.

Qui plus est, les entreprises peuvent aussi se servir de ces critiques pour améliorer la qualité des produits et services offerts. Pour plusieurs des participants rencontrés, les critiques en ligne offrent l'opportunité aux entreprises sensibles à leur image de prendre les mesures requises pour s'améliorer. Comme quoi le droit de parole des consommateurs n'est pas nécessairement inconciliable avec la protection de la réputation des entreprises.

Chapitre 2. Les droits et recours du consommateur

Une fois l'importance de la liberté d'expression reconnue, il convient non seulement de protéger le droit de parole spécifique des consommateurs, mais également d'assurer l'effectivité de leurs droits et recours en droit de la consommation (2.1). Des mécanismes alternatifs méritent également d'être mis en place, tels que la résolution des litiges en ligne (2.2).

³¹⁵ Philippe BOISTEL, « La réputation d'entreprise : un impact majeur sur les ressources de l'entreprise », *Management & Avenir*, 2008/3 (n° 17), p. 9, à la page 10.

³¹⁶ Philippe BOISTEL, « La réputation d'entreprise : un impact majeur sur les ressources de l'entreprise », *Management & Avenir*, 2008/3 (n° 17), p. 9, à la page 18.

³¹⁷ Philippe BOISTEL, « La réputation d'entreprise : un impact majeur sur les ressources de l'entreprise », *Management & Avenir*, 2008/3 (n° 17), p. 9, à la page 9 et 10.

³¹⁸ Cassandra BURKE ROBERTSON, « Online Reputation Management in Attorney Regulation », (2016) 29:1 *Geo J Legal Ethics*, p. 97, à la page 100.

³¹⁹ Yany GRÉGOIRE, Audrey SALLE et Thomas M. TRIPP, « Managing social media crises with your customers: The good, the bad, and the ugly », (2015), *Business Horizons*, vol. 58, p. 173.

³²⁰ Jonathan KROFT, Nicole WATSON et Baillie CHISICK, « Canadian defamation law: changing world, changing rules », (2012) *Ann. Rev. Civil Lit.*, p. 31, à la page 66.

2.1 L'effectivité des protections législatives sous-jacentes aux critiques en ligne

Si le droit de critiquer une entreprise découle de la liberté d'expression, droit fondamentalement reconnu et protégé par les Chartes, il gagnerait aussi à être établi et balisé explicitement dans les lois spécifiques au droit de la consommation (2.1.1). Par ailleurs, les critiques en ligne sont parfois le résultat d'une méconnaissance des protections spécifiques au droit de la consommation, d'où l'importance de bien renseigner les consommateurs (2.1.2).

2.1.1 Protéger le droit de critique des consommateurs

Déjà en 2002, le plus haut tribunal du pays reconnaissait que les consommateurs jouissent, par l'entremise de la liberté d'expression, de la possibilité de critiquer un produit ou de commenter de façon négative la prestation de services :

« Dans des limites établies par les principes juridiques relatifs à la diffamation, ce droit appartient à chaque consommateur. Celui-ci peut exprimer sa frustration ou sa déception à l'égard d'un produit ou d'un service. Sa liberté d'expression n'est pas limitée à cet égard à une communication privée destinée au seul vendeur ou fournisseur de services. Il peut partager ses préoccupations, ses inquiétudes ou même sa colère avec les autres consommateurs et chercher à les mettre en garde contre les pratiques d'une entreprise. [...] Ce type de communication peut avoir une importance sociale considérable, au-delà même du domaine purement commercial. »³²¹

Ce droit de critique a subséquemment été réaffirmé par certains textes législatifs, qui en adaptent l'exercice au contexte des critiques en ligne. À titre d'exemple, par l'entremise de l'article 10 de la *Convention européenne des droits de l'homme*³²² qui garantit le droit d'exprimer librement ses opinions, un internaute est protégé constitutionnellement et a le droit de laisser des avis négatifs sur Internet³²³. En Alberta, aucune action ne peut être engagée pour obtenir des dommages-intérêts résultant de la publication d'un avis négatif, à moins que les propos ne soient malveillants, vexatoires ou harcelants ou encore faits de mauvaise foi³²⁴.

À l'étranger, certaines juridictions ont aussi mis en place des dispositions législatives visant à protéger le droit de critique des consommateurs et à limiter les situations susceptibles de donner ouverture à une poursuite en diffamation. À cet égard, rappelons que les législations du Royaume-Uni et de l'Australie ont été modifiées afin d'y préciser qu'une action en diffamation ne pourra

³²¹ R. c. *Guignard*, 2002 CSC 14, par. 23.

³²² *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [Convention européenne des droits de l'homme], en ligne : <https://www.liguedh.be/la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/>.

³²³ S.A., « Diffamation et dénigrement sur internet, comment se protéger ? », *CGV-EXPERT*, 12 avril 2022, en ligne : <https://www.cgv-expert.fr/prestation-redaction-conditions-generales/diffamation-denigrement-internet-protoger>.

³²⁴ *Consumer Protection Act*, RSA 2000, c C-26.3, art. 183.1 (2).

pas être intentée à moins que le préjudice ne soit grave³²⁵. En outre, l'Australie empêche les entreprises de plus de 10 employés d'entreprendre un recours en diffamation³²⁶.

Pour les consommateurs rencontrés, le droit de critiquer une entreprise demeure un exercice essentiel puisqu'il s'agit d'une tribune permettant collectivement d'élever la voix contre les entreprises, qui sont en position de force.

Compte tenu de l'importance que revêt ce droit de critique, nous sommes d'avis que cette protection devrait faire l'objet d'une disposition législative adaptée au contexte du droit de la consommation dans l'ensemble des provinces canadiennes, afin que soit explicitement reconnu le droit des consommateurs de publier des avis négatifs.

2.1.2 Une méconnaissance des protections spécifiques au droit de la consommation

La presque totalité des répondants rencontrés lors des groupes de discussion ne croient pas qu'ils auraient pu résoudre le problème à l'origine de leur commentaire autrement que par le recours aux critiques en ligne, ni entreprendre des procédures judiciaires contre l'entreprise :

« It's the only way to express yourself when you had bad service. » Ontario

Ainsi, par méconnaissance de leurs droits, les consommateurs sont enclins à se tourner vers les avis en ligne pour régler leur différend, comme l'illustrent les propos d'un participant :

« La garantie normale du fabricant était expirée, la garantie prolongée était expirée, je n'avais plus aucun recours dans ma tête. » Québec

De façon similaire, un couple poursuivi en diffamation avait admis devant la cour qu'en raison de la difficulté à se faire rembourser les frais d'abonnement, « [...] le seul recours à leur disposition pour faire réagir les représentants de la demanderesse était d'écrire sur Facebook de tels propos »³²⁷. Or, dans la très grande majorité des cas, les raisons à l'origine de la critique, que ce soit par exemple dû à des représentations fausses, un défaut de délivrance, un bien non conforme à la description au contrat ou à la durée de vie d'un bien, auraient pu donner ouverture à un recours judiciaire contre l'entreprise. Dans ce scénario, précisons que le consommateur se placerait ainsi en victime d'une violation aux protections conférées par le droit de la consommation plutôt qu'en défendeur d'une atteinte aux droits de l'entreprise.

Cela démontre que, malgré l'institution de lois visant à protéger les consommateurs, ces protections législatives auront bien peu d'effectivité si les personnes à qui elles s'adressent ont des carences importantes dans la connaissance de leurs droits et recours. Il demeure donc essentiel de bien éduquer les consommateurs sur les protections s'offrant à eux afin qu'ils

³²⁵ *Defamation Act 2013*, Art. 1(2), en ligne : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/contents/enacted> ; *Defamation Act 2005*, partie 2, section 2 article 10A, en ligne : <https://legislation.nsw.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-2005-077>.

³²⁶ *Defamation Act 2005*, partie 2, section 2, article 9.

³²⁷ *9353-0913 Québec inc. c. Paré*, 2019 QCCQ, 4324, par. 3.

puissent utiliser les critiques en ligne à bon escient et éviter qu'elles ne se substituent aux voies de justice usuelles.

2.2 Le règlement alternatif des litiges en ligne

Les voies de justice actuelles pour régler les différends en matière de critiques en ligne comportent plusieurs obstacles de taille pour le consommateur, notamment en raison des coûts, des délais et du stress que peuvent engendrer des procédures judiciaires. Du côté de l'entreprise, la judiciarisation des litiges a aussi des effets indésirables, tels que la visibilité médiatique pouvant découler d'un procès et la diffusion plus large du commentaire qu'elle souhaite voir retirer de la toile. Aussi, la nature des droits en jeu fait en sorte qu'il est impératif d'agir rapidement pour protéger ces droits. En effet, les commentaires publiés sur le Web peuvent rapidement devenir viraux et être vus et partagés par plusieurs autres personnes.

À cet égard, le règlement de litiges en ligne (RLL) s'avère une alternative intéressante aux actions judiciaires traditionnelles³²⁸. Selon, la Commission des Nations unies pour le droit commercial international, « [l]e terme "règlement des litiges en ligne" désigne un "mécanisme de règlement des litiges utilisant des communications électroniques et d'autres technologies de l'information et de la communication" »³²⁹. De plus, « [...] parce qu'il met à profit la technologie, il permet, d'une part, de combattre le déséquilibre des forces entre consommateur et commerçants, et d'autre part, de fournir un accès à la justice lorsque les autres voies y menant s'avèrent impraticables »³³⁰.

Dans le cas de mésententes résultant d'une critique en ligne, le règlement des litiges en ligne pourrait donc être une avenue à prioriser, d'autant plus que la cause d'action a pris naissance en ligne. Parmi les différents outils de règlement en ligne pouvant être déployés, nous analyserons le recours à la médiation (2.2.1) et la création d'un tribunal de résolution de litige en matière de diffamation (2.2.2).

2.2.1 La médiation

Dans un souci d'améliorer l'efficacité et l'accessibilité de la justice, les modes privés de prévention et de règlement des différends³³¹ se sont répandus dans plusieurs domaines au cours

³²⁸ Sur le sujet, voir : Cléa IAVARONE-TURCOTTE, *La résolution en ligne des conflits de consommation à l'aune de l'accès à la justice*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

³²⁹ CNUDCI - COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, Notes techniques sur le règlement des litiges en ligne de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international, (2017), p. 4, en ligne : https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1700383-1_french_technical_notes_on_odr_0.pdf.

³³⁰ Cléa IAVARONE-TURCOTTE, *La résolution en ligne des conflits de consommation à l'aune de l'accès à la justice*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 60.

³³¹ La négociation, la médiation, l'arbitrage et la conciliation font partie des modes privés de prévention et de règlement des différends.

des dernières années³³². Que l'on songe, à cet égard, à la plateforme Parle consommation au Québec qui, depuis 2016, permet à des consommateurs et des commerçants de résoudre gratuitement et rapidement en ligne un litige les opposant et leur offre au besoin la possibilité de faire appel à un médiateur³³³. Certains domaines du droit ou certains types de dossiers sont même allés jusqu'à imposer la médiation³³⁴. Or, les développements en la matière ne se sont malheureusement pas rendus jusqu'au domaine de la diffamation et des critiques en ligne. Pourtant, la littérature sur le sujet suggère de recourir aux modes privés pour régler les différends en matière de diffamation³³⁵.

À titre d'illustration, le Royaume-Uni a instauré un protocole préalable à l'action pour les réclamations liées aux médias et aux communications³³⁶. Toutes les actions en diffamation doivent suivre ce protocole, qui vise à favoriser le règlement du litige sans passer par les tribunaux. Le protocole précise d'ailleurs que les procédures judiciaires doivent être utilisées en dernier recours et que les parties doivent examiner si un mode alternatif de règlement des différends pourrait permettre de régler le litige sans engager de procédure judiciaire³³⁷. Bien que les parties ne soient pas obligées de recourir à ces modes alternatifs, les tribunaux pourraient imposer des frais supplémentaires si le refus d'une partie est considéré comme déraisonnable³³⁸.

La médiation consiste traditionnellement en un processus par lequel un tiers neutre et impartial, qui ne possède pas de pouvoir décisionnel, aide les parties à s'entendre pour arriver à un règlement mutuel de leur différend, en leur proposant ou suggérant une solution appropriée³³⁹. Là où les tribunaux sont perçus comme étant une justice de confrontation, la médiation fait place à une justice consensuelle³⁴⁰. Les participants rencontrés lors des groupes de discussion ont reconnu presque à l'unanimité qu'un contact direct avec l'entreprise constituait la meilleure façon de résoudre un différend.

Un des avantages considérables de la médiation est qu'elle permet de mettre en place des solutions personnalisées et adaptées aux besoins de chacune des parties. Par exemple, le consommateur pourrait s'engager à se rétracter ou à modifier ses propos, et de son côté, l'entreprise pourrait s'engager à corriger la situation ou à établir de nouvelles politiques. En outre, cela pourrait permettre de régler le différend à l'origine de la critique. Plusieurs participants

³³² Marc LACOURSIÈRE, « Les voies de justice du consommateur », dans Pierre-Claude LAFOND, *Les voies de justice du consommateur : actes du colloque de la Fondation Claude Masse du 9 novembre 2017*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 243, à la page 245.

³³³ <https://www.opc.gouv.qc.ca/a-propos/parle/description/>.

³³⁴ UNION DES CONSOMMATEURS, « La justice en ligne comme solution aux barrières à l'accès à la justice ? », 2022, p. 89.

³³⁵ COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO, Rapport final, *Diffamation Law in the Internet Age*, Mars 2020 ; Emily B LAIDLAW, « Re-Imagining Resolution of Online Defamation Disputes », (2018) 56.1 Osgoode Hall Law Journal.

³³⁶ *Pre-action Protocol for Media and Communications Claims*, en ligne : https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_def.

³³⁷ *Pre-action Protocol for Media and Communications Claims*, art. 3.8.

³³⁸ *Pre-action Protocol for Media and Communications Claims*, art. 3.8.

³³⁹ Pour une définition de la médiation : <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/biens-property/sngp-npms/bi-rp/conn-know/reclam-claims/definition-fra.html>.

³⁴⁰ Marie-Hélène FORTIN, « L'expérience de la plateforme PARLe à l'Office de la protection du consommateur : une voie simplifiée de résolution des différends en ligne », dans Pierre-Claude LAFOND, *Les voies de justice du consommateur : actes du colloque de la Fondation Claude Masse du 9 novembre 2017*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 63, à la page 67.

rencontrés lors des groupes de discussion ont d'ailleurs admis qu'ils accepteraient de retirer leur commentaire si l'entreprise résolvait le problème, offrait une compensation ou encore fournissait une très bonne explication pour justifier l'évènement. Ainsi, la médiation constitue un processus plus souple et plus informel que les tribunaux, qui ne peuvent qu'intervenir dans un cadre juridique précis et accorder des dommages-intérêts s'il y a lieu. Cela a d'autant plus d'importance lorsqu'on tient compte du fait que les personnes qui poursuivent en diffamation ne cherchent pas nécessairement à obtenir des dommages-intérêts³⁴¹.

Un autre avantage de la médiation est qu'elle permet au médiateur de fournir des renseignements pertinents aux parties dans le cadre de leur litige. Ce serait donc une occasion de sensibiliser les consommateurs et les entreprises à la notion de diffamation, à ses risques et à ses conséquences. Rappelons qu'il s'agit d'un sujet où un besoin d'éducation s'avère particulièrement nécessaire, notamment en raison de la méconnaissance des risques associés aux critiques en ligne.

Parce qu'elle offre un environnement confidentiel, rapide et plus adapté au besoin des parties, la médiation nous apparaît comme étant une avenue prometteuse et permettrait aux consommateurs et aux entreprises de trouver une solution mutuellement satisfaisante. Si certains participants des groupes de discussion se disaient sceptiques quant à la pertinence de recourir à un médiateur³⁴², une très grande majorité principalement issue des provinces du Québec et de l'Ontario se disait ouverte et favorable à la possibilité d'employer la médiation avec l'entreprise. Bien évidemment, dans l'optique où la médiation échouait, le recours aux tribunaux doit demeurer disponible. Cela pourrait notamment se faire par la création d'un tribunal de résolution des litiges en ligne.

2.2.2 Un tribunal de résolution des litiges en diffamation

Les tribunaux en ligne comportent plusieurs avantages indéniables, notamment en offrant des services spécialisés de manière plus rapide et souple, tout en réduisant les obstacles économiques et géographiques³⁴³. En outre, en raison de sa structure, un tribunal en ligne est souvent en meilleure position pour faciliter la fourniture de solutions technico-juridiques³⁴⁴.

À l'heure actuelle, seulement deux provinces canadiennes ont mis sur pied des tribunaux en ligne. La Colombie-Britannique a créé en 2012 le premier tribunal de résolution civile en ligne (*Civil Resolution Tribunal ou CRT*) au Canada permettant de régler certains litiges³⁴⁵. Les parties sont

³⁴¹ COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO, Rapport final, *Diffamation Law in the Internet Age*, mars 2020, p. 11.

³⁴² Parmi les raisons invoquées par les participants, notons la crainte que le médiateur soit payé par l'entreprise et par conséquent biaisé, les coûts rattachés à la médiation, la croyance que la situation doit être très sérieuse pour faire appel à un médiateur et le sentiment qu'un médiateur ne peut rien faire de plus que le service à la clientèle de l'entreprise.

³⁴³ Emily B LAIDLAW, « Re-Imagining Resolution of Online Defamation Disputes », (2018) 56.1 Osgoode Hall Law Journal, p. 162, à la page 202.

³⁴⁴ Emily B LAIDLAW, « Re-Imagining Resolution of Online Defamation Disputes », (2018) 56.1 Osgoode Hall Law Journal, p. 162, à la page 199.

³⁴⁵ Si au départ, cela ne visait que les litiges liés aux condominiums, en 2015, le champ de compétence a été une première fois élargi pour viser l'ensemble des réclamations de 5 000 \$ et moins et une deuxième fois en 2019 afin d'y

d'abord invitées à négocier entre elles. Puis, dans l'éventualité où elles ne parviennent à trouver aucun accord, un médiateur tentera de les aider à y parvenir. Si aucun accord n'est toujours envisagé, un membre du tribunal pourra ultimement rendre une décision concernant la demande. De son côté, l'Ontario a créé le *Tribunal de l'autorité du secteur des condominiums de l'Ontario* (le TASC) en 2017, un système de règlement en ligne des différends liés à la copropriété régi par la *Loi sur les condominiums*³⁴⁶. Là aussi le processus débute par la négociation entre les parties, passe par l'étape de la médiation et chemine finalement vers un membre du TASC, qui peut tenir une audience et rendre une décision.

Une structure similaire pourrait être conçue en matière de litige en diffamation. À l'issue d'une consultation menée auprès de plusieurs acteurs, la Commission du droit de l'Ontario, dans un rapport publié en 2020, reconnaissait que la création d'un tribunal des litiges en ligne en matière de diffamation faciliterait le règlement informel des différends³⁴⁷. Qui plus est, la création d'un tribunal spécialisé permettrait non seulement d'assurer la célérité de ce type de dossier, mais offrirait aussi une plus grande flexibilité aux parties. Cela permettrait, en outre, de former des décideurs spécialisés en matière de diffamation. Un tribunal en ligne en matière de diffamation pourrait donc être grandement bénéfique pour la résolution des litiges découlant de critiques en ligne, particulièrement dans un contexte où il est impératif d'intervenir rapidement pour protéger les droits de chacun.

En terminant, que ce soit par la mise en place de mécanismes alternatifs de résolution de conflits, tels que la médiation ou la création d'un tribunal des litiges en ligne en matière de diffamation, il importe de mettre en place des mécanismes permettant aux parties de régler rapidement et efficacement les mésententes découlant des critiques en ligne. Considérant l'importance des droits fondamentaux en jeu, le recours aux tribunaux traditionnels doit néanmoins demeurer disponible aux parties qui le souhaitent. Outre, le besoin impérial d'améliorer l'accès à la justice s'ajoute bien évidemment l'importance d'éduquer les parties sur leurs droits et recours ainsi que sur les risques associés aux critiques en ligne.

inclure les dommages subis lors d'un accident impliquant un véhicule motorisé et les litiges relatifs aux sociétés et associations coopératives. Ce tribunal n'a toutefois pas compétence pour entendre les réclamations impliquant la diffamation, la calomnie ou des poursuites abusives, en ligne, en ligne : <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/justice/about-bcs-justice-system/legislation-policy/legislation-updates/civil-resolution-tribunal-act>.

³⁴⁶ Le TASC traite des requêtes portant sur les dossiers liés aux condominiums, par exemple des litiges portant sur les animaux de compagnie, les véhicules, le stationnement et l'entreposage, etc. En 2022, la compétence du TASC a été élargie pour inclure « les différends concernant les nuisances, les désagréments ou les perturbations déraisonnables », y compris les différends concernant le bruit, les odeurs, la lumière, les vibrations, la fumée et la vapeur, ainsi que « les différends portant sur les dispositions dans les documents constitutifs d'une société de condominiums » concernant ces nuisances et l'indemnisation liée à ces différends, en ligne : <https://www.condoauthorityontario.ca/elargissement-de-la-competence-du-tasc-et-tenue-de-consultations/?lang=fr>.

³⁴⁷ Concernant la mise en place d'un tribunal de résolution des litiges en ligne en matière de diffamation, voir notamment : COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO, Rapport final, *Diffamation Law in the Internet Age*, Mars 2020, chapitre IX online dispute resolution et Emily B LAIDLAW, « Re-Imagining Resolution of Online Defamation Disputes », (2018) 56.1 Osgoode Hall Law Journal, p. 197 et ss. Selon le modèle proposé par la Commission du droit de l'Ontario, dans l'éventualité où la négociation échouerait, l'arbitrage serait disponible pour les parties.

Cette deuxième partie a permis de démontrer qu'outre le droit individuel de s'exprimer qui se réalise par l'entremise des critiques en ligne, celles-ci ont aussi une fonction utile à la société par la transmission d'informations d'intérêt public. Ce désir de mettre en garde les autres consommateurs constitue d'ailleurs une des principales motivations pour les consommateurs à publier une critique. Les journalistes et les médias peuvent à l'occasion y apporter leur contribution par la diffusion de reportages portant sur la situation vécue par des consommateurs.

Par ailleurs, les avis en ligne ont une importance capitale sur la réputation commerciale des entreprises et peuvent grandement influencer sur leur popularité et devenir un outil puissant de publicité. La loi ne conférant pas aux entreprises le droit d'acquérir une bonne réputation, celles-ci ont indéniablement un rôle à jouer dans la préservation de leur image, notamment par la prise en considération des intérêts et des besoins de leurs clients.

Compte tenu de ce qui précède, il importe de reconnaître et de protéger le droit de critique des consommateurs, notamment par la mise en place de protection en cas de poursuites abusives et, le cas échéant, par des mécanismes de résolution des litiges.

Conclusion et recommandations

Les médias sociaux et les plateformes numériques facilitent le partage instantané d'informations et d'opinions. Cette nouvelle voie d'expression est empruntée par les consommateurs, qui recourent de plus en plus aux plateformes numériques pour dénoncer certaines pratiques des entreprises ou pour faire valoir leur insatisfaction ou leur mauvaise expérience à la suite d'une transaction. L'objectif de ce rapport de recherche consistait principalement à analyser, d'une part, les comportements et les connaissances des consommateurs concernant la publication de critiques en ligne et les risques qui y sont associés et, d'autre part, à étudier les conséquences de la judiciarisation par les entreprises de ce phénomène.

Cette recherche a permis de démontrer que les avis en ligne représentent pour plusieurs consommateurs une voie de justice alternative dans des situations où le recours aux tribunaux judiciaires leur apparaît tout simplement inadapté ou inaccessible, notamment en raison des coûts et des délais qui y sont associés. Aussi, la méconnaissance des recours offerts en droit de la consommation, combinée à un manque d'information sur les risques associés aux critiques en ligne, incitent davantage le consommateur à se tourner vers ce qu'il perçoit comme une forme de justice instantanée via les plateformes numériques.

Les critiques en ligne permettent non seulement aux consommateurs de faire valoir leurs droits de façon individuelle auprès des entreprises, mais elles comportent aussi une dimension collective, voire d'intérêt public, en avisant les autres consommateurs de certains problèmes vécus auprès d'une entreprise ou des pratiques contestables que celle-ci adopte. Sous un autre angle, les commentaires de clients diffusés en ligne ont aussi le potentiel de susciter une prise de conscience et un changement de pratique chez les entreprises qui en sont la cible. On peut donc dire que :

« [l]a société de consommation entre dans une nouvelle ère : celle de la responsabilité sociale. [...] La responsabilité sociale dont il est question ici s'assimile de plus en plus à une justice sociale, parfois parallèle au système judiciaire, délaissée en raison de son image de lenteur apparente, au profit d'un nouveau tribunal, populaire celui-là, mais qui présente lui aussi ses risques. »³⁴⁸

À l'heure actuelle, le risque de poursuites judiciaires en diffamation représente l'enjeu le plus important pour les consommateurs qui publient du contenu sur les plateformes numériques. Cela peut sans doute s'expliquer par l'apparence d'anonymat que suscite Internet et qui génère un faux sentiment de sécurité chez les consommateurs. Ceux-ci ne sont pas toujours conscients des limites applicables à leur droit de parole. S'ajoute à cela le manque d'uniformité, de transparence et d'accessibilité des conditions d'utilisation des plateformes numériques qui prohibent avec des intensités diverses la publication de certains types de propos. Notons sur ce point que la France et le Royaume-Uni ont modifié leur législation afin de renforcer les obligations des plateformes en ce qui a trait à la transparence et à la clarté de l'information divulguée. La plupart des plateformes étudiées s'accordent néanmoins le pouvoir de retirer le contenu jugé inapproprié, ce qui peut être bénéfique afin d'offrir un environnement sécuritaire aux utilisateurs. En l'absence de contrôle externe, une telle procédure de retrait des commentaires compromet toutefois la liberté d'expression des consommateurs. Quoiqu'il en soit, la responsabilité des opérateurs de plateformes demeure somme toute très limitée en vertu des conditions d'utilisation applicables.

En outre, le cadre juridique applicable en matière de diffamation semble mal adapté à la réalité de la *cyberdiffamation*. En l'absence de lois spécifiques établissant ce qu'il est permis ou interdit de dire par le consommateur souhaitant donner son avis en ligne, il revient aux tribunaux d'établir, au cas par cas, les pourtours de la liberté d'expression des consommateurs. Il ressort de la jurisprudence récente que nous avons analysée qu'un comportement fautif et malveillant ayant motivé la critique en ligne sera généralement sanctionné par les tribunaux. Les attaques personnelles, l'utilisation d'un langage abusif ou de propos mensongers, l'organisation d'une campagne de dénigrement ou la défense d'un intérêt strictement personnel sont des indicateurs qui amèneront les tribunaux à conclure à un discours fautif de la part des consommateurs.

Or, les balises tracées par la Cour suprême canadienne en matière de diffamation invitent à trouver un équilibre entre la liberté d'expression et le droit à la réputation. Il semble que les décisions rendues dans lesquelles une critique en ligne était en litige accordent bien peu d'importance à la liberté fondamentale d'expression dont est titulaire tout consommateur, et ce, même en l'absence d'une preuve tangible de préjudice à la réputation de l'entreprise. Pourtant, une atteinte « tout au plus minime »³⁴⁹ aux droits d'une partie ou les intérêts négligeables qu'elle fait valoir ne devraient pas l'emporter sur une atteinte réelle et importante aux droits de l'autre partie³⁵⁰. Autrement dit, le droit de parole du consommateur devrait prévaloir dans des situations où l'entreprise n'est pas en mesure de faire la preuve d'un préjudice concret comme la diminution de son chiffre d'affaires ou la perte de clients. À ce sujet, le Royaume-Uni et l'Australie ont modifié leur législation afin d'y inclure la nécessité de démontrer une preuve de préjudice grave.

³⁴⁸ Luc THIBAUDEAU, « Le droit préventif et la protection des droits des consommateurs », dans Pierre-Claude LAFOND, Les voies de justice du consommateur : actes du colloque de la Fondation Claude Masse du 9 novembre 2017, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 163, à la page 229.

³⁴⁹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, par. 84.

³⁵⁰ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, par. 84 et 87.

Il ne faut pas perdre de vue que les critiques en ligne peuvent avoir une forte utilité sociale et permettre aux consommateurs de faire des choix de consommation éclairés. En cela, les tribunaux ont statué que les questions concernant la protection des consommateurs étaient d'intérêt public. Dans un souci de protéger ce type de discours, les législations du Québec, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique renferment d'ailleurs des dispositions contre les poursuites abusives visant à faire taire des personnes s'étant exprimées sur des questions d'intérêt public. Toutefois, hormis en Ontario, nous remarquons que ces dispositions sont relativement peu invoquées par les consommateurs poursuivis.

Au-delà du traitement judiciaire actuel qui demeure peu favorable à la cause des consommateurs, des sources contractuelles peuvent encore restreindre la liberté d'expression des consommateurs. En effet, certaines entreprises intègrent des clauses de non-dénigrement au sein du contrat de consommation, en vue de contrôler *a priori* la prise de parole des consommateurs en leur interdisant de publier tout avis en ligne relatif à l'entreprise. Bien que la légalité de cette pratique soit discutable et que ce type de clause puisse être jugée abusive, l'Alberta est la seule province canadienne à interdire les clauses de non-dénigrement dans sa législation. Dans une perspective marketing, le recours à ce type de clause par une entreprise pourrait tout simplement dissuader les consommateurs de faire affaire avec elle. Nous avons vu, à cet égard, que les entreprises ne sont pas totalement étrangères à l'image et la réputation qu'elles construisent auprès des consommateurs. En certaines circonstances, leurs réactions à une critique en ligne auront un impact plus important sur leur réputation commerciale que les critiques en elles-mêmes.

Malgré la dualité apparente entre ces deux droits de la personne, la liberté d'expression des consommateurs et le droit à la réputation des entreprises ne sont pas nécessairement inconciliables. Cette recherche encourage ainsi les tribunaux à trouver un meilleur équilibre entre les droits de chacun. Par ailleurs, nous proposons la mise en place de mesures alternatives à la judiciarisation en cas de différend entre un consommateur et une entreprise. À cet égard, nous avons constaté que la médiation et les tribunaux en ligne ont une réelle possibilité d'atteindre cet objectif, en trouvant des solutions qui sont sous-jacentes aux difficultés ayant amené le consommateur à publier une critique en ligne, mais qui répondent aussi aux conséquences subies par l'entreprise à la suite de cette publication négative.

Une intervention législative apparaît, de surcroît, indispensable pour baliser le phénomène des critiques en ligne, surtout compte tenu des risques de poursuites en diffamation pour les consommateurs et des sommes en litige qui sont susceptibles d'affecter rudement leurs finances personnelles. Des paramètres clairs devraient être établis pour permettre aux consommateurs de s'exprimer sans crainte de représailles, tout en protégeant la réputation des entreprises contre les atteintes illicites. Entre autres, une poursuite ne devrait être recevable que lorsqu'il est manifeste que les propos constituent un exercice illicite de la liberté d'expression et que celui-ci cause un préjudice économique important à l'entreprise. À l'inverse, censurer complètement les consommateurs, dès lors que le commentaire n'est pas favorable à l'entreprise, nous semble être une stratégie commerciale liberticide, qui permet de préserver artificiellement une réputation irréprochable alors qu'elle a démontré peu d'attention à la satisfaction de ses clients.

Pour conclure, nous espérons que ce rapport de recherche servira à sensibiliser les divers acteurs impliqués aux enjeux soulevés par ce phénomène ainsi qu'aux comportements à adopter pour

assurer la pérennité des avis en ligne, lesquels présentent des avantages indéniables à la fois pour les consommateurs et pour les entreprises.

Recommandations aux gouvernements fédéral et provinciaux :

- Option consommateurs recommande de moderniser les lois en matière de diffamation afin de tenir compte du contexte du numérique et du phénomène des avis en ligne.
- Option consommateurs recommande de modifier les lois sur la protection du consommateur afin d'ajouter une disposition interdisant aux entreprises d'inclure une clause dans le contrat de consommation empêchant le consommateur de publier un avis négatif au sujet de l'entreprise ou de la transaction.
- Option consommateurs recommande de modifier les lois sur la protection du consommateur afin d'y ajouter une disposition interdisant une action en dommages-intérêts résultant de la publication d'un avis négatif, à moins que les propos ne soient malveillants, vexatoires ou harcelants ou encore faits de mauvaise foi et qu'ils causent une perte financière grave à l'entreprise.
- Option consommateurs recommande d'exiger des opérateurs de plateformes numériques qu'ils fournissent aux utilisateurs une information accessible, claire et transparente sur les modalités de publication et de traitement des avis en ligne.
- Option consommateurs recommande de clarifier le rôle et la responsabilité des opérateurs de plateformes numériques en cas de signalement de contenu diffamatoire.
- Option consommateurs recommande de favoriser le recours à la médiation et d'étudier la possibilité que soit mis sur pied un tribunal de litiges en ligne en matière de diffamation.
- Option consommateurs recommande de mettre en place des campagnes de sensibilisation destinées aux consommateurs et aux entreprises concernant le phénomène des critiques en ligne ainsi que des risques de diffamation et des pratiques marketing qui en découlent.

Recommandations aux plateformes :

- Option consommateurs recommande de présenter une information accessible, lisible et compréhensible concernant les règles applicables en matière d'avis en ligne et de contenu diffamatoire.
- Option consommateurs recommande de diffuser de l'information destinée aux consommateurs sur les enjeux de la publication de critiques en ligne et de leur prodiguer des conseils sur la manière de publier un avis.

- Option consommateurs recommande en cas de signalement d'une publication de faire appel à un tiers neutre et impartial pour évaluer le caractère licite de cette publication, tout en permettant à l'utilisateur de donner sa version des faits.
- Option consommateurs recommande de collaborer avec les gouvernements afin de mettre en place des mécanismes susceptibles de détecter les publications problématiques sur les plateformes numériques.

Recommandations aux entreprises :

- Option consommateurs recommande aux entreprises d'utiliser les critiques en ligne pour améliorer la qualité des produits et des services offerts.
- Option consommateurs recommande aux entreprises de favoriser le dialogue avec les consommateurs, en cas de mésentente résultant d'une critique en ligne.

Recommandation aux consommateurs :

- Option consommateurs recommande aux consommateurs de s'informer sur leurs droits et recours offerts en droit de la consommation avant de songer à publier un avis en ligne.
- Option consommateurs recommande aux consommateurs de tenter de résoudre le problème auprès de l'entreprise avant de recourir aux avis en ligne.
- Option consommateurs recommande aux consommateurs de s'informer sur les risques associés aux critiques en ligne.
- Option consommateurs recommande aux consommateurs d'éviter de publier en ligne des propos qui sont faits dans l'intention de nuire, des attaques personnelles, des insultes, des campagnes de dénigrement, des propos faux et mensongers ainsi que d'utiliser un langage abusif ou grossier.
- Option consommateurs recommande aux consommateurs, lorsqu'ils publient un avis en ligne, de privilégier des propos respectueux, constructifs et nuancés, dans l'intérêt public, et de raconter leur expérience personnelle.

Annexe 1 – Guide de discussion (version française)

Introduction (5 min)

PRÉSENTATION

- Présentation de l'animateur.
- Confidentialité. Aucune mention d'aucun nom dans notre rapport; les réponses demeurent confidentielles et anonymes.
- Les informations recueillies ne serviront qu'aux fins de l'étude.

RÈGLES DE DISCUSSION

- Enregistrement.
- Vérifier la fonction main levée, Parler une personne à la fois.
- Importance de la spontanéité et des opinions personnelles.
- Pas de mauvaise réponse.

CONTEXTE ET OBJECTIF DE LA RENCONTRE

Tout au long de la rencontre, nous parlerons de la publication de critiques à une entreprise sur les médias sociaux (ex. Facebook, Twitter, Instagram, YouTube, TikTok, etc.) ou sur les sites d'évaluation de biens et de services (ex. Google, Yelp, Trust Pilot, Rate MDs, etc.). Cette critique peut par exemple, être liée à une insatisfaction, une mauvaise expérience, un différend ou problème vécu avec une entreprise ou un professionnel, autant en ce qui a trait à la qualité du bien acheté ou du service obtenu que du service à la clientèle offert.

Cumul: 5 min

BLOC 1 – Expérience des consommateurs (55 min)

Pour commencer, nous allons faire un premier tour de table pour que vous puissiez vous présenter et nous donner, de façon générale, sur quoi et pourquoi vous avez pris le temps de formuler une critique.

- Combien de fois avez-vous publié des critiques négatives contre des entreprises ?
- Quels sont les médias sociaux ou sites d'évaluation de biens et services utilisés ?
- Qu'est-ce qui vous a motivé à publier une critique ?
 - Ne pas lire – sonder par la suite*
 - Par vengeance ou colère ?
 - Pour exprimer son insatisfaction ?
 - Pour faire pression sur l'entreprise afin de régler un différend ?
 - Pour faire valoir ses droits ?
 - Pour mettre en garde les autres consommateurs contre l'entreprise ?
 - Pour d'autre(s) raison(s) ? Lesquelles ?
- Avant de publier la critique, aviez-vous effectué des démarches auprès de l'entreprise ?
 - Si oui*
 - Qu'aviez-vous fait ?
 - Exemples au besoin :*
 - Appeler le service à la clientèle
 - Parler à un supérieur
 - Envoi d'une lettre ou d'une mise en demeure
 - Quelle a été la réponse de l'entreprise ?
 - Exemples au besoin :*
 - Refus de régler la situation
 - Solution insatisfaisante
 - Aucune réponse de l'entreprise
 - Si non*
 - Pourquoi ne pas avoir fait de démarche avant ?
- Quel (s) type(s) d'entreprise(s) était visé par votre commentaire (domaine d'activité, taille) ?

- Qu'aviez-vous écrit comme commentaire ?
 - Employez-vous un langage courtois ou un langage que vous considérez comme plus direct dans vos publications sur les entreprises ? Qu'est-ce qui motive votre choix ?

- L'entreprise a-t-elle donné suite à votre commentaire ?
 - Qu'est-il arrivé ? Comment avez-vous réagi ?
Ne pas lire – sonder par la suite
 - L'entreprise vous a-t-elle mise en demeure de retirer votre commentaire ?
 - L'entreprise a-t-elle intenté des procédures judiciaires contre vous ?

- À votre avis, auriez-vous pu régler autrement la situation à l'origine de votre critique ?
 - Comment ?

- À votre connaissance, auriez-vous pu entreprendre des procédures judiciaires contre l'entreprise pour régler la situation à l'origine de votre critique ?
 - Pourquoi ne pas l'avoir fait ?

- Avez-vous déjà voulu publier un commentaire négatif sur une entreprise, mais y avez renoncé, car vous aviez des craintes de le faire ? Pourquoi ? Quelles étaient ces craintes ?

- Avez-vous déjà regretté avoir publié un commentaire négatif ? Pourquoi ?

Cumul: 60 min

BLOC 2 – Opinion sur la problématique du recours aux critiques en ligne (20 min)

Les prochaines questions viseront à connaître votre opinion sur le phénomène des critiques en ligne.

- Pensez-vous que le recours aux critiques en ligne est une bonne façon de régler un problème avec une entreprise ?
 - Si oui, dans quelles circonstances est-ce approprié ?
 - Sinon, pourquoi ?

- Selon vous, est-ce que le recours aux critiques en ligne règle mieux le problème que le recours aux tribunaux judiciaires ? Expliquez.

Ne pas lire – sonder par la suite

 - Plus rapide que le système judiciaire
 - Plus accessible
 - Plus dissuasif
 - Moins coûteux

- Si une entreprise vous demandait de retirer le commentaire que vous avez publié contre elle, à quelles conditions accepteriez-vous de le faire ? Pourquoi ?

- Accepteriez-vous tout de même de faire affaire avec une entreprise si elle vous demandait de vous engager à ne pas publier de commentaires en ligne contre elle ? Pourquoi ?

Cumul: 80 min

BLOC 3 – Connaissances à l'égard des risques encourus (25 min)

Nous allons à présent parler des risques reliés à la publication de critiques en ligne.

- Selon vous, y a-t-il des risques associés à la publication de critiques en ligne ?
 - Si oui, lesquels ?
 - Sinon, pourquoi ?

- Selon vous, y a-t-il des limites à ce qui est permis d'écrire sur une entreprise ?
 - Si oui, quelles sont-elles ?
 - Sinon, pourquoi ?

- Selon vous, les conditions d'utilisation des médias sociaux ou des plateformes d'évaluation encadrent-elles ce qu'on peut y dire sur une entreprise ?

Exemples au besoin :

 - Responsabilité à l'égard du contenu publié (se dégage de toute responsabilité)
 - Contenus interdits (diffamatoire, violent, etc.)
 - Politique d'avis et de retrait relative au contenu illégal (se réserve le droit de retirer un contenu)
 - Avez-vous déjà lu ces conditions d'utilisation ? Est-ce qu'elles sont faciles à voir, à trouver ?
 - Que pensez-vous que ces conditions d'utilisation prévoient ?

- Selon vous, une entreprise pourrait-elle prendre des mesures de représailles contre une personne qui a publié un commentaire négatif contre elle ?
 - Si oui, lesquelles ?
 - Sinon, pourquoi ?

- À votre avis, l'entreprise pourrait-elle entreprendre des procédures judiciaires contre vous à la suite d'une critique publiée en ligne (ex. pour obtenir des dommages-intérêts) ?
 - Est-ce qu'une critique pourrait donner lieu à des poursuites criminelles ?
 - Comment réagiriez-vous si vous étiez poursuivi par une entreprise ?

- Quelles sont selon vous des situations qui pourraient être considérées par les tribunaux comme portant atteinte à la réputation d'une entreprise ?

(Ne pas lire – sonder par la suite)

 - Partager une critique négative rédigée par quelqu'un d'autre
 - Attribuer une note à l'entreprise sans laisser de commentaire (ex. attribuer une étoile)
 - Publier des propos qui sont vrais
 - Publier une critique négative après avoir été sollicité par l'entreprise pour l'évaluer

Cumul: 105 min

BLOC 4 – Conclusion (10 min)

- Depuis le début de la rencontre, votre opinion générale sur la publication de critiques négatives sur les médias sociaux et sur les sites d'évaluation de biens et de services a-t-elle changé ?

- De quelles façons devraient être réglées les mésententes entre un consommateur et une entreprise suite à la publication d'une critique en ligne ?
 - En cas de mésentente, seriez-vous prêt à recourir à un médiateur pour éviter le recours aux tribunaux ? (Intervention d'un tiers pour essayer de trouver une entente commune)

- Voulez-vous ajouter quelque chose ?

*****L'animateur prend connaissance des questions/commentaires des observateurs. *****

Merci de votre participation!

Cumul: 115 min

Annexe 2 – Guide de discussion (version anglaise)

Introduction (5 min)

INTRODUCTION

- Moderator's presentation
- Confidentiality. No mention of anyone's name in the report, only ideas and observations.
- Information is only used for the purpose of this study.

RULES

- Recording.
- Verify the use of hand raise
- Importance of spontaneity and personal opinions. Consensus is not an objective; we are looking for a variety of reactions.
- No bad answers, no good answers, never feel awkward if you don't know an answer...It helps us whenever we realize that you don't know something.

CONTEXT AND OBJECTIVES

Today, we are going to talk about comments, ratings and criticism published on social media or websites aimed at publishing reviews about businesses.

(e.g., Facebook, Twitter, Instagram, YouTube, TikTok, etc.)

(e.g., Google, Yelp, Trust Pilot, Rate MDs, etc.).

These comments can be related to :

- A dissatisfaction
- A poor experience
- A disagreement
- A problem

They can also be related to

- The quality of the product or service
- Or customer service.

Cumul: 5 min

BLOC 1 – Consumer experience (55 min)

Now, I would like you to introduce yourselves...

Tell me:

- In which city you live and what is your occupation ?
- Briefly tell me what the purpose of your comment was
- Why did you take the time to make that comment ?

- How many times have you published negative comment towards businesses ?

- What websites did you choose to make your comment ? Why did you choose this website ?

- What made you want to publish a comment ?
Do not read –
 - Revenge, anger
 - Dissatisfaction
 - To pressure the company in resolving the disagreement
 - To assert your rights
 - To warn other consumers
 - For other reasons (which ones)

- Before publishing your comment, did you take steps to communicate with the company you had a difficulty with ?

If so

- What did you do ?

Examples if needed:

- Contacted customer service
- Talked to a superior
- Sent a formal notice

- What was the company's response ?

Examples if needed:

- No willingness to solve the situation
- Unsatisfactory solution
- No reaction from the company

If not

- Why didn't you take any actions ?

- What type of business was your comment intended for (sector, size) ?

- What did you write specifically ?
 - How would you describe the language that you used? Courteous, calm, more direct...
 - Why did you use that language ?

- Did the company react to your comment ?
 - What happened ? How did you react ?

Do not read

- Did the company officially requested that you withdraw your comment ?
- Did the company start legal proceedings against you ?

- In hindsight, could you have resolved the situation another way ?
 - How ?

- In your opinion, could you have taken legal procedures against this company ?
 - If yes, why did not you do it ?

- Have you ever wanted to publish a comment about a company but changed your mind ? Why did you ? What were your concerns ?

- Have you ever regretted publishing a negative comment ? Why did you regret it ?

Cumul: 60 min

BLOC 2 - Opinions about online negative comments (20 min)

The next questions will be about your opinions about online negative comments.

- Do you think resorting to online comment is a good way to solve a problem with a business ?
 - If so, in which circumstances is it appropriate ?
 - If not, why ?

- Is resorting to comments online better than going to the legal way ? Please explain.
Do not read–
 - Faster than the legal system
 - More accessible
 - More dissuasive
 - Less costly

- If a company asked you to withdraw your comment, under what conditions would you do so ? Why ?

- Would you accept to do business with a company if they required you to commit to never publish a negative comment about them ? Why ?

Cumul: 80 min

BLOC 3 - Knowledge of the risks involved (25 min)

We will now talk about the consequences of making negative comments online.

- According to you, are there any risks associated with publishing negative comments online ?
 - If so, which ?
 - If not, why ?

- Do you think that there are limitations to what you are allowed to write about a business?
 - If so, what are they ?
 - If not, why ?

- In your opinion, the terms of use in social media or review websites cover what you can say about companies on their platforms ?

Examples if needed:

- Not responsible for the content that is published
- Forbidden content
- Right to withdraw content if not appropriate

- Have you ever read the terms of use ? Were they easy to find ?
- What do you think these terms of use include about making negative comments?

- In your opinion, do you think a company could take retaliatory action against a person who publishes a negative comment ?

- If so what are they ?
- If not, why ?

- Do you think a company can take legal actions against a person following a negative comment published about them ?

- Could this action be brought to criminal court ?
- How would you react if you were sued by a company about which you had written a negative comment?

- What do you think could be situations that could be considered as damaging for the reputation of a company ?

Do not read –

- To share a negative comment written by someone else
- Give a low rating without leaving a comment
- To publish content that is true
- To publish a negative comment after being solicited for a rating

Cumul: 105 min

BLOC 4 – Conclusion (10 min)

- Since the beginning of our discussion, has your general opinion about publishing negative comments changed ?

- How should disagreements between consumers and companies be solved following the publication of negative comments online ?
 - In case of disagreements, would you open to use the services of a mediator to avoid going to court ?

- Do you have anything to add?

***** The moderator collects the last questions from the observers. *****

Thank you!

Cumul: 115 min