

**Les poursuites stratégiques
contre la mobilisation
publique –
les poursuites - bâillons
(SLAPP)**

**Rapport du comité
au ministre de la Justice**

Montréal

15 mars 2007

Montréal, le 16 mars 2007

Monsieur Yvan Marcoux,
Ministre de la justice et Procureur général
Ministère de la justice,
1200, route de l'Église, 9^{ième} étage
Ste-Foy (Québec)
G1V 4M1

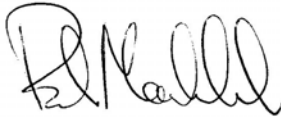
Monsieur le Ministre et Procureur général,

Les membres du Comité d'étude ont le plaisir de vous remettre leur Rapport sur les Poursuites Stratégiques contre la mobilisation publique (SLAPP).

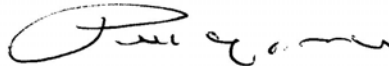
D'entrée de jeu, il nous apparaît opportun de mentionner que l'examen de la situation juridique actuelle nous a permis de constater que le système en place est, dans son ensemble, en mesure de répondre au problème identifié. Toutefois, des redressements s'imposent. Nous avons tenté de les préciser dans les recommandations que nous vous transmettons dans la Partie 7 de ce Rapport.

Conformément à notre mandat, nous n'avons pas entrepris d'études empiriques de la situation actuelle au Québec. Nous n'avons pas, non plus, entrepris de consultations publiques auprès de la population, de la magistrature, du Barreau et des groupes et organismes qui sont susceptibles de subir les Poursuites Stratégiques contre la mobilisation publique (SLAPP).

Nous vous prions de recevoir, Monsieur le Ministre et Procureur général, l'assurance de notre considération distinguée.



Roderick A. Macdonald
Président



Pierre Noreau



Daniel Jutras

Remerciements

Les membres du Comité désirent exprimer leurs plus sincères remerciements à nos deux assistantes de recherche – Me Dia Dabby, actuellement étudiante à la maîtrise à l’Université de Montréal, et Me Masha Lisitsyna, actuellement boursière de la Fondation Sauvé à Montréal et avocate auprès du Barreau de Kirghizstan. Leur dévouement et leurs travaux de recherche, et surtout, leurs synthèses de développements sur la scène internationale – en Asie, en Europe en Australie, et aux États-Unis – et sur la scène canadienne, ont grandement facilité la tâche des membres du Comité.

Deux membres du Comité – les Professeurs Roderick Macdonald et Daniel Jutras – veulent également signaler la contribution tout à fait remarquable du troisième membre du Comité – professeur Pierre Noreau. Dès le début de nos réflexions il a manifesté un intérêt et un engagement pour le projet qu’on ne peut que qualifier d’exceptionnel. Il a pris charge de la rédaction du Rapport, de l’intégration des documents de recherche, et de l’incorporation des nombreuses suggestions – tant structurelles que substantives – de ses collaborateurs. Il a consacré le plus clair des deux derniers mois à la rédaction et à la révision de ce Rapport. Sans son apport, ce Rapport n’aurait jamais vu le jour. Il est juste, donc, que nous reconnaissons explicitement sa contribution disproportionnée à nos travaux.

Table des matières

Prologue	1
Chapitre 1. Origine du problème et définitions diverses.....	2
Chapitre 2. De la justification des mesures anti-SLAPP	9
2.1 Le droit de participer aux affaires publiques	9
2.2 Le droit à la liberté d'expression	12
2.3 Le problème de l'accès à la justice.....	14
2.3.1 Le SLAPP comme expression particulière d'un problème plus général d'accès à la justice.....	15
2.3.2 Le problème plus spécifique de l'inégalité d'accès aux ressources.....	16
2.4 Le droit à un procès juste et équitable	17
Chapitre 3. Mesures anti-SLAPP : les modèles tirés de l'expérience étrangère.....	18
3.1 Les mesures anti-SLAPP d'inspiration américaine.....	18
3.2 L'expérience australienne et le SLAPP	25
3.3 Les mesures anti-SLAPP adoptées dans d'autres pays occidentaux	28
3.4 Conclusion partielle sur les mesures anti-SLAPP	30
Chapitre 4. Efficacité et effectivité attendues et inattendues des mesures anti-SLAPP à l'étranger	31
Chapitre 5. Émergence du SLAPP en contexte canadien et québécois	34
5.1 Contexte récent au Québec.....	35
5.2 Le SLAPP : tendances et précédents en contexte canadien.....	35
5.3 Les solutions envisagées en contexte canadien	39
5.4 Spécificité du contexte social et juridique québécois	42
5.5 Caractéristiques du contexte juridique québécois.....	44
Chapitre 6. Exploration des solutions possibles au SLAPP en contexte québécois	45
6.1 Le SLAPP défini comme exercice particulier du droit à la réputation.....	47
6.2 Le SLAPP abordé comme limite à l'exercice d'un droit fondamental.....	48
6.3 Le SLAPP défini comme problème de droit procédural.....	51
6.3.1 Retour sur les solutions procédurales apportées au SLAPP	51
6.3.2 Les principes inscrits aux articles 4.1 et 4.2 du C.P.C.	52
6.3.3 Les articles 75.1 et 165(4) du C.P.C.....	55
6.3.4 Comparaison avec le jugement sommaire	57
6.4 Autorité du juge et initiative dans l'administration de la justice.....	60

6.5	Les dommages-intérêts et la fonction dissuasive des mesures anti-SLAPP	62
6.5.1	Le remboursement des dépens	62
6.5.2	Le remboursement des frais extrajudiciaires.....	64
6.5.3	L'imposition de dommages-intérêts punitifs.....	66
6.6	Le SLAPP comme problème général d'accès à la justice	67
6.6.1	La provision pour frais	67
6.6.2	L'aide juridique.....	69
6.6.3	L'établissement d'un régime collectif d'assurance	71
6.6.4	La constitution d'un fonds spécial	75
Chapitre 7.	Conclusion et recommandations	76
7.1	Des constats, des objectifs et des moyens	76
7.2	Analyse de trois options juridiques possibles	77
7.2.1	L'établissement d'un texte législatif spécifique au SLAPP.....	77
7.2.2	Une modification du Code de procédure civile	77
a)	La défense des finalités propres au système judiciaire	78
b)	La nécessité de s'assurer que la pratique du SLAPP soit découragée	80
c)	La nécessité de garantir l'accès à la justice des citoyens et des justiciables visés par un SLAPP	81
d)	Mise en œuvre de ces recommandations.....	81
7.2.3	L'adoption d'une loi anti-SLAPP nommément établie	81
	Conclusion générale.....	83
	Bibliographie	85

Prologue

Au cours des derniers mois, les médias ont mis en lumière l'émergence, au Québec, d'un phénomène connu dans plusieurs pays du monde sous le nom de SLAPP, acronyme tiré de *Strategic Lawsuit against Public Participation*, et que nous appellerons ici *poursuite stratégique contre la mobilisation publique* ou *poursuite-bâillon*. D'un point de vue très général et descriptif, on fait ici référence aux pratiques judiciaires d'une entreprise ou d'une institution recourant aux tribunaux en vue de neutraliser ou de censurer des individus, des groupes sociaux ou des collectifs engagés dans la dénonciation publique de leur activité. Ces pratiques visent essentiellement à forcer ces individus ou ces regroupements à limiter leur activité publique, ou encore, à censurer leurs déclarations en les impliquant dans des procédures juridiques coûteuses dont ils ne peuvent généralement pas assumer les frais. Il s'agit ainsi d'une forme d'intimidation judiciaire (*chilling effect*).

Ces situations mettent en cause toute une série d'enjeux connus : inégalité dans l'accès à la justice, « instrumentalisation » politique du pouvoir judiciaire, affaiblissement des conditions de la démocratie participative, limitation *de facto* du droit à la liberté d'expression, et tensions potentielles dues au fait que l'on reconnaît à la fois aux personnes physiques ou morales le droit de recourir aux tribunaux, et à tout citoyen le droit de prendre position publiquement, etc. Il s'agit de questions qui seront ultérieurement traitées plus en détail. Aux États-Unis, c'est le caractère récurrent de ces situations qui a conduit, à la fin des années 80, les observateurs à circonscrire et à dénoncer le SLAPP en tant que pratique judiciaire spécifique. Le « concept » cristallise cependant dans une expression simple une grande variété de situations diverses. De façon typique, la *poursuite stratégique* (ou *poursuite-bâillon*) renvoie à l'image d'un combat inégal entre acteurs bénéficiant de ressources différentes, sinon disproportionnées.

Le présent rapport explore les différentes définitions du phénomène. Il tente de mieux circonscrire les situations et les enjeux relatifs à la pratique des *poursuites-bâillons*. Il évalue la portée des solutions expérimentées dans plusieurs autres juridictions. Ce diagnostic posé, le comité propose une lecture des paramètres juridiques de la situation au Québec et explore finalement les hypothèses susceptibles d'apporter une réponse au phénomène dans le contexte québécois.

Sur le plan méthodologique, les membres du comité ont essentiellement travaillé à partir de documents écrits : ouvrages et articles scientifiques, documents produits par les groupes ou par l'industrie, projets de loi ou législations adoptées au sein de différents ordres juridiques nationaux, articles de journaux et documents rendus publics par voie électronique ou sur Internet. Les délais et les ressources mises à la disposition du comité ne permettaient en soi la poursuite d'études empiriques spécifiques ou la conduite de consultations publiques ni auprès des groupes, ni auprès des entreprises ou intervenants engagés dans des situations comparables au SLAPP. Sur le plan

disciplinaire, les auteurs ont surtout eu recours aux travaux réalisés dans les domaines du droit, de la sociologie et de la science politique.

Chapitre 1. Origine du problème et définitions diverses

La pratique des *poursuites-bâillons* semble d'abord être apparue dans le contexte juridique et politique nord-américain. Elle émerge plus spécifiquement même de l'expérience américaine. L'histoire et les fonctions traditionnellement assumées par le pouvoir judiciaire aux États-Unis peuvent expliquer partiellement le développement du phénomène. Cependant, dans une perspective plus récente, plusieurs présentent son avènement comme la réponse contemporaine de l'entreprise privée aux nouvelles pratiques citoyennes et aux mouvements sociaux « mobilisés » depuis les années 70, notamment dans le domaine environnemental¹. Elle doit son développement à un ensemble de tactiques déployées par certaines entreprises en réponse aux nouvelles pratiques de mobilisation collective dont ils sont parfois la cible. Ainsi, les acteurs du secteur privé auraient tendance à recourir de plus en plus aux mêmes façons de faire que les individus, les groupes de pression et les mouvements sociaux qui contestent leur activité.

Le recours aux tribunaux est lui-même venu enrichir ce « répertoire d'action », tout comme le recours plus généralisé aux médias ou à l'expertise scientifique, sinon à la mobilisation du public et de l'opinion, toutes pratiques qui contrastent avec la discrétion dont le monde de l'entreprise revêt plus généralement ses activités industrielles et commerciales. Le développement de pratiques de consultation publique semblables à celles établies par les gouvernements, notamment dans le cadre de projets de développement susceptibles d'avoir un impact sur le milieu ou les collectivités, accentue cette tendance. En faisant de ces projets de développement l'objet de débats publics, ces consultations favoriseraient la « visibilité » de certains problèmes et de certains groupes nouveaux. En contrepartie, le recours aux tribunaux par l'industrie constituerait un moyen de diminuer la publicité entourant certains enjeux et à ramener le débat dans les limites d'une arène où il serait moins médiatisé : les tribunaux. Or, il s'agit d'un forum dont l'accès exige des ressources et des expertises que la plupart des individus ou des groupes ne possèdent pas, ce qui, sur le plan pratique, les confine, au sein de l'espace public, au mutisme ou à l'autocensure. Il faut reconnaître ici que le recours aux tribunaux ne constitue pas une stratégie strictement réservée aux sociétés commerciales et que, depuis le milieu des années 70, les groupes non gouvernementaux, les représentants d'intérêts collectifs et les porte-parole de nombreux mouvements sociaux y recourent également, parfois dans le contexte de problèmes très particuliers et

¹ Voir, entre autres, Penelope CANAN and George PRING, *SLAPPs : Getting Sued for Speaking Out*, Temple University Press, 1996; Sharon BEDER, *Action Against Participants: The US Experience*, *Defending the Defenders: Protest, the Environment and the Law*, National Environmental Defenders Office Network, Sydney, 1998, pp. 1-8; D. VOGEL, *Fluctuating Fortunes: The Political Power of Business in America*. New York: Basic Books, 1989.

localisés (comme c'est souvent le cas en matière environnementale), parfois dans le cadre de causes types (*test cases*), parfois dans le cadre de recours collectifs (*Class action*), notamment en matière de droit de la consommation².

Dans la littérature traitant spécifiquement de la question, les *poursuites-bâillons* sont généralement présentées comme autant de versions contemporaines du combat opposant *David et Goliath*. Un rapide tour d'horizon des cas les plus souvent cités renvoie toujours de près ou de loin à ce déséquilibre. Les cas les plus souvent rencontrés mettent en scène une entreprise engageant des poursuites pour libelle ou atteinte à la réputation contre des militants engagés au sein de groupes de protection de l'environnement opposés à un projet de développement. Un inventaire succinct du type de situations identifiées comme étant des *poursuites-bâillons* témoigne cependant d'une plus grande diversité de situations et de ce que le phénomène déborde largement les frontières des États-Unis pour s'internationaliser :

Au Royaume-Uni, le dossier le plus cité (McLibel Case) réfère à l'opposition entre la chaîne de restauration McDonald's et des militants associés au groupe London Greenpeace, poursuivis en dommage pour libelle à la suite de la distribution d'un tract dénonçant notamment les conditions de travail des employés de l'entreprise, la qualité des aliments, leurs effets sur la santé, l'implication de l'entreprise dans l'exploitation des forêts, etc. Les défenseurs se représentant eux-mêmes se trouvèrent ainsi engagés dans le plus long procès de l'histoire judiciaire britannique (313 jours d'audition à la cour). Déboutés en regard des lois anglaises, les militants voyaient finalement leurs droits reconnus devant la Cour européenne des droits de l'Homme, statuant sur le principe du droit à la liberté d'expression et du droit de bénéficier d'un procès juste et équitable³.

En Suisse, des poursuites sont intentées par un regroupement de manufacturiers œuvrant dans le domaine de l'électroménager contre la publication d'articles et la conduite de recherches scientifiques sur les effets des micro-ondes sur la santé humaine. Poursuivi en vertu de la Loi sur la concurrence déloyale (Unfair Competition Act), le scientifique impliqué, aura finalement gain de cause devant la Cour européenne des droits de l'Homme, qui tranche en faveur du droit à la liberté d'expression.⁴

Au Kazakhstan, un citoyen est poursuivi pour des déclarations faites lors d'audiences publiques concernant le rejet de déchets dangereux émis par un laboratoire. Bien que la cause initiée pour atteinte à la réputation par la société commerciale propriétaire du laboratoire n'ait jamais connu d'issue, les frais importants engagés par le particulier pour

² Pierre NOREAU, « Le droit comme vecteur politique de la citoyenneté. Cadre d'analyse pour l'étude des rapports collectifs entre majorité et minorités », dans Michel Coutu, Pierre Bosset, Caroline Gendreau et Daniel Villeneuve, *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire*, Oñati/Montréal, Thémis/Institut international de sociologie du droit, 2000, p. 323-359.

³ La Cour européenne des droits de l'homme, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01 (Sect. 4) (bil.), CEDH 2005-II – (15.2.05).

⁴ La Cour européenne des droits de l'homme, *Hertel c. Suisse* – Rec. 1998-VI, fasc. 87 (25.8.98).

*sa propre défense à la cour sont tels qu'ils ont eu potentiellement pour effet de décourager toute participation ultérieure à de telles audiences publiques.*⁵

Le problème de la qualification de poursuites comme étant des *poursuites-bâillons* est largement abordé par la littérature, et les critères de cette qualification varient selon la définition retenue par chaque auteur. Le phénomène reste par conséquent difficile à circonscrire de façon satisfaisante. Il est cependant raisonnable de croire qu'il touche, par analogie, un grand nombre de situations différentes. Cinq tendances sont identifiables, et viennent élargir la gamme des situations visées.

- 1) D'abord identifiée aux groupes et aux enjeux d'ordre environnemental, la pratique des *poursuites-bâillons* s'est étendue, en fait, à tout un ensemble d'autres enjeux : pratiques commerciales ou industrielles, relations de travail, protection de territoires ancestraux, qualité des aliments destinés aux humains, protection des animaux, etc.
- 2) Alors que l'on identifiait d'abord comme *poursuites-bâillons* des poursuites en dommages-intérêts — soit pour libelle, diffamation ou atteinte à la réputation —, on tend graduellement à qualifier de même d'autres types de poursuites, notamment en matière de droit commercial ou de concurrence déloyale.
- 3) Ces initiatives ne touchent pas spécifiquement les groupes organisés ou les militants engagés, et mobilisés en faveur d'une cause particulière, mais également des chercheurs, des journalistes ou toute personne appelée à intervenir dans l'espace public ou à prendre la parole publiquement.
- 4) Les exemples colligés sur le plan international révèlent que loin de n'impliquer que des sociétés commerciales ou industrielles, certaines *poursuites-bâillons* sont initiées par des politiciens contre leurs adversaires politiques, ou par les autorités gouvernementales contre leurs propres citoyens. C'est notamment le cas dans les pays où l'étanchéité de la frontière séparant le pouvoir exécutif du pouvoir judiciaire n'est pas clairement garantie. Aux États-Unis, les études menées sur une centaine de cas de SLAPP révèlent elles aussi que les *poursuites-bâillons* peuvent être initiées par une grande diversité d'acteurs : entrepreneurs immobiliers, officiers de police, industries suspectées d'activités polluantes, sociétés publiques, gouvernements municipaux ou étatiques, etc.
- 5) Les cibles et les instigateurs de ces poursuites occupent tour à tour tous les espaces du prisme idéologique, des plus progressistes aux plus conservateurs⁶.

Canan et Pring, dans le cadre de la même recherche, révèlent également que les activités visées par les *poursuites-bâillons* empruntent de multiples formes; rédaction de lettres au président des États-Unis, déclaration contre un projet de développement

⁵ L'affaire d'une ONG Caspiy Tabigaty décrite dans Stephen STEC, ed. *Handbook on Access to Justice under the Aarhus Convention*. Szentendre, Hungary : The Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe, 2003: 157-58.

⁶ CANAN and PRING (note 1) cite par Victor J. COSENTINO, « Comment, Strategic Lawsuits Against Public Participation : An Analysis of the Solutions », 27 *Cal. W. L. Rev.* (1991).

immobilier lors d'audiences publiques sur la modification d'un règlement de zonage, signalement d'une violation des normes environnementales auprès d'une agence gouvernementale, plainte déposée à une commission scolaire au sujet du comportement de certains professeurs, participation pacifique à une manifestation contre une initiative gouvernementale, intervention comme témoin à une commission du Congrès ou à une législature d'État, signalement d'une violation des normes en matière de santé publique, activités de lobbying en faveur d'une nouvelle réglementation municipale ou d'une législation étatique ou fédérale, campagne en faveur d'une question débattue en période électorale, signalement à l'attention d'une autorité gouvernementale de cas de harcèlement sexuel au travail, sollicitation de signatures aux fins d'une pétition, etc.⁷. Abordé dans toute son étendue, le phénomène du SLAPP peut, par conséquent, être défini de plusieurs façons. Chacune de ces définitions met l'accent sur un aspect particulier du SLAPP.

Susan Lott, dont nous reparlerons plus loin, voit dans le SLAPP une *pratique d'intimidation* :

*[...] an explicitly political use of defamation and other tort actions for political or economic purposes. The key aspect of the SLAPP, to force individuals into costly litigation, suggest that overall success of a SLAPP does not necessarily require a legal victory but a political one : to intimidate and to suppress criticism.*⁸

La New York Court insiste sur *l'absence de fondement juridique des poursuites-bâillons* :

*[...] suits without substantial merits that are brought by private interests to stop citizens from exercising their political rights or to punish them for having done so. SLAPP suits function by forcing the target into the judicial arena where the SLAPP filer foists upon the targets expenses of a defense.*⁹

Kathleen L. Daerr-Bannon, qui insiste également sur le caractère frivole du SLAPP, met surtout l'accent sur la *pression exercée* sur les individus ciblés par les *poursuites-bâillons* :

[...] the purpose of SLAPP, if it is asserted, is distinctly not to succeed on the merits, but to so intimidate the private citizen (or even the governmental official) that citizen activity ceases because the expense, risk and anxiety engendered by the process of litigating a SLAPP is too great. The SLAPP plaintiff does not intend – nor often succeed – on the

⁷ CANAN and PRING, 1996 (note 1) : 2-3 .

⁸ Susan LOTT, *Corporate Retaliation Against Consumers: The Status of Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPPs) in Canada (September 2004)*, 81 p., PUBLIC INTEREST ADVOCACY CENTER: 9. http://www.piac.ca/consumers/corporate_retaliation_against_consumers (consulté le 26.02.2007).

⁹ *Gordon v. Marrone*, 590 N.Y.S. 2d 649 (1992): 656 cite par Susan LOTT (note 8).

*merits, but achieves the intended results essentially by abusing the litigation process for an improper purpose or engaging in 'frivolous' litigation.*¹⁰

La jurisprudence californienne insiste sur les *intérêts strictement financiers* mis en jeu par les initiateurs d'une *poursuite stratégique*, intérêts qui éclipsent les problèmes associés au fondement juridique de la procédure entreprise :

*SLAPP suit are brought to obtain economic advantage over the defendant, not to vindicate a legally cognizable right of the plaintiff. Indeed, one of the common characteristics of a SLAPP suit is its lack of merit. But lack of merit is not of concern to the plaintiff because the plaintiff does not expect to succeed in the lawsuit, only to tie up the defendants resources for a sufficient length of time to accomplish plaintiff's underlying objective.*¹¹

Plusieurs de ces définitions sont également les dérivés des travaux fondateurs de Canan et Pring qui ont forgé, dès 1988, l'expression *SLAPP*. Ils proposent, en 1996, quatre critères qui sont particulièrement appropriés dans le contexte américain. Pour être définie comme étant un *SLAPP*, la poursuite judiciaire doit essentiellement concerner des déclarations faites en vue d'influencer l'action gouvernementale ou ses résultats. Ce premier critère ne suffit cependant pas, et l'action en justice doit également être entreprise dans le cadre d'une poursuite civile (ou d'une demande reconventionnelle); elle doit également être entreprise contre des individus ou des groupes non gouvernementaux (ONG), et sur un sujet concret mettant en jeu une question d'intérêt public ou un enjeu dont la portée sociale est réelle¹².

Ces critères permettent de circonscrire les limites du phénomène, mais ils sont d'abord et avant tout pertinents dans le contexte politique et juridique américain. La définition élaborée à partir de ces critères vise en effet à définir le *SLAPP* comme un déni du droit de pétition protégé par le premier amendement de la Constitution américaine. Celui-ci garantit à tout citoyen américain le droit de faire valoir auprès de ses représentants élus ses positions ou ses intérêts et, par extension, son droit de tenter d'influencer l'orientation des politiques publiques et le contenu des lois. C'est le même amendement qui protège également la pratique du lobbying dans le contexte politique et institutionnel américain.

Abordée dans une perspective plus large et en phase avec l'internationalisation du phénomène, la notion de *poursuite stratégique*, ou

¹⁰ Kathleen L. DAERR-BANON, *Esquire*, 22 Causes of Action 2d 317 (2006): 4.

¹¹ *Wilcox v Superior Court*, 27 Cal. App. 4th 809, 816, 33 Cal Rptr. 2d 446, 450 (accent dans l'original) cité par Jerome I. BRAUN, « California Anti-SLAPP Remedy after Eleven Years », *McGeorge Law Review* 34 (Summer 2003): 731.

¹² Traduction libre de : *Primary criterion : the lawsuit had to involve communications made to influence: a governmental action or outcome; and secondary criterion is that it resulted in a) civil complaint or counterclaim, b) filed against non governmental individuals or organizations (NGO) c) on a substantive issue of some public interest or social significance*, CANAN and PRING, 1996 (note 1): 8-9.

***poursuite-bâillon*, présente des caractéristiques plus générales. Il s'agit, pour l'essentiel, 1) de poursuites judiciaires 2) entreprises contre des organisations ou des individus 3) engagés dans l'espace public dans le cadre de débats mettant en cause des enjeux collectifs, 4) et visant à limiter l'étendue de la liberté d'expression de ces organisations ou individus et à neutraliser leur action 5) par le recours aux tribunaux pour les intimider, les appauvrir et les détourner de leur action. Cette définition, plus sociologique que juridique, englobe les caractéristiques de plusieurs des propositions antérieures et sert ici de guide à notre rapport.**

Sur le plan institutionnel, il s'agit dans tous les cas de pratiques favorisant l'« instrumentalisation » de l'activité judiciaire au profit d'intérêts politiques particuliers, le recours aux tribunaux constituant une simple stratégie visant la modification d'un rapport de force¹³. On peut, dans une perspective très large, considérer que toute transposition d'un conflit de nature privée dans l'arène judiciaire constitue une forme particulière de politisation et d'« instrumentalisation » de l'activité des tribunaux. On oublie trop rapidement que l'institution judiciaire incarne l'un des trois pouvoirs de l'État, et qu'une telle transposition est en partie due à la propension des détenteurs du pouvoir législatif ou exécutif à exiger des tribunaux qu'ils établissent à leur place — directement ou indirectement — les paramètres de la normativité sociale. La question est surtout de savoir à partir de quand cette « instrumentalisation » constitue un détournement des finalités de l'institution judiciaire. La dimension politique du phénomène ne doit donc pas être éludée. Elle établit, d'une certaine façon, la distinction entre les *poursuites-bâillons* — qui sont souvent assimilées par la littérature à un abus de la procédure judiciaire — et les initiatives visant simplement la mobilisation d'un droit ou la défense d'une prétention fondée juridiquement. Cette distinction est importante car une partie des critiques formulées au sujet de la définition proposée par des auteurs comme Canan et Pring concernent le fait que cette dernière compromet les initiatives entreprises de bonne foi par un acteur cherchant simplement la correction d'une atteinte à sa

¹³ La question de savoir si ce nouveau rapport de force juridique reproduit une inégalité de rapports déjà observable dans l'espace public se pose évidemment à l'analyste, notamment au politologue. Sur le strict plan des ressources financières, il est patent que la grande majorité des groupes non gouvernementaux ont accès à des moyens beaucoup moins considérables que la majorité des entreprises dont ils contestent l'activité. En contrepartie, les nouvelles pratiques de consultation et de participation publique donnent une « visibilité » nouvelle et une plus grande légitimité à de nombreux groupes dont l'influence serait autrement moins importante. Le capital de sympathie sur lequel plusieurs de ces groupes peuvent compter dans l'opinion publique constitue souvent une ressource politique suffisante pour contrebalancer, en partie du moins, le pouvoir économique des acteurs issus du secteur privé. C'est précisément ce rapport de force politique qui est remis en cause par le recours stratégique aux tribunaux. D'une certaine façon, pour des raisons qui tiennent à l'évolution de l'activité judiciaire, l'inégalité économique qui a toujours caractérisé les rapports entre les groupes sociaux et le monde économique se trouve paradoxalement réaffirmée par l'entremise d'une institution qui a pourtant vocation à remettre les parties en situation d'égalité (juridique). Cela étant, il peut advenir que par un curieux retour des choses, cette inégalité redonne justement à la partie fragilisée une légitimité politique plus forte, comme ce fut notamment le cas (britannique) dans l'affaire *McLibel*. D'une certaine façon, il s'agit d'une illustration particulière de ce qui fonde parfois la force du faible au sein des sociétés démocratiques.

réputation¹⁴. Aussi la dénonciation plus ou moins automatique d'une initiative judiciaire en tant que SLAPP et la médiatisation d'une telle dénonciation ne doivent-elles pas tenir lieu de jugement sur la nature exacte du litige. **Cette qualification exige par conséquent l'évaluation du contexte général de la relation qui lie les parties. La question de la bonne foi des initiateurs d'une *poursuite-bâillon* doit évidemment être considérée, mais elle est indirectement liée à l'existence de fondements juridiques apparents ou réels des prétentions des demandeurs.**

Il faut par ailleurs reconnaître que le recours — ou la menace d'un recours — aux tribunaux en vue de faire pression sur un acteur constitue une pratique courante dans le domaine du droit. Une proportion importante des mises en demeure émises dans le cadre des activités courantes des praticiens en droit constitue souvent moins le point de départ de procédures judiciaires à venir que l'expression d'un avertissement. Le recours — ou la menace d'un recours — aux tribunaux comme procédé d'intimidation fait par conséquent entièrement partie des conditions de la pratique juridique. On peut se demander si cette pratique menace l'intégrité de l'activité judiciaire ou si elle participe de sa fonctionnalité. Quoi qu'il en soit, cette situation explique également qu'un grand nombre des dossiers judiciaires inscrits pour audition devant les tribunaux de juridiction civile donne finalement lieu à un règlement hors cour, chaque partie cherchant à limiter les coûts d'une longue action en justice. La pratique du SLAPP elle-même s'appuie sur des précédents historiques qui tendent à relativiser son caractère novateur. Canan et Pring rappellent ainsi qu'il s'agissait d'une pratique courante aux lendemains de la Révolution américaine. Il est par ailleurs vraisemblable qu'il s'agit là d'une pratique qui a toujours eu cours, mais qui n'a pas toujours été reconnue dans sa spécificité ; il est donc hasardeux de conclure au caractère récurrent ou au recours plus ou moins systématique à cette pratique dans le contexte contemporain.

Finalement, l'observation des différentes situations entraînant un recours au SLAPP révèle que celles-ci s'éloignent souvent de la situation type opposant une grande société multinationale à un petit groupe de militants engagés, même s'il s'agit là de cas souvent cités en exemple. Beaucoup plus généralement, souligne Pring, le SLAPP met en cause des entreprises de petites ou de moyennes dimensions (*little frogs in little puddles*)¹⁵. S'il arrive qu'il mette en jeu des entrepreneurs importants, c'est généralement dans le cadre de projets locaux. En effet, les grandes entreprises, aux États-Unis du moins, tendent à éviter la publicité négative que risque de leur attirer le recours aux *poursuites-bâillons*. Les coûts financiers liés à cette mauvaise publicité représentent en effet, en soi, un risque élevé, comme le suggère l'expérience britannique du *McLibel Case*. Cette

¹⁴ Joseph W. BEATTY, « The Legal Literature on SLAPPs : a Look Behind the Smoke Nine Years after Pring and Canan First Yielded 'FIRE!' », *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, Fall 1997, vol. 9, n° 1. Comme le souligne Beatty : « with a sense of social outrage in publications on SLAPPs; possible obscuring and disparaging other interests [...], for example, the interests of the plaintiff who seeks redress in good faith for a genuine reputation wrong but whose case unfortunately resembles the paradigm SLAPP ».

¹⁵ « SLAPPING Back for Democracy », an interview with George PRING, *Multinational Monitor*, May 1998, Volume 19, issue 3.

retenue apparaît cependant conforme à une pratique beaucoup plus ancienne qui tend à garder les grandes sociétés commerciales à l'abri du litige. En contrepartie, le recours aux tribunaux est de plus en plus souvent envisagé par de petits groupes de citoyens opposés aux projets de développement de certaines grandes entreprises ou sociétés d'États. Le syndrome « pas dans ma cour » constitue un exemple parmi d'autres des conditions susceptibles de favoriser un nouveau type de recours aux tribunaux en vue de voir résoudre des conflits réels ou appréhendés comportant une dimension collective.

La pratique du SLAPP se manifeste plutôt, pour sa part, dans les initiatives judiciaires prises par les acteurs corporatifs ou institutionnels. De nombreux États (notamment aux États-Unis) ont adopté des mesures anti-SLAPP qui trouvent leur justification dans un ensemble de préoccupations dont le fondement est généralement lié aux caractéristiques, aux modèles de référence et aux préoccupations de chaque collectivité, de même qu'aux normes générales qui structurent leurs rapports politiques et juridiques.

Chapitre 2. De la justification des mesures anti-SLAPP

Un grand nombre de raisons ont tour à tour servi de justification à l'adoption de mesures anti-SLAPP : protection du droit des citoyens de participer aux affaires publiques, protection du droit à la liberté d'expression, problèmes généralisés d'accès à la justice et droit à un procès juste et équitable. Ces justifications ont surtout été explorées ici dans la perspective du droit international public. Elles servent régulièrement de fondement aux décisions rendues par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ou par la Cour européenne des droits de l'homme.

2.1 Le droit de participer aux affaires publiques

Le droit de participer aux affaires publiques est reconnu internationalement, notamment dans le cadre du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁶, auquel le Canada a adhéré en 1976¹⁷, et dont l'article 25 stipule que :

25. Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis;

¹⁶ Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Entrée en vigueur: le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49.

¹⁷ Cette adhésion est du 19 mai 1976. Voir à ce propos : <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4.htm#reservations>

- b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs;*
- c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.*

Cette disposition est elle-même largement étudiée dans le cadre des commentaires proposés par le Comité des droits de l'homme dans le document *Observation générale N° 25 (57)*, adopté en 1996, qui explore la portée de l'article 25¹⁸. On y insiste notamment sur la nécessité pour les États de favoriser la participation des citoyens aux affaires publiques, en particulier en ce qui a trait à l'« instrumentation » des politiques publiques. On y rappelle également le droit des citoyens et des groupes organisés de participer au débat public et aux échanges avec leurs représentants élus. Or, cette participation est reconnue comme une condition concrète du droit à la liberté d'expression et à la liberté de réunion et d'association. Par extension, la participation au débat public suppose la libre circulation de l'information et la liberté de presse.

1. [...] Quel que soit le type de constitution ou de gouvernement adopté par un État, l'article 25 fait obligation aux États d'adopter les mesures d'ordre législatif ou autres qui peuvent être nécessaires pour que les citoyens aient la possibilité effective d'exercer les droits qu'il protège. L'article 25 appuie le régime démocratique fondé sur l'approbation du peuple et en conformité avec les principes du Pacte.

6. [...] Les citoyens peuvent participer directement en prenant part à des assemblées populaires qui sont habilitées à prendre des décisions sur des questions d'intérêt local ou sur des affaires intéressant une communauté particulière et au sein d'organes créés pour représenter les citoyens en consultation avec l'administration. Dans les cas où un mode de participation directe des citoyens est prévu, aucune distinction ne devrait être établie pour les motifs mentionnés au paragraphe 1 de l'article 2 entre les citoyens en ce qui concerne la possibilité de participer et aucune restriction déraisonnable ne devrait être imposée.

8. Les citoyens participent aussi en influant sur la direction des affaires publiques par le débat public et le dialogue avec leurs représentants ou par leur capacité de s'organiser. Cette participation est favorisée en garantissant le droit à la liberté d'expression, de réunion et d'association.

12. Le droit à la liberté d'expression, de réunion et d'association est une condition essentielle à l'exercice effectif du droit de vote et doit être pleinement protégé. [...]

25. La communication libre des informations et des idées concernant des questions publiques et politiques entre les citoyens, les candidats et les représentants élus est essentielle au plein exercice des droits garantis à l'article 25. Cela exige une presse et d'autres organes d'information libres, en mesure de commenter toute question publique sans censure ni restriction, et capable d'informer l'opinion publique. [...]

¹⁸ Le Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 25*, U.N.Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, le 12.07.1996.

Par ailleurs, les décisions antérieures du Comité des droits de l'homme rendent compte du fait que ce n'est pas tant la capacité des citoyens d'influencer ou d'orienter dans un sens ou dans un autre le contenu des législations ou des politiques publiques qui permet de mesurer l'atteinte du respect de ces droits civils et politiques, mais plutôt l'existence de mécanismes et de processus susceptibles de rendre possible cette participation au débat public¹⁹.

Ces orientations générales se trouvent renforcées par la récente *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'Homme et les libertés fondamentales universellement reconnus*, adoptée en 1998²⁰. On y prévoit à l'article 8 que :

1. *Chacun a le droit, individuellement ou en association avec d'autres, de participer effectivement, sur une base non discriminatoire, au gouvernement de son pays et à la direction des affaires publiques.*
2. *Ce droit comporte notamment le droit, individuellement ou en association avec d'autres, de soumettre aux organes et institutions de l'État, ainsi qu'aux organismes s'occupant des affaires publiques, des critiques et propositions touchant l'amélioration de leur fonctionnement, et de signaler tout aspect de leur travail qui risque d'entraver ou empêcher la promotion, la protection et la réalisation des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.*

Dans le cadre des travaux récents des organes politiques des Nations Unies, on tend également de plus en plus à confirmer l'importance du droit à la participation publique, sinon la nécessité de voir se développer de véritables démocraties participatives. Une résolution adoptée en 2005 par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies le démontre bien :

*L'importance d'approfondir la démocratie en incluant, au-delà d'élections libres et équitables, d'autres éléments essentiels au développement d'un gouvernement véritablement caractérisé par la transparence, la responsabilité, l'obligation de rendre des comptes et la participation.*²¹

Les conclusions d'un rapport soumis en 2005 par le Haut-Commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies à la Commission des droits de l'homme le démontrent aussi :

16. La pleine réalisation des droits participatifs impose aux États des obligations aussi bien positives que négatives. Les États parties sont en effet non seulement tenus de

¹⁹ Voir, entre autres, les constatations du Comité des droits de l'homme: *Mme. Nicole Beydon et 19 autres membres de l'Association : DIH Mouvement de protestation civique v. France*, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1400/2005 (2005); *André Brun v France*, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1453/2006 (2006).

²⁰ Adoptée par la résolution 53/144 de l'Assemblée générale, le 9 décembre 1998.

²¹ Le rôle d'une bonne gouvernance dans la promotion et la protection des droits de l'homme, Résolution de la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2005/L.86.

*respecter les droits participatifs mais doivent en outre prendre des mesures efficaces tendant à réduire les obstacles à l'exercice de ces droits et à le faciliter.*²²

Sur le plan de la théorie de la démocratie, ces tendances favorisent l'émergence d'une société délibérative, telle qu'elle est envisagée par la philosophie politique contemporaine. Il s'agit d'une condition qui s'ajoute graduellement aux paramètres institutionnels qu'adoptent généralement les démocraties modernes : gouvernement responsable, élection au suffrage universel, séparation des pouvoirs, etc.. Cette tendance participe, à sa façon, au développement de régimes capables d'intégrer les diverses formes de la mobilisation et de la contestation sociale tout en les considérant comme une forme de la participation démocratique. Elle nécessite cependant que soient respectées les conditions d'une certaine éthique de la discussion.

On sait que la portée des normes internationales est largement fonction de la volonté des États d'en ratifier les termes, puis d'en faire appliquer les orientations. En amont ou en aval, certains États sont appelés à établir leur propre normativité en la matière. On a vu qu'aux États-Unis, le premier amendement de la Constitution fonde déjà les orientations d'un droit à la participation qui sert d'ailleurs de justification centrale aux législations anti-SLAPP adoptées dans près de la moitié des États américains, et dont on verra les termes plus loin.

2.2 Le droit à la liberté d'expression

Parmi les enjeux qui sont en cause dans la pratique du SLAPP, le droit à la liberté d'expression est l'un des plus souvent cités. Mais ce droit à la liberté est toujours mis dans la balance avec le droit à la protection de la réputation, qui est reconnu comme une dimension du droit à la protection de la vie privée. Ce sont ces derniers droits qui justifient juridiquement le recours aux actions en libelle et diffamation, accusations qui servent souvent de véhicule juridique aux *poursuites-bâillons*. Il s'agit de droits dont la portée est plus large que le droit à la participation politique ou à la participation publique, mais qui comportent des limites variables selon les États de référence et les précédents jurisprudentiels.

Aux États-Unis, le droit de pétition constitue la base des mesures législatives anti-SLAPP ; ce droit est considéré comme une référence normative dont la force est supérieure à celle du droit à la liberté d'expression, justement parce qu'il ne souffre que de peu d'exceptions en regard du droit à la réputation. Comme le souligne l'attorney McAllister dans le cadre d'une entrevue exploratoire menée avec lui :

*In cases involving petitioning as a general rule in the US it should be no liability and questions whether the petition had any slander or defamation shall not even be considered. In freedom of expression cases, the case generally would have to be somehow considered on the merits in terms of defamation, slander, libel.*²³

²² Étude analytique du Haut-Commissaire aux droits de l'homme sur le principe fondamental de participation et son application dans le contexte de la mondialisation. Rapport du Haut-Commissaire E/CN.4/2005/41, 23 décembre 2004.

²³ Entrevue téléphonique accordée par le Attorney Sean McALLISTER, Directeur exécutif, SLAPP Resource Center, le 23.01.2007.

Pour l'essentiel, cette appréciation suit les tendances observées dans le monde occidental. Toujours aux États-Unis, où les premières lois anti-SLAPP ont été adoptées, certaines décisions judiciaires importantes rendent compte du fait que la liberté d'expression et le droit à la réputation ne trouvent pas toujours leur point d'équilibre au même endroit. Ainsi, dans l'arrêt *New York Times* (1964), on conclut qu'une déclaration jugée offensante émise contre un officier public ne peut être considérée comme diffamatoire qu'en présence de malice, c'est-à-dire dans la mesure où l'auteur des propos reprochés sait qu'il s'agit de déclarations mensongères ; ces propos sont émis sans que leur auteur ne se soucie de leur véracité²⁴. Dans le cadre de décisions ultérieures portant sur ce genre d'affaires, les tribunaux établiront, sur la base de ce précédent jurisprudentiel, des nuances en fonction de la situation particulière des personnes visées, notamment selon qu'il s'agit de personnalités publiques ou de particuliers, auquel cas une plus grande prudence et une plus grande retenue s'imposent²⁵. Cet équilibre variable se manifeste par des exemples divers tant sur le plan du droit international que sur le plan du droit européen ou des divers droits nationaux. Ainsi, l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* prévoit à ses paragraphes 2 et 3 la portée et les limites de l'exercice du droit à la liberté d'expression :

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaire : a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui; b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.²⁶

Ici encore, les décisions ultérieures du Comité des droits de l'homme des Nations Unies viennent nuancer la portée des normes prévues au Pacte. On y conclut que les personnalités publiques (*public figures*) devaient accepter d'être plus fréquemment la cible de la critique, sans pour autant considérer que leur réputation est mise en cause²⁷.

Les décisions prises en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme offrent un large éventail de situations où les limites du droit à la liberté d'expression (ici, le droit d'exprimer des critiques et des doutes) peuvent être considérées comme très étendues. C'est le cas

²⁴ New York Times, 376 U.S.: 278. Marnie STETSON, « Reforming SLAPP reform : New York Anti-SLAPP Statute », *New York University Law Review*, vol. 70, 1995: 1340-1342.

²⁵ Michael Eric JOHNSTON, « A Better SLAPP TRAP : Washington State's Enhanced Statutory Protection for Targets of Strategic Lawsuits Against Public Participation », *Gonzaga Law Review*, 2002-2003: 267- 269.

²⁶ ICCPR (note 16).

²⁷ Constatations du Comité des droits de l'homme, *Mr. Zeljko Bodrožić v. Serbia and Montenegro*, U.N.Doc. CCPR/C/85/D/1180/2003 (2006). Le Comité y rappelle notamment que « Le Comité fait observer en outre que, dans le cadre des débats publics concernant des personnalités du domaine politique qui sont tenus dans une société démocratique, spécialement dans les médias, le Pacte accorde une importance particulière à l'expression sans entrave ».

lorsqu'elles mettent en cause un politicien²⁸, une entreprise²⁹ ou une organisation non gouvernementale engagée significativement dans l'espace public³⁰. Ces limites sont beaucoup moins étendues dans des situations mettant en cause une personne occupant une fonction attirée dans l'administration publique (*Public Servant*³¹) ou un particulier, sauf si ce dernier agit comme porte-parole d'un groupe actif dans l'espace public ou y défend une position particulière³². Les extraits de quelques décisions récentes rendent compte de cette gradation :

*Partant, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance.*³³

Certes, les grandes entreprises s'exposent inévitablement et sciemment à un examen attentif de leurs actes et, de même que pour les hommes et les femmes d'affaires qui les dirigent, les limites de la critique admissible sont plus larges en ce qui les concerne³⁴.

On trouve, au Québec comme au Canada, des dispositions et des orientations équivalentes, encore que, sur le plan de l'argumentation juridique et selon l'ordre juridique de référence, des nuances importantes peuvent marquer l'appréciation de chaque situation, notamment au chapitre des motifs qui peuvent faire obstacle à des actions entreprises pour atteintes à la réputation.

2.3 Le problème de l'accès à la justice

La pratique du SLAPP met en évidence le déséquilibre des ressources matérielles et financières des parties : accès inégal aux services des professionnels du droit et à certaines expertises spécialisées, capacité ou incapacité d'assumer des frais judiciaires et extrajudiciaires souvent élevés, etc. L'adoption de mesures anti-SLAPP a souvent trouvé là une justification. Le problème porte sur la nécessité de fonder les conditions du débat contradictoire dans un système établi sur le principe de l'égalité de tous devant le droit et devant les tribunaux.

²⁸ La Cour européenne des droits de l'homme : *Lingens c. Autriche* – 103 (8.7.86) et plusieurs jugements postérieurs qui y réfèrent; dans *Almeida Azevedo c. Portugal*, n° 43924/02 (Sect. 2) (fr) – (23.1.07) la Cour a rappelé que « dans ce domaine l'invective politique déborde souvent sur le plan personnel: ce sont là les aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique ».

²⁹ La Cour européenne des droits de l'homme : *Fayed c. Royaume-Uni* – 294-B (21.9.94), *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01 (Sect. 4) (bil.), CEDH 2005-II – (15.2.05).

³⁰ La Cour européenne des droits de l'homme : *Paturel c. France*, n° 54968/00 (Sect. 1) (fr) – (22.12.05).

³¹ La Cour européenne des droits de l'homme: *Savičchi v. Moldova*, n° 11039/02 (Sect. 4) (Eng) – (11.10.05), *Janowski c. Pologne* [GC], n° 25716/94, CEDH 1999-I – (21.1.99).

³² La Cour européenne des droits de l'homme : *Nilsen et Johnsen c. Norvège* [GC], n° 23118/93, CEDH 1999-VIII – (25.11.99) citant *Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95 (Sect. 3) (bil.), CEDH 2001-II – (27.2.01).

³³ La Cour européenne des droits de l'homme: *Lingens c. Autriche* (note 28), §42.

³⁴ La Cour européenne des droits de l'homme: *Fayed c. Royaume-Uni* (note 29) § 75.

Du reste, il s'agit d'un principe largement reconnu et systématiquement repris par les grandes conventions internationales. L'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* établit que :

1. *Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil.*

On trouve une disposition équivalente à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Se trouve ainsi affirmée la nécessité d'un équilibre entre le droit reconnu de recourir aux tribunaux pour faire valoir un droit et celui de s'y défendre. Or, cette nécessité juridique se bute au problème plus général de l'accès à la justice, notamment sur le plan de l'égalité des moyens matériels et financiers des parties et de leur droit, en matière criminelle et pénale, de bénéficier d'une défense pleine et entière.

2.3.1 Le SLAPP comme expression particulière d'un problème plus général d'accès à la justice

Le premier de ces problèmes, celui de l'accès à la justice, renvoie à une difficulté généralement reconnue dans l'ensemble du monde juridique occidental. Dès la fin des années 60, il fait l'objet de débats importants qui conduiront à toute une série de mesures visant à favoriser à la fois l'accès aux services juridiques et judiciaires et le rétablissement de l'égalité des parties devant les tribunaux. C'est cette nécessité qui a tour à tour justifié la création de l'aide juridique, l'établissement de la « Cour des petites créances », le développement des tribunaux administratifs, l'adoption de lois particulières dans le domaine de la consommation et du logement, l'ajout dans le Code de procédure civile de dispositions prévoyant le recours collectif, le développement de pratiques favorisant la médiation des parties (en matière familiale) et la conciliation judiciaire, particulièrement en matière civile. Si le problème de l'accès à la justice était considéré comme une priorité au début des années 90³⁵, il l'est encore plus aujourd'hui, alors qu'il est considéré comme un problème généralisé³⁶. À leur façon, les *poursuites-bâillons* montrent les différentes dimensions du problème : 1) le problème de la compétence juridique des parties et de leur accès à une connaissance pertinente ou professionnelle du droit, 2) le problème de la légitimité des tribunaux en tant qu'institution sociale capable d'assurer l'égalité des parties sur des bases qui ne conduisent pas indirectement (ou de manière systémique) à un déni de leur indépendance, de leur impartialité ou de leur intégrité et 3) le problème associé aux dispositifs concrets par l'intermédiaire desquels s'exerce l'activité des procureurs et des juges, et qui sont des conditions de l'activité judiciaire. Dans tous les cas, la question demeure la même, celle de la protection concrète des principes d'égalité des citoyens sur lesquels est fondée l'activité judiciaire en tant que mécanisme démocratique et condition institutionnelle de cette égalité.

³⁵ R.A. Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada: étendue, envergure, ambitions », dans J. Bass, W.A. Bogart et F. Zemans, dirs. *L'accès à la justice: pour le nouveau siècle les voies du progrès* (Toronto: Barreau du Haut-Canada, 2005) à la page 23.

³⁶ Voir notamment à ce propos les études publiées par *La Presse* en janvier 2006.

2.3.2 Le problème plus spécifique de l'inégalité d'accès aux ressources

Le problème de l'égalité des ressources ne constitue, dans cette perspective, qu'une dimension spécifique du problème plus général posé antérieurement, bien que, sur le plan empirique, il s'agisse du problème principal posé par le recours aux *poursuites-bâillons*. Dans les pays où la pratique du SLAPP est souvent observée, ces questions ont largement été mises en évidence et ont déterminé une partie des solutions envisagées pour contrer une partie du problème.

Ainsi, au Royaume-Uni, où le *McLibel Case* sert de référence constante, c'est en des termes semblables que le problème a été posé, et c'est la raison qui explique l'identification du SLAPP à l'opposition systématique de parties de forces inégales. Dans le *McLibel Case*, précisément, les militants poursuivis ont dû se représenter eux-mêmes, situation relevée systématiquement par la Cour européenne des droits de l'homme :

69. [...] *La Cour estime toutefois que, dans une affaire d'une telle complexité, ni l'aide occasionnelle de juristes bénévoles, ni l'ample assistance et la grande liberté d'action que le juge a accordées aux requérants, qui assuraient eux-mêmes leur défense, ne sauraient remplacer la représentation assurée avec compétence et suivi par un juriste expérimenté qui connaît l'affaire et le droit de la diffamation. La durée même de la procédure témoigne, dans une certaine mesure, de l'absence de connaissances juridiques et de l'inexpérience des requérants. Par ailleurs, si ces derniers avaient été représentés, ils auraient peut-être obtenu gain de cause sur l'un ou plusieurs des incidents dont ils se plaignent [...] Enfin, la différence entre les degrés d'assistance dont les requérants et McDonald's ont bénéficié de la part d'hommes de loi fut telle qu'elle n'a pu, dans cette affaire extrêmement exigeante, qu'entraîner un manque d'équité, en dépit des grands efforts déployés par les juges de première instance et d'appel.*

71. [...] *La question de savoir si, dans l'hypothèse où l'aide judiciaire aurait existé, les requérants en auraient bénéficié relève de la pure spéculation. Qui plus est, si l'aide judiciaire avait été refusée ou subordonnée à des conditions financières ou autres rigoureuses, la Cour aurait été appelée à trancher sous l'angle de la Convention le même problème en substance, celui de savoir si le refus de l'aide judiciaire, ou les conditions attachées à son octroi, revenaient à imposer une restriction inéquitable à la possibilité pour les requérants de présenter leur défense de manière effective.*

72. *La Cour conclut en conséquence que le fait que les requérants n'aient pas bénéficié d'une aide judiciaire les a privés de la possibilité de défendre effectivement leur cause devant la justice et a entraîné une inégalité des armes inacceptable avec McDonald's. Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.*³⁷

Le rééquilibrage des ressources entre les parties en situation concrète d'inégalité apparaît ainsi, quelles qu'en soient les modalités, constituer une solution potentielle au problème posé par plusieurs des *poursuites-bâillons* entreprises dans le passé, du moins à l'étranger. Ce faisant, on rétablit l'équilibre des forces juridiques et judiciaires en présence et on préserve, à long terme, la légitimité du système judiciaire. La question sera abordée plus précisément au chapitre des

³⁷ La Cour européenne des droits de l'homme, *Steel et Morris c. Royaume-Uni* (note 3).

solutions envisagées. Dans tous les cas, notamment si le soutien des victimes du SLAPP est financé par l'État, cette hypothèse pose cependant un problème d'un tout autre ordre : le financement par l'État de la judiciarisation des débats politiques, question qui situe sur un tout autre plan la nature du problème du SLAPP et de ses solutions potentielles.

2.4 Le droit à un procès juste et équitable

On a déjà commenté partiellement l'obligation que le droit international impose aux États de garantir à ses citoyens la tenue de procès entendus « équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ». L'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec renvoie à une obligation équivalente³⁸. Or, c'est une obligation que le recours à la pratique des *poursuites-bâillons* met potentiellement en péril, dans tous les cas où l'inégalité des ressources est criante. Le tout tient notamment à la complexité du droit contemporain et à la difficulté de se représenter soi-même — ou faiblement assisté — à la cour, c'est-à-dire dans un cadre où la rigidité et la spécificité des références et des pratiques rendent presque impossible dans les faits l'administration d'une défense (même bien fondée) sans le soutien systématique et bienveillant du tribunal.

Le droit international impose d'abord aux États eux-mêmes l'obligation d'assurer les conditions institutionnelles, structurelles et procédurales qui garantissent le caractère équitable de l'activité judiciaire. On pense immédiatement aux conditions susceptibles de garantir l'indépendance des tribunaux et aux dispositions matérielles et politiques visant à garantir l'impartialité des juges (on fait ici allusion, par exemple, au principe de l'exclusivité des fonctions judiciaires). Cette orientation vient de ce que les normes établies en matière internationale visent d'abord à encadrer les responsabilités des États envers leurs propres citoyens. Une *Observation générale* adoptée par le Comité des droits de l'homme en 2004 indique cependant que ces conditions peuvent également être interprétées comme engageant la responsabilité des États signataires dans des situations où c'est le comportement réciproque des citoyens qui est en cause.

Article 8 – *Toutefois, les États parties ne pourront pleinement s'acquitter de leurs obligations positives, visées au paragraphe 6, de garantir les droits reconnus dans le Pacte que si les individus sont protégés par l'État non seulement contre les violations de ces droits par ses agents, mais aussi contre des actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, qui entraveraient l'exercice des droits énoncés dans le Pacte dans la mesure où ils se prêtent à une application entre personnes privées, physiques ou morales. Dans certaines circonstances, il peut arriver qu'un manquement à l'obligation énoncée à l'article 2 de garantir les droits reconnus dans le Pacte se traduise par une violation de ces droits par un État partie si celui-ci tolère de tels actes ou s'abstient de prendre des mesures appropriées ou d'exercer la diligence nécessaire pour prévenir et punir de tels actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, enquêter à leur sujet ou*

³⁸ *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, (L.R.Q. C-12) : Article 23. « Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle ».

*réparer le préjudice qui en résulte en sorte que lesdits actes sont imputables à l'État partie concerné.*³⁹

Au regard du SLAPP, il est raisonnable de croire que cette extension graduelle des principes visant à garantir l'impartialité et l'indépendance du système judiciaire impose aux États l'obligation de contrôler certaines formes de recours aux tribunaux. C'est notamment le cas lorsque ces recours sont exercés dans des formes qui constituent manifestement un déni des conditions d'accès à la justice et d'égalité devant le droit. Cette orientation fournit une justification supplémentaire de l'adoption de mesures anti-SLAPP. Au regard des obligations de l'État, cette orientation est également appuyée par l'article 2 de la *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'Homme et les libertés fondamentales universellement reconnus*, précité (Cf. note 19).

2. Chaque État a, au premier chef, la responsabilité et le devoir de protéger, promouvoir et rendre effectifs tous les droits de l'Homme et toutes les libertés fondamentales, notamment en adoptant les mesures nécessaires pour instaurer les conditions sociales, économiques, politiques et autres ainsi que les garanties juridiques voulues pour que toutes les personnes relevant de sa juridiction puissent, individuellement ou en association avec d'autres, jouir en pratique de tous ces droits et de toutes ces libertés.

Reste néanmoins à savoir quelle forme d'intervention de l'État est susceptible de garantir l'effectivité de la fonction judiciaire et des conditions intrinsèques de son activité, telles qu'elles sont envisagées par la normativité internationale.

Chapitre 3. Mesures anti-SLAPP : les modèles tirés de l'expérience étrangère

Dans plusieurs États où le SLAPP est apparu comme un problème suffisamment sérieux et récurrent pour justifier l'adoption d'une législation, un grand nombre de stratégies différentes ont été envisagées. Celles-ci ont chaque fois été établies en fonction d'un aspect particulier du problème (question de participation publique, de liberté d'expression, d'accès à la justice), mais également en fonction des normes de référence et des caractéristiques propres à chaque ordre juridique. Il s'ensuit que les mesures anti-SLAPP définies aux États-Unis sont différentes d'un État à l'autre et se distinguent également de celles qui ont pu être adoptées en Australie, ou de celles qui ont été envisagées en Europe pour faire face au même phénomène. Un survol permet de s'informer sur ces différentes stratégies, les États-Unis constituant notre principal modèle de référence.

3.1 Les mesures anti-SLAPP d'inspiration américaine

Aux États-Unis, 25 États⁴⁰ ont tour à tour été amenés à adopter une législation spécifique visant à contrer la pratique des *poursuites-bâillons*. Dix États⁴¹ ont étudié ou étudient actuellement

³⁹ Le Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, le 26.05.2004.

⁴⁰ Il s'agit des États suivants : Arkansas, California, Delaware, Florida, Georgia, Guam (territory), Hawaii, Indiana, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Missouri, Nebraska, Nevada, New Mexico, New York,

l'opportunité d'adopter de tels projets de loi, alors que le Colorado et la Virginie de l'Ouest bénéficient de textes de doctrine établis en la matière.

Ces lois recourent à des dispositifs très diversifiés et ont également une portée très différente, selon que l'on a cherché à répondre aux difficultés spécifiques d'une activité industrielle ou commerciale donnée, ou encore, à rétablir plus largement l'équilibre entre des parties cherchant à garantir l'exercice de droits reconnus constitutionnellement. On rencontre ainsi, selon les États, des législations plus ou moins contraignantes et fonctionnelles.

On se référera surtout ici aux législations californienne et new-yorkaise, qui sont les plus anciennes et les plus souvent citées, et les plus souvent commentées dans la littérature. Soulignons d'ailleurs au passage que la doctrine américaine en matière de SLAPP a été produite, pour l'essentiel, entre 1990 et 1995, et que les textes parus depuis sont à la fois beaucoup moins nombreux et beaucoup plus ciblés, commentant presque systématiquement des décisions ou des cas particuliers.

Les premières mesures visant à contrer la pratique des *poursuites-bâillons* ont elles-mêmes fait l'objet de nombreux commentaires et favorisé la proposition d'un certain nombre de lois modèles, elles-mêmes toujours inspirées d'une définition plus ou moins extensive du SLAPP. Les travaux fondateurs de Canan et Pring offrent une analyse partielle et non systématique de la législation établie. Ces comparaisons mettent cependant en évidence la portée différente des législations new-yorkaise et californienne, la première visant au premier chef le contrôle des entrepreneurs immobiliers (*builders*) et, plus particulièrement, les entrepreneurs demandant l'émission de permis ou la modification de règlements de zonage⁴² :

*The New York version limits itself to SLAPPs filed by « public applicants or permittees » that is, only those filers who have « applied for or obtained a permit, zoning change, lease, license, certificate or other entitlement for use of permission to act from any government body or persons affiliated with them – and similarly limits targets to those who « report on, comment on, rule on, challenge or oppose such application or permission ».*⁴³

Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Tennessee, Utah, Washington. Source: California Anti-SLAPP Project, www.casp.net (consulté le 27.02.2007.)

⁴¹ Arizona, Colorado, Connecticut, Illinois, Kansas, Michigan, New Hampshire, New Jersey, Texas, Virginia. Source: www.casp.net (note 39) Si certains États, comme le New Hampshire, ont finalement décidé de ne pas établir de lois anti-SLAPP, c'est généralement que les règles de procédures établies pour en assurer l'efficacité ont été jugées incompatibles avec le droit des initiateurs de poursuites stratégiques de bénéficier d'un procès avec juge et jury, également protégé par la Constitution – ces États mettant côte à côte deux droits garantis par la Constitution sans les hiérarchiser d'aucune façon. Voir, à ce propos, l'avis émis par la Supreme Court of New Hampshire, 641. A.2d 1012, 138 N.H. 445. Indiquons cependant que la Cour suprême du New Hampshire est la seule à avoir adopté cette position de principe.

⁴² Pour plus d'information sur la loi new-yorkaise, Marnie STETSON, « Reforming SLAPP Reform : New York's Anti-SLAPP Statute », *New York University Law Review*, (1995): 1324-1361.

⁴³ CANAN and PRING, 1996 (note 1) : p. 194. Pour un commentaire documenté sur les prémisses des auteurs, on lira avec intérêt : Neal MILNER, « Decentering the First Amendment », *Law and Society Review* 31, n° 4 (1997): 823-44.

Canan et Pring ajoutent que les premières interprétations de la loi ont favorisé une interprétation stricte et restrictive de ses dispositions, limitant ainsi sa portée. Ils opposent cette orientation à celle qui allait inspirer la législation californienne. Adoptée par la législature en 1992, elle allait connaître toute une série de modifications successives au fur et à mesure des décisions jurisprudentielles⁴⁴. Pour l'essentiel, les dispositions du *California Code of Civil Procedure* prévoient les conditions et la procédure (*motion to strike*) donnant ouverture à une défense spécifique contre l'exercice d'une action susceptible de constituer une limitation de la liberté d'expression et du droit de pétition garanti par le premier amendement (*supra*). Une lecture rapide de l'article 425.16 du code rend compte à la fois de l'esprit de la législation et de la procédure applicable en cette matière :

Sec. 425.16. Claim Arising from Person's Exercise of Constitutional Right of Petition or Free Speech -- Special Motion to Strike.

(a) The Legislature finds and declares that there has been a disturbing increase in lawsuits brought primarily to chill the valid exercise of the constitutional rights of freedom of speech and petition for the redress of grievances. The Legislature finds and declares that it is in the public interest to encourage continued participation in matters of public significance, and that this participation should not be chilled through abuse of the judicial process. To this end, this section shall be construed broadly.

(b) (1) A cause of action against a person arising from any act of that person in furtherance of the person's right of petition or free speech under the United States or California Constitution in connection with a public issue shall be subject to a special motion to strike, unless the court determines that the plaintiff has established that there is a probability that the plaintiff will prevail on the claim.

(2) In making its determination, the court shall consider the pleadings, and supporting and opposing affidavits stating the facts upon which the liability or defense is based.

(3) If the court determines that the plaintiff has established a probability that he or she will prevail on the claim, neither that determination nor the fact of that determination shall be admissible in evidence at any later stage of the case, or in any subsequent action, and no burden of proof or degree of proof otherwise applicable shall be affected by that determination in any later stage of the case or in any subsequent proceeding.

[...]

(e) As used in this section, « act in furtherance of a person's right of petition or free speech under the United States or California Constitution in connection with a public issue » includes : (1) any written or oral statement or writing made before a legislative, executive, or judicial proceeding, or any other official proceeding authorized by law; (2) any written or oral statement or writing made in connection with an issue under

⁴⁴ Voir, Jerome I. BRAUN, 2003 (note 10); Kathryn W. TATE, « California's Anti-Slapp Legislation: A Summary of and Commentary on Its Operation and Scope », 33 *Loyola of Los Angeles Law Review* (1999-2000): 801; Sharon J. ARKIN, « Bringing California's Anti-SLAPP Statute Full Circle : To Commercial Speech and Back Again », *Western State University Law Review* 31 (2003-2004): 1; Daily Journal de Mark GOLDOWITZ décrivant les modifications aux California statutes: <http://www.casp.net/dj-list.html>.

consideration or review by a legislative, executive, or judicial body, or any other official proceeding authorized by law; (3) any written or oral statement or writing made in a place open to the public or a public forum in connection with an issue of public interest; (4) or any other conduct in furtherance of the exercise of the constitutional right of petition or the constitutional right of free speech in connection with a public issue or an issue of public interest.

La comparaison des législations new-yorkaise et californienne permet de mettre en évidence l'étendue très variable des situations protégées par la loi américaine. La portée des législations varie d'ailleurs d'un État à l'autre⁴⁵. Ainsi, selon le cas, les législations adoptées visent limitativement à protéger le *droit de pétition*⁴⁶ ou, de façon plus large, le *droit à la liberté d'expression*⁴⁷. Alors que, dans certains cas, la législation couvre restrictivement le droit des citoyens d'informer⁴⁸ ou de chercher à influencer le gouvernement⁴⁹ en particulier dans le cadre de consultations ou d'audiences publiques (*official or quasi-judicial proceeding*⁵⁰), dans d'autres États, la législation protège une plus grande diversité de formes d'expression publique : manifestations, lettres ouvertes, pétitions, etc.⁵¹. Alors que certaines de ces législations visent directement les activités publiques destinées à influencer les décisions gouvernementales, d'autres incluent toute forme de déclaration publique, qu'elle soit ou non destinée aux autorités gouvernementales. Si certaines législations visent strictement les situations mettant en jeu la délivrance d'un permis, la modification d'un règlement de zonage ou un enjeu d'ordre

⁴⁵ On trouve des comparaisons de ce type dans : Thomson West, LDEF 9:109; Rodney A. SMOLLA, *Law of Defamation*, Database updated November 2006, Part I. Defamation, Chapter 9. Damages and Other Remedies.

⁴⁶ Voir *Sarkis v. Grey2k*, 21 Mass. L. Rptr. 173, 2006 WL 1806586. (Mass. Super. Ct. 2006) : « A strict application of the above principles is especially appropriate here because of the sensitive First Amendment interests at play that underlie the Anti-SLAPP statute, pursuant to which the plaintiffs' case was dismissed in the first place. Judge Lopez in her memorandum and order dismissing the plaintiffs' case accurately stated that the 'purpose of the Anti-SLAPP statute is to protect citizens from lawsuits designed to chill their right to petition the government' ».

⁴⁷ « Any acts of free speech or expression on issues of public concern ».

⁴⁸ Wash. Rev. Code Ann. <section><section> 4.24.500 to 4.24.520 (West Supp. 2002).

⁴⁹ R.I. Gen. Laws <section><section> 9-33-1 to 9-33-4 (Supp. 1996); Minn. Stat. Ann. <section><section> 554.01 to 554.05 (West Supp. 1997).

⁵⁰ Hawaii Rev. Stat. <section> 634F (2002); N.M. Stat. Ann. <section><section> 38-2-9.1, 9.2 (2001). Selon les législations, cette protection peut d'ailleurs s'étendre à une série d'activités liées (connection with) à ces mécanismes de consultations (Ga. Code Ann. <section> 9-11-11.1 (Supp. 1997), y compris les initiatives visant à mobiliser les citoyens et à encourager leur participation à de telles audiences publiques: Me. Rev. Stat. Ann. tit. 14, <section> 556 (West Supp. 1997); Mass. Gen. Laws Ann. ch. 231, <section> 59H (West 1997). Voir aussi *Maietta Const., Inc. v. Wainwright*, 2004 ME 53, 847 A.2d 1169 (Me. 2004) (Abstract: A construction company that brought a defamation action against the former owner of property, alleging that the former landowner defamed the company by publicly accusing the company of removing topsoil and loam from city property contrary to an express condition of the former landowner's conveyance of property to the city. The court held that the plaintiff failed to establish that former landowner had no legitimate basis for petitioning the city to enforce deed restrictions as would defeat the landowner's special motion to dismiss petition under Maine's anti-SLAPP statute.)

⁵¹ Cal. Civ. Proc. Code <section> 425.16 (West Supp. 1997); Ind. Code Ann. <section><section> 34-7-7-1 to 34-7-7-10 (West Supp. 1998); La. Code Civ. Proc. Ann. art. 971 (West 1999); Or. Rev. Stat. <section> 30.142 (2001).

environnemental (comme c'est le cas dans les États de New York⁵², du Delaware⁵³ et du Nebraska⁵⁴), d'autres incluent toute initiative susceptible de comporter des conséquences pour la population ou le milieu⁵⁵. Alors que certaines législations se limitent strictement aux situations soulevant des questions d'intérêt public, d'autres s'étendent à toute déclaration ou à toute situation susceptible de justifier la manifestation d'une opposition⁵⁶. Si plusieurs législations visent assez strictement à protéger le droit des citoyens de s'opposer aux initiatives de certains entrepreneurs ou de certaines industries, d'autres entendent protéger toute forme d'expression visant la contestation d'initiatives personnelles (politiciens, hommes d'affaires) ou publiques (entreprises ou sociétés publiques etc.). À l'inverse, certaines lois limitent les mesures anti-SLAPP aux tentatives des autorités publiques de museler la contestation de leurs propres initiatives⁵⁷.

Dans un effort de synthèse, Canan et Pring établissent à trois les critères permettant de mesurer la portée réelle d'une loi anti-SLAPP : 1) la diversité des formes d'expression protégées par la législation; 2) la diversité des forums couverts par la législation; 3) la portée des mécanismes procéduraux prévus par la législation et leur effet dissuasif⁵⁸. C'est en vue de s'assurer que tous ces critères sont pris en compte que Canan et Pring en viennent eux-mêmes à proposer les termes d'une loi modèle qui a inspiré plusieurs législateurs⁵⁹. On trouve dans la littérature d'autres projets du genre⁶⁰. Les uns et les autres reprennent, selon le cas, certaines des dispositions suivantes :

1. L'inscription d'urgence pour enquête et audition de toute requête déposée en vertu de la loi anti-SLAPP en question;

⁵² N.Y.C.P.L.R. 3211(g) (McKinney 1997, 1998).

⁵³ Del. Code Ann. tit. 10, <section><section> 8136 to 8138 (Supp.1996).

⁵⁴ Neb. Rev. Stat. <section><section> 25-21-241 to 246 (1995).

⁵⁵ La loi de Pennsylvanie est parfois présentée comme déficiente à ce chapitre, puisqu'elle se limite aux seuls enjeux environnementaux dans des cas mettant en cause les autorités gouvernementales. On reproche également à la loi la fragilité des garanties procédurales qu'elle offre aux citoyens concernés.

⁵⁶ C'est notamment le cas dans l'État du Massachusetts où les instances d'appel ont reconnu que les mesures anti-SLAPP ne couvrent pas strictement les questions d'intérêt public. *Duracraft Corp. v. Holmes Products Corp.* 427 Mass. 156, 691 NE2d 935 (1998).

⁵⁷ Ainsi, certaines lois visent assez strictement les représentants des gouvernements, comme c'est le cas en Floride (Fla. Stat. Ann. <section> 768.295 (West 2000) et dans l'État d'Oklahoma ; la portée de ces lois est très restreinte, puisqu'elles ne vise en définitive que les poursuites en libelle trouvant leur origine dans le cadre d'audiences publiques (proceeding authorized by law).

⁵⁸ CANAN and PRING, 1996 (note 1).

⁵⁹ McALLISTER, Executive Director du SLAPP Resource Center (Denver) présente les lois de l'État du Minnesota et du Territoire de Guam comme des lois exemplaires dont l'efficacité peut être appréciée du fait du peu de cas de SLAPP qu'on y enregistre depuis leur adoption.

⁶⁰ Lire à ce propos: Society of Professional Journalists (Baker & Hostetler LLP), « A Uniform Act Limiting Strategic Litigation against Public Participation : Getting it Passed », 2004, disponible à <http://www.spj.org/pdf/antislapp.pdf>, consulté le 27.02.2007.

2. La signature d'une déclaration sous serment (affidavit) par les procureurs de la partie demanderesse, affirmant que la poursuite entreprise par leur client ne constitue pas une *poursuite-bâillon*;
3. L'audition prioritaire de la requête (*speedy adjudication of SLAPP*);
4. La production de décisions sous forme de jugements sommaires;
5. L'administration de la preuve sur la base de déclarations sous serment (affidavits) ou de *Faits et arguments* soumis dans de très courts délais;
6. L'audition prioritaire de tout appel éventuel de la décision de première instance dans les cas où cette décision n'est pas considérée comme finale et sans appel;
7. La suspension de la procédure judiciaire originale pour la durée de la contestation anti-SLAPP;
8. Le renversement total ou partiel du *fardeau de la preuve* des parties en cause, l'initiateur présumé du SLAPP étant, selon le cas, invité à faire la démonstration du fondement de ses prétentions (notamment en matière de poursuite en dommages-intérêts pour diffamation) ou de ce que l'action dont il est l'initiateur ne menace pas l'exercice de la liberté d'expression (ou du droit de pétition) de la partie défenderesse⁶¹;
9. La protection de l'information soumise à la cour et son caractère irrecevable comme preuve, dans l'hypothèse d'une poursuite de la procédure originale;
10. Le versement éventuel de provisions pour frais en faveur de la partie défenderesse;
11. L'intervention du ministère public (*Attorney General*) en cours d'instance en vue de défendre ou de soutenir la partie défenderesse;
12. L'attribution d'un soutien financier d'origine publique suffisant pour assurer à la partie défenderesse la préparation et l'audition d'une requête anti-SLAPP, soutien financier nécessaire pour couvrir à la fois les frais judiciaires et extrajudiciaires liés à la requête (honoraires professionnels, expertises, etc.);
13. La possibilité d'imposer des sanctions financières aux initiateurs des *poursuites-bâillons* et à leurs procureurs, sanctions destinées à décourager toute nouvelle initiative du genre;
14. La possibilité, pour les groupes et les citoyens visés par une *poursuite-bâillon*, d'entreprendre des procédures en dommages-intérêts contre les initiateurs de la poursuite, procédure connue sous le nom de *SLAPP-Back*⁶².

⁶¹ On se réfère ici aux conséquences pratiques d'une série de décisions de la Cour suprême des États-Unis connue sous le nom de Noerr-Pennington Doctrine. « The SLAPP victim gets immunity unless SLAPPer can prove the petitioning was a « sham ». « Sham » means baseless, using the legal process as a weapon, or petitioning not aimed at procuring government action ». *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127 (1961) *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965). Voir également à ce propos: 14A C.J.S. Civil Rights n° 453; *Corpus Juris Secundum*; Database updated May 2006. Civil Rights by Glenda K. Harnad, J.D. of the staff of the National Legal Research Groups inc; Anne Knickerbocker, J.D.; Stephen Lease, J.D.; Jack K. Levin, J.D.; Thomas Muskus, J.D.; Eric Surette, J.D.; Elizabeth William, J.D.

⁶² C'est notamment le cas prévu à l'article 425.18 du California Code of Civil Procedure. Le préambule indique clairement la justification de ces dispositions exceptionnelles (SLAPP-back) : 425.18. (a) « The Legislature finds and declares that a SLAPPback is distinguishable in character and origin from the ordinary malicious prosecution action. The Legislature further finds and declares that a SLAPPback cause of action should be

Les organismes qui se consacrent à la lutte contre les *poursuites-bâillons* évaluent la valeur de chaque législation anti-SLAPP en fonction de l'importance qui est accordée à ces garanties procédurales, et en fonction de leur effet cumulé ⁶³.

Dans une perspective juridique préventive, certains États, comme l'Arkansas, exigent de toute partie instituant une action susceptible de limiter l'exercice apparent du droit de pétition ou de la liberté d'expression de joindre à la procédure une déclaration faite sous serment affirmant l'absence d'intention des demandeurs de limiter chez les citoyens ou les groupes visés par la poursuite l'exercice de leur droit à participer au débat public.

State of Arkansas. Citizen Participation in Government Act

Verification requirement.

For any claim asserted against a person or entity arising from possible privileged communication or an act by that person or entity that could reasonably be construed as an act in furtherance of the right of free speech or the right to petition government for a redress of grievances under the Constitution of the United States or the Constitution of the State of Arkansas in connection with an issue of public interest or concern, the party asserting the claim and the party's attorney of record, if any, shall be required to file, contemporaneously with the pleading containing the claim, a written verification under oath certifying that :

(1) The party and his or her attorney of record, if any, have read the claim;

(2) To the best of the party's or his or her attorney's knowledge, information, and belief formed after reasonable inquiry the claim is well grounded in fact and is warranted by existing law or a good faith argument for the extension, modification, or reversal of existing law;

(3) The act forming the basis for the claim is not a privileged communication;

(4) The claim is not asserted for any improper purpose such as to suppress a person's or entity's right of free speech or right to petition government, to harass, or to cause unnecessary delay or needless increase in the cost of litigation.⁶⁴

treated differently, as provided in this section, from an ordinary malicious prosecution action because a SLAPPback is consistent with the Legislature's intent to protect the valid exercise of the constitutional rights of free speech and petition by its deterrent effect on SLAPP (*strategic lawsuit against public participation*) litigation and by its restoration of public confidence in participatory democracy ».

⁶³ Voir, par exemple, le site de SLAPP Resource Center (Denver) : www.slapps.org (Frequently Asked Questions, consulté le 27.02.2007). Il propose d'évaluer la portée des mesures anti-SLAPP en fonction des orientations, qui cumulent à la fois une définition extensive des situations couvertes par les lois anti-SLAPP et des garanties procédurales offertes aux citoyens visés par les *poursuites stratégiques*.

« Key provisions of some of these state laws include: Provide for early dismissal of cases arising out of First Amendment petitioning; Cover direct/indirect petitioning activity; Shift burden of proof to SLAPPer; Expedited review of motions to dismiss; Stay or limit discovery pending motion to dismiss; Allow immediate appeal of denial of motion to dismiss; Allow recovery of attorneys' fees, compensatory, and punitive damages; Allow SLAPP-back suits. Some states have case law protecting citizens from SLAPPs (e.g. CO/WV). If you are in one of the states with an anti-SLAPP law, employ the law early in the process in order to get the case dismissed quickly. Many state anti-SLAPP laws are untested and provide incomplete protection for victims ».

L'importance qu'on a jusqu'ici accordée, aux États-Unis, à la définition des mesures anti-SLAPP, tient essentiellement à l'intention des législatures de protéger l'exercice d'un droit constitutionnellement garanti. Ces initiatives sont, partant, empreintes d'une très forte charge symbolique, qui vient à la fois fonder la légitimité de ces procédures et justifier leur caractère exceptionnel : priorité de l'audition, suspension des procédures en cours, renversement du fardeau de la preuve, etc. La référence constante au premier amendement, soit dans sa signification la plus restrictive (le droit de pétition), soit dans sa signification plus large (la liberté d'expression), conduit les auteurs à se référer régulièrement à la notion d'*immunité* dans tout ce qui a trait aux activités qui peuvent être associées à l'exercice d'un tel droit. Il est cependant remarquable que dans les pays où une telle référence est moins présente, d'autres solutions juridiques et procédurales aient été apportées au problème, comme c'est notamment le cas en Australie, où le débat sur le SLAPP se poursuit.

3.2 L'expérience australienne et le SLAPP

En Australie (notamment dans l'État du South Australia), les écrits traitant de l'opportunité d'établir des mesures anti-SLAPP offrent toujours une analyse distanciée des procédures et des justifications proposées antérieurement aux États-Unis, et même des initiatives tentées au Canada, sur lesquelles nous reviendrons plus loin. Ainsi, commentant une loi adoptée en Colombie-Britannique, puis retirée, Bover et Parnell, deux chercheurs australiens, soulignent qu'elle présente l'inconvénient de limiter l'application des mesures anti-SLAPP aux situations où la volonté des *slappers* de limiter le droit à la participation publique est *clairement démontrée*. Bover et Parnell suggèrent au contraire d'appliquer les mesures anti-SLAPP quelle que soit l'intention vérifiable des initiateurs d'une action judiciaire dont la conséquence est de limiter l'exercice d'un tel droit. En contrepartie, les auteurs australiens reconnaissent à la législation le mérite de prévoir des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires dans les situations mettant en cause une volonté véritable de limiter l'exercice du droit à la participation publique.

*The British Columbian approach aims to prevent and deter only those lawsuits that are brought so as to deliberately silence or punish public participation. However, as suggested above, a number of lawsuits brought in response to public participation are not brought for calculated or malicious purposes, but simply arise from a conflict of perceived personal liberty and fundamental democratic rights, and therefore represent only an unjustifiable, (rather than a deliberate and malicious) interference with the right to public participation. The British Columbian approach might, therefore, be ineffective, because it is not sufficiently broad. However, the idea of **allowing a defendant to recover damages** in cases brought for the purpose of silencing or punishing public participation would certainly serve as a strong deterrent against the use of judicial processes for such means. For present purposes it is perhaps **desirable to create a means for summary dismissal based upon unjustifiable interference with the right to public participation rather than improper purpose, but to also create a separate cause of action in which an individual sued for the purpose of***

⁶⁴ West Ark. Code Ann., Citizen Participation in Government Act, A.C.A. § 16-63-505, 2005.

silencing or punishing public participation can seek punitive and exemplary damages.⁶⁵

Les législations proposées ou adoptées représentent cependant généralement le produit d'un compromis entre plusieurs paramètres normatifs et autres choix procéduraux. L'idée d'imposer des mesures à la fois curatives et préventives (dissuasives) oriente ainsi le *Protection of Public Participation Bill of South Australia* soumis pour adoption au *Legislative Council* le 6 décembre 2006⁶⁶. Le projet de loi suppose cependant que l'une des intentions des initiateurs d'une *poursuite-bâillon* (*a purpose for commencing or maintaining the proceedings*) soit clairement de limiter le droit de certains citoyens ou de certains groupes de participer au débat public⁶⁷. Sur le plan procédural, le projet de loi reprend l'essentiel des dispositions de plusieurs législations américaines : dépôt d'une déclaration avisant le tribunal que la partie défenderesse entend faire valoir son droit de s'opposer à la poursuite dont elle est l'objet, conformément à la loi anti-SLAPP; audition de la requête dans un délai de 30 jours; définition des conditions de réception de la requête par la cour et des sanctions auxquelles s'exposent les initiateurs de la *poursuite-bâillon*. Dans tous les cas, la législation compte très peu de dispositions spécifiques, sept articles seulement dans le cas que l'on vient de citer.

La législation australienne mentionne cependant que la pratique du SLAPP peut être indirectement contrée par le recours à d'autres dispositions législatives, de portée plus générale ou plus restreinte que celles qui visent directement la protection du droit à la participation publique. Ainsi, les lois adoptées par les États australiens en 2005-2006 en vertu du projet de loi visant à unifier l'ensemble de la législation établie en matière de diffamation prévoient l'interdiction stricte faite aux sociétés commerciales comptant 10 employés et plus de poursuivre un citoyen ou un groupe pour diffamation⁶⁸.

Comme le souligne le professeur Walters :

⁶⁵ Travis BOVER and Marc PARNELL, A Protection of Public Participation Act for South Australia, A Law Reform Proposal prepared for the, Environmental Defenders Office (SA) Inc, May 2002.

⁶⁶ Les paragraphes 1 et 5 de l'article 7 du Protection of Public Participation Bill 2006 (Legislative Council – n° 82, première lecture 6 décembre 2006) prévoient de telles sanctions : article 7(1)(b) : « an order for costs in relation to the proceedings (including costs incurred in pursuing rights or remedies available under or contemplated by this Act »; et article 7(5): « The Court may, on application by the defendant or on its own motion, in addition to orders referred to in subsection (1), make an order for punitive or exemplary damages if satisfied that the proceedings (or part of the proceedings) were commenced against the defendant for an improper purpose ».

⁶⁷ Le paragraphe 2 de l'article 4 du Protection of Public Participation Bill 2006 (Legislative Council – n° 82, première lecture 6 décembre 2006) prévoit que : « For the purpose of this Act, legal proceedings will be taken to have been commenced or maintained against a defendant for an improper purpose if : (a) the defendant's communication or conduct the subject of the proceedings is public participation by the defendant; and (b) when viewed on an objective basis (i) there is no reasonable expectation that the proceedings will succeed; and (ii) a purpose for commencing or maintaining the proceedings is (A) to discourage the defendant (or any other person) from engaging in public participation; or (B) to divert the defendant's resources away from the defendant's engagement in public participation to the proceedings; or (C) to otherwise punish the defendant for engaging in public participation ».

⁶⁸ States and Territories Model Provisions- d04, Model Defamation Provisions. On consultera à ce propos le site du ministère de la Justice australien à l'adresse Internet suivante : http://www.justice.vic.gov.au/wps/wcm/connect/DOJ+Internet/resources/file/eba33f4222e2350/Defamation_Model_Bill_Website_Version_Nov_04.pdf, consulté le 27.02.2007.

*Historically, defamation laws were about the protection of the reputations of individuals. There are taxation and other benefits in organizing as a corporation. Unless people can speak freely about them, corporations would be free to operate without regard to community values. So often when corporations sue an individual they are outlaying a negligible amount of money on a tax-deductible basis, whereas the individual stands to lose their home. If corporations are to be kept accountable, people should be free to speak about them.*⁶⁹

La nouvelle législation, bien qu'elle vise un tout autre objectif, est néanmoins considérée par certains analystes comme l'équivalent d'une mesure anti-SLAPP. Comme l'indique Ogle :

[...] there are a variety of provisions in the new uniform laws which do promote freedom of speech and have been welcomed by a range of stakeholders. Arguably the most important initiative of the new laws is the removal of the rights of corporations to sue for defamation.

*[...] Suffice to say here that the imbalance of resources when a corporation sues a community group or activist has long been identified as fundamentally unfair and one of the key things which makes defamation law a vehicle for chilling public participation. However, on the one hand the removal of a corporation's right to sue in defamation is a fairly blunt instrument for dealing with the problem of SLAPP suits because it stops all defamation actions, not just those relating to genuine acts of public participation.*⁷⁰

Comme le souligne également Ogle, la nouvelle législation ne met pas les groupes ou les citoyens engagés à l'abri de poursuites initiées par un entrepreneur en son nom personnel ou par une entreprise de moins de 10 employés. Elle n'interdit pas aux sociétés commerciales visées d'exercer d'autres types de recours, en matière de protection de la propriété industrielle ou de concurrence déloyale, par exemple. Il s'ensuit que d'autres pratiques d'intimidation judiciaire peuvent encore être utilisées, et risquent de venir limiter la liberté d'expression des citoyens et des groupes engagés socialement : « *Technical changes to already complex defences are not likely to give the community confidence in speaking out. Moreover, as noted above, defamation is only one area of civil law threat to free speech, and increasingly the cases being brought against community activists are not defamation cases* »⁷¹. D'où l'importance d'établir clairement les objectifs que le législateur entend poursuivre. D'autres observateurs australiens ont par ailleurs voulu mettre l'accent sur une difficulté inhérente à la fonction judiciaire et à la mobilisation du droit comme levier dans le cadre d'un conflit social, celui de la « menace de recours » dont il a rapidement été traité antérieurement au chapitre de l'accès à la justice. Dès 2002, les auteurs australiens Bover et Parnell soulignaient dans leur commentaire sur la nécessité d'un *Protection of Public Participation Act* en Australie du Sud, que :

⁶⁹ Brian WALTERS, *Suing Into Submission: Using Litigation to Quell Dissent*, Castan Centre for Human Rights Law, 09.08.2005.

⁷⁰ Dr. Greg OGLE, *Gunning for Change : The Need for Public Participation Law Reform*, The Wilderness Society, Inc, (2005): 18.

⁷¹ *Ibid.*

One approach to this problem would be to enable a person who has received threats of litigation to approach the Court seeking a declaration that the conduct complained of amounts to public participation and is therefore protected. Such a finding could also be accompanied by orders for costs, compensation or sanctions against lawyers in order to provide deterrence. This would provide an early opportunity for the recipient of legal threats to assess the appropriateness of their behaviour and their exposure to the risk of legitimate legal proceedings against them.⁷²

Cet aspect de la question n'est pas systématiquement couvert par la législation américaine, encore qu'il fasse l'objet de quelques commentaires. Le problème semble largement contourné, du fait du caractère dissuasif des sanctions prévues dans plusieurs lois anti-SLAPP. La question du recours stratégique à la « menace de poursuite » fait cependant largement partie du problème de l'intimidation judiciaire.

3.3 Les mesures anti-SLAPP adoptées dans d'autres pays occidentaux

Une rapide investigation sur les mesures anti-SLAPP en vigueur en Europe tend à révéler que, malgré l'intervention fréquente de la Cour européenne des droits de l'homme en cette matière, aucune législation spécifique ne vient encadrer directement les *poursuites stratégiques entreprises contre la mobilisation publique* en Europe. L'initiative la plus clairement ciblée dans le domaine de la participation publique est la *Convention de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE/ONU) sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*, dite *Convention d'Aarhus*⁷³. Le texte fait plus précisément référence au droit des individus et des groupes de participer aux grands débats entourant la question environnementale. Comme c'est le cas pour l'ensemble des ententes multilatérales de ce type, les parties signataires s'engagent à mettre en œuvre, par voie législative, les grandes orientations établies par la Convention. Les attendus qui servent de préambule à la convention témoignent du moins de cet engagement :

Reconnaissant que, dans le domaine de l'environnement, un meilleur accès à l'information et la participation accrue du public au processus décisionnel permettent de prendre de meilleures décisions et de les appliquer plus efficacement, contribuent à sensibiliser le public aux problèmes environnementaux, lui donnent la possibilité d'exprimer ses préoccupations et aident les autorités publiques à tenir dûment compte de celles-ci,

[...]

Reconnaissant également que le public doit avoir connaissance des procédures de participation au processus décisionnel en matière d'environnement, y avoir librement accès et savoir comment les utiliser,

⁷² BOVER and PARNELL , 2002, (note 65).

⁷³ Quarante signataires. La convention a été adoptée à la quatrième Conférence ministérielle, Aarhus (Danemark), 1998, en vigueur depuis le 30 octobre 2001.

*Reconnaissant en outre le rôle important que les citoyens, les organisations non gouvernementales et le secteur privé peuvent jouer dans le domaine de la protection de l'environnement;*⁷⁴

Les articles 7 et 8 de la convention consacrent d'ailleurs ce même droit à la participation publique, tant au cours de l'élaboration des programmes gouvernementaux (article 7) qu'au moment de la définition de normes juridiques contraignantes (article 8). La convention fixe, par ailleurs, les garanties procédurales entourant la consultation publique (*ibid.*) :

Article 7 – Participation du public en ce qui concerne les plans, programmes et politiques relatifs à l'environnement

Chaque Partie prend les dispositions pratiques et/ou autres voulues pour que le public participe à l'élaboration des plans et des programmes relatifs à l'environnement dans un cadre transparent et équitable, après lui avoir fourni les informations nécessaires. [...]. Le public susceptible de participer est désigné par l'autorité publique compétente, compte tenu des objectifs de la présente Convention. Chaque Partie s'efforce autant qu'il convient de donner au public la possibilité de participer à l'élaboration des politiques relatives à l'environnement.

Article 8 – Participation du public durant la phase d'élaboration de dispositions réglementaires et/ou d'instruments normatifs juridiquement contraignant d'application générale

Chaque Partie s'emploie à promouvoir une participation effective du public à un stade approprié – et tant que les options sont encore ouvertes – durant la phase d'élaboration par des autorités publiques des dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement. À cet effet, il convient de prendre les dispositions suivantes :

- a) fixer des délais suffisants pour permettre une participation effective;*
- b) publier un projet de règles ou mettre celui-ci à la disposition du public par d'autres moyens; et*
- c) donner au public la possibilité de formuler des observations, soit directement, soit par l'intermédiaire d'organes consultatifs représentatifs.*

Les résultats de la participation du public sont pris en considération dans toute la mesure possible.

On sait que le Parlement européen et le Conseil européen ont adopté des règles visant la mise en œuvre de la Convention⁷⁵. Plusieurs États, en Europe, mais également ailleurs dans le

⁷⁴ Convention de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE/ONU) sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

⁷⁵ La Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement; la Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26

monde, ont adopté des lois d'accès à l'information visant de près ou de loin à favoriser la plus grande participation des citoyens au débat public. Certains États bénéficient également d'une législation visant à protéger les *whistleblowers*⁷⁶.

La Convention d'Aarhus, sans établir les modalités d'une défense contre la pratique du SLAPP, consacre le principe général de la participation publique des organisations issues de la société civile (ONG) aux débats touchant l'environnement. Par extension, on peut supposer qu'une telle convention pourrait justifier, sur le plan du droit interne, l'interdiction de *poursuites-bâillons*. La convention concerne cependant très limitativement les pratiques consultatives des gouvernements et des États signataires. Elle ne couvre pas l'activité des organisations industrielles ou commerciales en tant que telle. Aussi, même en recourant à une interprétation large du texte, la Convention ne peut servir de base normative à l'adoption d'une loi anti-SLAPP de portée générale. D'ailleurs, il est vraisemblable qu'en cette matière, la Constitution ou les lois fondamentales de chaque État signataire proposent des assises normatives plus solides en vue de l'adoption de telles mesures.

3.4 Conclusion partielle sur les mesures anti-SLAPP

Au-delà des expédients procéduraux que l'on utilise dans les différents États (audition accélérée, jugement sommaire, provisions pour frais, etc.) le tour d'horizon qui précède témoigne surtout de ce que les solutions apportées au problème des *poursuites-bâillons* varient selon le contexte politique, social et juridique des collectivités étudiées. Deux grandes options s'y dessinent néanmoins : soit le SLAPP est envisagé comme une pratique politico-juridique spécifique (définie plus ou moins précisément selon la législation), soit il est abordé comme l'expression particulière d'un problème procédural ou normatif de portée plus générale.

Dans le premier cas, approche plus caractéristique de la perspective américaine, le SLAPP fait l'objet d'une définition plus ou moins précise, fondée, aux États-Unis, sur la reconnaissance du *droit de pétition* garanti par le premier amendement. Cette définition particulière du SLAPP, une fois transposée dans l'espace judiciaire, exige des parties et de la cour un exercice de qualification des faits, fondé sur la définition proposée par la législation de référence (*screening mechanism*). Dans la plupart des lois étudiées, cette approche donne ouverture à un débat contradictoire sur deux points différents et cumulatifs :

mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement; le Règlement CE) N° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

⁷⁶

C'est notamment le cas en Macédoine, au Monténégro, en Ouganda, et aussi au Royaume-Uni où le UK Public Interest Disclosure Act 1998, affirme : 43B. – (1) In this Part a « qualifying disclosure » means any disclosure of information which, in the reasonable belief of the worker making the disclosure, tends to show one or more of the following : (a) that a criminal offence has been committed, is being committed or is likely to be committed; (b) that a person has failed, is failing or is likely to fail to comply with any legal obligation to which he is subject; (c) that a miscarriage of justice has occurred, is occurring or is likely to occur; (d) that the health or safety of any individual has been, is being or is likely to be endangered; (e) that the environment has been, is being or is likely to be damaged, or (f) that information tending to show any matter falling within any one of the preceding paragraphs has been, is being or is likely to be deliberately concealed.

1) la démonstration que la poursuite judiciaire entreprise vient limiter le droit des citoyens de participer au débat public ou d'exercer leur liberté d'expression (problème plus général de la qualification de la poursuite en fonction de la définition juridique du SLAPP retenue par la législation de référence ou

2) la démonstration que l'action judiciaire entreprise par les initiateurs d'une action en justice soupçonnée de cacher une poursuite-bâillon n'est pas suffisamment fondée en fait et en droit et qu'elle constitue plutôt, à sa face même, une pratique d'intimidation judiciaire.⁷⁷

Dans tous les cas, les législations de référence se distinguent selon que le fardeau de la preuve est imposé à une partie ou à une autre.

Dans le deuxième cas, les *poursuites-bâillons* sont considérées comme l'expression particulière d'un problème plus général. On pense au cas australien, où le SLAPP est posé en partie comme un problème associé à l'exercice par les sociétés commerciales du droit de poursuivre des citoyens ou des groupes pour cause de diffamation. Le problème est alors traité selon ses symptômes plutôt que selon sa nature particulière. Une perspective indirecte du même type consisterait à voir dans les *poursuites-bâillons* des initiatives judiciaires frivoles, sinon sans fondement juridique, ou encore, une forme d'abus de procédure. Dans ce genre de perspective, les solutions apportées au SLAPP prennent la forme de modifications au cadre procédural : procédures sommaires, ajout de dispositions en irrecevabilité, établissement d'une présomption de droit, etc. Le SLAPP peut également être abordé comme un problème d'accès à la justice, les solutions envisagées touchant alors spécifiquement les ressources financières ou professionnelles mises à la disposition des citoyens ou des groupes (aide juridique, désignation d'un procureur d'office, etc.). Compris comme une responsabilité des praticiens en tant qu'officiers de justice, le SLAPP devient alors une question de déontologie professionnelle.

Ces deux approches se distinguent l'une de l'autre par le fondement juridique sur lequel repose la réponse donnée au problème. Ni l'une ni l'autre n'épuise complètement les solutions qui sont susceptibles d'être apportées au problème du SLAPP, compte tenu des raisons qui, au sein de chaque ordre juridique, justifient en cette matière une intervention législative ou judiciaire spécifique (voir le chapitre 2 du présent rapport, portant sur les justifications d'intervention).

Chapitre 4. Efficacité et effectivité attendues et inattendues des mesures anti-SLAPP à l'étranger

Il faut reconnaître la grande difficulté d'évaluer avec certitude l'efficacité des normes anti-SLAPP. C'est évidemment aux États-Unis que la question de l'efficacité et de l'effectivité des mesures anti-SLAPP a surtout été soulevée. Plusieurs facteurs expliquent cette difficulté relative. Il faut d'abord admettre qu'une partie du succès des mesures anti-SLAPP tient à leur effet préventif,

⁷⁷ Thomas WALDMAN propose un test équivalent, en s'inspirant du cas californien « 1) is based on the exercise of certain First amendment petitioning rights, where such exercise is invited by the statute or a tradition of petitioning on the issue, and is 2) is unlikely to succeed on the merits ». Thomas A. WALDMAN, « SLAPP Suits : Weakness in First Amendment Law and in the Courts' Responses to Frivolous Litigation », *UCLA Law Review*, (April 1992): 1044.

c'est-à-dire au fait qu'elles sont dissuasives. Il s'ensuit que les acteurs qui pourraient être tentés par *les poursuites-bâillons* décident tout simplement de s'abstenir d'y avoir recours. Ces mesures ont donc d'autant plus d'effet qu'on n'y recourt pas; par conséquent, on n'en trouve pas trace dans la jurisprudence. Pour le porte-parole du mouvement anti-SLAPP, c'est cet état de fait qui explique l'absence de précédent en la matière dans les États qui sont réputés avoir adopté les législations les plus complètes et les plus sévères⁷⁸. Certains porte-parole du mouvement anti-SLAPP américain soulignent que l'efficacité des lois établies dans plusieurs États américains explique qu'on ne connaît pas, aux États-Unis, de cause récente équivalente à celle du *McLibel* britannique, d'autant plus que certaines grandes sociétés tendent plutôt à entreprendre de telles procédures au Royaume-Uni ou en Irlande qu'à le faire sur le territoire américain⁷⁹. En contrepartie, les mêmes faits pourraient inciter à conclure que la crainte de devenir victimes de *poursuites-bâillons* entraîne les citoyens et les groupes à s'abstenir de dénoncer publiquement les activités de *slappers* potentiels.

Cette situation relève également d'un autre phénomène, plus général celui-là, qui tient au fait qu'aux États-Unis, la plus grande proportion des litiges engagés en matière civile sont réglés hors cour avant audition ou avant jugement⁸⁰. L'usage du litige pour des fins stratégiques doit finalement être, dans tous les cas, abordé dans le contexte national où son recours est constaté. Les États-Unis sont souvent abordés comme une société dont la population semble plus disposée au litige que celle de beaucoup d'autres collectivités. Bien que des études longitudinales tendent à contredire cette impression et mettent au contraire en évidence une diminution graduelle du recours au litige⁸¹, il est raisonnable de croire qu'aux États-Unis, comme dans plusieurs autres sociétés, on ne pourra jamais complètement mettre fin à la pratique du SLAPP. Et si cette même pratique semble tout juste émerger dans l'espace public québécois, il est vraisemblable qu'elle y a également des racines anciennes. Cela étant, toujours aux yeux des observateurs américains, l'efficacité des mesures anti-SLAPP semble aujourd'hui directement associée au « niveau » très élevé des dommages-intérêts punitifs qui sont imposés aux *Slappers*⁸².

Par ailleurs, on sait que certaines législations anti-SLAPP ont vu leur finalité modifiée par l'usage qu'en ont fait certaines sociétés commerciales pour se défendre contre des poursuites en libelle engagées contre elles. Certaines mesures, comme celles qui avaient été adoptées en Californie

⁷⁸ Entrevue téléphonique accordée par l'Attorney Sean McALLISTER, 2007 (note 22).

⁷⁹ *Ibid.* (notes d'entrevues): « Due to the strong protection in US legislation, big corporations lost incentives to use the lawsuits in order to suppress critiques. Before the jurisprudence, such phenomenon was more widespread : Shell case, a lot of oil and gas companies. Currently, US would not have cases similar to famous UK McLibel case. Some celebrities and big corporations prefer to start lawsuits in UK or Ireland because the protection is weaker there ».

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Lire à ce propos : Marc GALANTER, « Reading the Landscape of Disputes : What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society », 31 *U.C.L.A L. Rev.* 4 (1983); Marc GALANTER, « An Oil Strike in Hell: Contemporary Legends About the Justice System », 40 *Ariz. L. Rev.* 717 (1998); □□Deborah L. RHODE, « Frivolous Litigation and Civil Justice Reform : Miscasting the Problem, Recasting the Solution », 54 *Duke L.J.* 447 (2004-2005).

⁸² *Ibid.* en citant les exemples des « SLAPPback suits » disponibles au www.slapps.org (note 62), comme : *Shell v. Leonardini* : \$7.5 million recovery for malicious prosecution; *Peripheral Canal*: \$11 million recovery for abuse of process and deprivation of constitutional rights, *SOLE, Inc.*: \$1.5 million recovery in a SLAPP suit settlement.

et intégrées au *Code of Civil Procedure*, ont fait l'objet de nombreuses modifications. Dans cet État, on a ainsi tenté, par l'adoption de l'article 425.17, d'empêcher le détournement de sens de la législation, notamment dans le cadre de situations dans lesquelles un recours collectif ou une poursuite sont introduits au nom de l'intérêt public. De même, on a voulu tenir compte des besoins particuliers associés à certaines activités économiques ou commerciales qui nécessitent par nature l'appréciation des déclarations de certains citoyens ou la mise en évidence de faits concernant d'autres sociétés commerciales.

Then, the new provision (CCP §425.17) was enacted to correct abuse of the anti-SLAPP statute (CCP § 425.16). It prohibits anti-SLAPP motions in response to (1) public interest and class actions when certain conditions are met, and (2) actions against a business that arise from commercial statements or conduct of the business.⁸³

Ces questions touchent l'étendue du champ d'application de la législation. Le problème concerne notamment l'obligation qui est imposée à l'initiateur d'une poursuite pour libelle de démontrer le fondement concret du litige qu'il introduit devant les tribunaux et de ses chances de voir sa poursuite couronnée de succès. Une proportion importante des législations adoptées exige en effet que l'initiateur de la poursuite fasse la démonstration de son droit apparent dans la cause qu'il entreprend. Cette démonstration nécessite parfois une preuve assez élaborée, que le caractère expéditif des procédures anti-SLAPP ne permet pas toujours d'étayer. Il s'agit d'un effet inattendu ou d'un effet pervers non envisagé au moment où l'on adoptait la loi (*law of unintended consequences*). En contrepartie, cette situation a parfois été exploitée par les médias, notamment par les grands organes de presse, qui se trouvent parfois à être les seules grandes sociétés commerciales impliquées, en défense, dans les *poursuites-bâillons* en question⁸⁴.

Cette situation met en évidence les difficultés associées à toute législation établie dans un contexte particulier ou à des fins spécifiques, alors que sa mise en œuvre suppose une plus grande diversité de champs d'action que celui qui était visé à l'origine. Or, il s'agit de situations souvent associées à l'évolution de la jurisprudence et à l'élargissement graduel du domaine d'application de certaines lois⁸⁵. De même, alors que plusieurs de ces législations sont établies sur la base de principes et de procédures simples, la mise en application (en contexte judiciaire) de certaines mesures anti-SLAPP est souvent apparue plus lourde et complexe que ce que laissait supposer la simplicité du texte législatif original; d'où l'élaboration, dans certains États spécifiques, d'une jurisprudence abondante, comme ce fut le cas en Californie⁸⁶.

Les chercheurs australiens Parnell et Bover — dans l'exploration critique de la législation américaine à laquelle ils ont procédé — ont par ailleurs senti le besoin d'indiquer que dans

⁸³ California Statutes, History of the Statute. Source: www.casp.net (note 39).

⁸⁴ Lire à ce propos : Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », dans Andrée LAJOIE *et al.*, *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Les Éditions Thémis-Bruylant, 1998, p. 133-150.

⁸⁵ Pour en donner un exemple simple, on n'a qu'à étudier l'évolution graduelle du domaine de l'assurance ou l'élargissement graduel des notions de véhicule automobile et de voie publique, établies en vertu du Code de la sécurité routière.

⁸⁶ Jerome I. BRAUN, 2003 (note 11).

certaines législations, la protection du droit à la liberté d'expression a souvent été réaffirmée dans des termes si généraux que ceux-ci pouvaient laisser entendre qu'on y légitimait des comportements considérés par ailleurs répréhensibles en vertu d'autres lois civiles ou criminelles. Ainsi, Parnell et Bover suggèrent indirectement qu'une description plus circonscrite de ces formes d'extériorisation de l'opinion serait justifiée, du moins dans le contexte social, politique et juridique australien :

[...] In the states of Massachusetts and Rhode Island, [even] a cause of action relating to first amendment expression (i.e. public participation), which has « reasonable factual support or arguable basis in law », is subject to summary dismissal. [...] In the broadest sense of the term public participation can involve anything from writing a letter, to civil disobedience. Yet, it is probably not appropriate or desirable for the legislature to advocate all such activities. For this reason, criminal liability and civil liabilities arising from physical injury and damage to property should receive no indemnification, nor should public participation which encourages criminal activities, physical violence, or damage to property. Yet, the immunity from litigation should extend to all other civil causes of action provided that the immunity does not lead to abusive or unjust situations. An example of an approach designed to ensure that this does not happen is that adopted in the Massachusetts and Rhode Island Acts.⁸⁷

On saisit ici la difficulté associée à la rédaction d'une loi dont les termes sont établis de façon trop générale. En contrepartie, une loi définie de façon trop restrictive ou établie en fonction du seul problème de la diffamation ne met pas les citoyens à l'abri d'un grand nombre d'autres types de poursuites, comme on l'a déjà indiqué antérieurement. Il ne peut, par conséquent, y avoir de réponse unique à toutes les situations, et l'évaluation du problème au cas par cas sera toujours une nécessité, quelle que soit la solution juridique ou procédurale adoptée.

Chapitre 5. Émergence du SLAPP en contexte canadien et québécois

L'émergence des *poursuites-bâillons* au Canada et au Québec semble résulter d'une histoire encore récente. L'absence de recherche empirique systématique nous empêche cependant de le confirmer. Ainsi, au Québec, aucune décision judiciaire ne se réfère encore spécifiquement au phénomène du SLAPP, ce qui ne signifie évidemment pas que le recours aux *poursuites-bâillons* soit absent de l'ordre juridique québécois. Cette absence met en évidence le fait que le phénomène en tant que tel n'a pas fait l'objet jusqu'ici d'une définition ou d'une qualification précise. Le fait qu'aucune législation spécifique ne vienne encadrer la pratique du SLAPP limite évidemment les chances que l'on s'y réfère à l'occasion de décisions judiciaires antérieures. Par ailleurs, d'autres facteurs interviennent vraisemblablement et viennent expliquer que le Québec cherche à intervenir sur la question près de vingt ans après l'identification du phénomène aux États-Unis, et plus de quinze ans après l'adoption des premières législations américaines en cette matière. Le fait qu'aucune législation spécifique ne vienne encadrer la pratique du SLAPP limite évidemment les chances que l'on s'y réfère à l'occasion de décisions judiciaires antérieures.

⁸⁷ BOVER and PARNELL, 2002 (note 65).

5.1 Contexte récent au Québec

Dans l'actualité récente, le dossier du SLAPP a particulièrement été mis en évidence dans le cadre d'une conférence de presse organisée par le Comité de restauration de la rivière Etchemin et l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA), dans le cadre de la campagne *Citoyens, taisez-vous !*, regroupant plusieurs intervenants sociaux⁸⁸. Cette campagne faisait suite à une poursuite de 5 M\$ entreprise par le ferrailleur AIM contre des militants de l'AQLPA, une association engagée dans des activités de développement et de protection de la rivière Etchemin, qu'elle prétend menacée par un développement initié par AIM. Parallèlement, une demande en injonction initiée, également dans la région de Lévis, par les promoteurs du projet de port méthanier Rabaska et dirigée contre les opposants au projet, allait également connaître une importante couverture médiatique⁸⁹. Alors que la poursuite entreprise par l'AIM contre l'AQLPA est encore pendante, la demande d'injonction initiée contre les opposants au projet Rabaska était finalement rejetée, à la fin de novembre 2006, le juge Caron ayant conclu ni à l'apparence de droit ni à l'existence d'un préjudice sérieux et irréparable⁹⁰.

Si la « visibilité » accordée au phénomène est récente, un rapide tour d'horizon de l'actualité judiciaire a permis aux médias de mettre en évidence de nombreuses situations apparentées dans lesquelles sont en cause, selon le cas, des entreprises associées au secteur du compostage ou des sites d'enfouissement.

5.2 Le SLAPP : tendances et précédents en contexte canadien

La pratique du SLAPP est un phénomène mieux connu dans les autres provinces canadiennes. Bien qu'aucune loi anti-SLAPP ne soit actuellement en vigueur au Canada, quelques projets de lois ont été soumis au cours des années. La Colombie-Britannique est la seule province à s'être temporairement dotée d'une législation spécifique contre les *poursuites-bâillons*. Le *Protection Participation Act* ([SBC 2001]) adopté sous un gouvernement néo-démocrate était cependant aboli quelques mois plus tard par le gouvernement suivant dans le cadre du *Miscellaneous Statutes Amendment Act* ([SBC 2001], chap. 32). Des projets de loi privée soumis à l'Assemblée

⁸⁸ Patrice DESBIENS, « Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique : Faut-il encadrer le SLAPP », dans le *Journal du Barreau*, janvier 2007, p. 3.

⁸⁹ Pour une description du projet Rabaska, tel qu'il est présenté par ses promoteurs, on consultera le site : <http://www.rabaska.net/index.php?idL=fr>. On y décrit comme suit le projet de développement du port méthanier : Réunissant Gaz Métro, Enbridge inc. et Gaz de France, trois leaders dans le domaine du transport et de la distribution de gaz naturel, le projet Rabaska consiste à construire au coût de 840 M\$ un terminal méthanier dans l'est de Lévis. Ce terminal sera constitué d'une jetée avancée en eau profonde dans le fleuve Saint-Laurent permettant de recevoir les navires méthaniers et leur chargement de GNL (sigle de gaz naturel liquéfié), ainsi que des conduites cryogéniques souterraines reliant la jetée à deux réservoirs, où sera entreposé de façon temporaire le GNL en attendant d'être regazéifié pour être injecté dans le réseau de transport de gaz naturel du Québec et de l'Ontario. Outre cette jetée et ces deux réservoirs, le projet comprendra également des équipements de regazéification destinés à réchauffer le GNL pour le ramener à son état gazeux, des bâtiments abritant les services administratifs, une salle de contrôle, des magasins et des ateliers de maintenance et enfin un gazoduc d'une quarantaine de kilomètres relié au système de transport interprovincial.

⁹⁰ Un exposé schématisé des articles et reportages récents relatifs au phénomène du SLAPP est joint en annexe (annexe 1).

législative du Nouveau-Brunswick en 1997 et à l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse⁹¹ en 2003, ne seront finalement jamais adoptés.

Le SLAPP étant déjà bien identifié au Canada en tant que pratique spécifique, il fait l'objet de définitions diverses qui ont pu en être données soit par la doctrine, soit par la législation et la jurisprudence. Pour l'essentiel, ces définitions reprennent celles qui ont été développées ailleurs dans le monde anglo-saxon, notamment aux États-Unis.

Dès 1994, le professeur Chris Tollefson fournit une première définition du SLAPP, qu'il présente comme une stratégie visant la transposition, dans la sphère des rapports privés (réputés moins visibles), de débats d'intérêt collectif ou comportant une signification publique (*i.e.* ayant une portée collective) :

*SLAPPs, by definition, imperil important public rights central to the functioning of our democratic system. That they are typically undermined in the context of what is commonly regarded as « private » litigation does not affect their public character. While the source of the harm may be « private », the harm itself is visited directly on the democratic process and, in this sense, is decidedly « public ».*⁹²

L'idée que la *judiciarisation* d'une opposition favorise sa mise à l'abri de l'espace public a largement été reprise dans la littérature canadienne et restitue la signification politique de toute *poursuite-bâillon* en posant indirectement le problème dans une perspective juridique canadienne : la reconnaissance constitutionnelle du droit à la liberté d'expression. D'un point de vue normatif, la perspective canadienne sur le SLAPP se distingue de la perspective américaine, plutôt fondée sur le droit de pétition, c'est-à-dire le droit d'interpeller le gouvernement et de tenter d'orienter son action. Dans le cadre d'une description plus élaborée, mais reprenant les orientations générales proposées par Tollefson, le *West Coast Environmental Law SLAPP Handbook* insiste plus directement encore sur l'idée que le recours à l'institution judiciaire vise essentiellement à dissimuler sous la forme d'une action en justice apparemment fondée une stratégie visant strictement à réduire des opposants au silence :

*SLAPPs are framed as ordinary tort lawsuits and are not usually frivolous on their face. Their success depends upon maintaining this external appearance. SLAPP claims attempt to relegate constitutionally protected forms of expression into the realm of unlawful activity.*⁹³

Il est abusif de prétendre que l'usage du SLAPP vise toujours à couvrir une activité illégale (*unlawful*). Cela étant, l'idée que le SLAPP constitue une forme de dissimulation est généralement bien reçue dans les provinces anglophones. Elle est également reprise par Susan

⁹¹ Législature de la Nouvelle-Écosse, P.L. 23, *An Act to Encourage Public Participation and Dissuade Persons from Bringing or Maintaining Legal Proceedings or Claims for an Improper Purpose and to Preserve Access to the Courts*, 3^e session, 58^e Assemblée générale (52 Elizabeth II, 2003), (consulté le 8 janvier 2007). http://www.gov.ns.ca/legislature/legc/bills/58th_3rd/1st_read/b023.htm#text (ci-après « Législature de la Nouvelle-Écosse, P.L. 23 »).

⁹² Chris TOLLEFSON, « Strategic Lawsuits Against Public Participation: Developing a Canadian Response », *Canadian Bar Review* (1994): 228.

⁹³ *The West Coast Environmental Law Slapp Handbook*, November 2002, p. 5.

Lott, qui effectue un tour d'horizon assez complet des différentes formes sous lesquelles se présentent les *poursuites-bâillons* au Canada. Elle insiste cependant, comme on l'a déjà souligné au début de ce rapport, sur le caractère inhibitoire de la manœuvre : le SLAPP vise d'abord et avant tout à imposer un bâillon aux groupes et aux citoyens engagés dans le débat public, et constitue essentiellement une action à connotation politique visant le renversement d'un rapport de force. Elle reprend ainsi, pour l'essentiel, la définition élaborée dans l'arrêt *Gordon v. Marrone*⁹⁴

*[t]he key aspect of the SLAPP, to force individuals into costly litigation, suggests that overall success of a SLAPP does not necessarily require a legal victory but a political one : to intimidate and to suppress criticism.*⁹⁵

Le SLAPP est surtout défini ici par ses effets plutôt que par ses diverses formes observables. Les projets de lois adoptés ou soumis aux législatures de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse fondent la définition du SLAPP sur un test qui reprend largement les indicateurs auxquels on recourt aux États-Unis (*supra*, conclusion du chapitre 3). Les enjeux entourant la participation publique y sont largement mis en évidence :

2(2) A proceeding or claim is brought or maintained for improper purpose if

the plaintiff could have no reasonable expectation that the proceeding or claim will succeed at trial, and

a principal purpose for bringing the proceeding or claim is

(i) to dissuade the defendant from engaging in public participation,

(ii) to dissuade other persons from engaging in public participation,

(iii) to divert the defendant's resources from public participation to the proceeding, or

*(iv) to penalize the defendant for engaging in public participation.*⁹⁶

La jurisprudence produite dans les diverses provinces canadiennes offre des définitions encore plus complètes du phénomène, incluant plusieurs de ses aspects : introduction d'une poursuite en dommages-intérêts contre des individus engagés dans une initiative portant sur une question concernant une agence gouvernementale ou une question d'intérêt public, poursuite visant à intimider des citoyens et à leur imposer le silence à l'occasion de consultations publiques, etc. :

⁹⁴ Susan LOTT (note 8): « SLAPPs are defined as : « [...] suits without substantial merit that are brought by private interests to stop citizens from exercising their political right or to punish them for having done so. SLAPP suits function by forcing the target into the judicial arena where the SLAPP filer foists upon the target the expenses of a defence ».

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Législature de la Nouvelle-Écosse, P.L. 23 (note 91), article 2(2). Indiquons cependant qu'on a pas retrouvé sur le site de la Législature du Nouveau-Brunswick de version numérique du projet de loi. Voir Assemblée législative du Nouveau Brunswick, P.L. 102, Status of Legislation, 2^e session, 53^e Législature, <http://www.qnb.ca/legis/business/pastsessions/53/53-2/status-e/status-e.asp#102> (consulté le 22.01.2007).

*A SLAPP suit is a claim for monetary damages against individuals who have dealt with a government body on an issue of public interest or concern. It is a meritless action filed by a plaintiff whose primary goal is not to win the case but rather to silence or intimidate citizens who have participated in proceedings regarding public policy or public decision making.*⁹⁷

Il est cependant encore difficile de trouver une définition qui ne soit pas influencée, tout au moins partiellement, par les caractéristiques particulières d'une affaire, (dans ce dernier cas, la participation à une consultation publique⁹⁸), de même que par l'expérience américaine du SLAPP, comme la chose apparaît indirectement ici. Du point de vue du droit applicable, toutes ces définitions posent le problème de la transposition imparfaite, dans l'ordre juridique canadien, de références juridiques d'inspiration étrangère, comme on le verra plus loin.

Sur le plan des *poursuites-bâillons*, la jurisprudence colligée par les groupes anti-SLAPP et les auteurs canadiens qui se sont penchés sur la question met en évidence la diversité des formes que l'intimidation judiciaire peut emprunter, et démontre ainsi que l'action pour libelle (souvent présentée comme la procédure privilégiée des initiateurs de *poursuites-bâillons*) ne fournit en fait qu'un exemple parmi d'autres de cette pratique. Les décisions rendues dans les provinces de *common law* et qui concernent des litiges mettant aux prises des sociétés commerciales ou industrielles et des militants ou groupes sociaux se réfèrent en effet à une grande diversité d'initiatives judiciaires prenant tour à tour pour fondement l'interférence dans les affaires économiques, la diffamation, l'interférence dans des relations contractuelles, la conspiration, le *trespass*, la nuisance, la poursuite malicieuse, etc. Les travaux de Lott révèlent par ailleurs qu'elles concernent, au-delà des problèmes liés à l'environnement, une grande diversité d'enjeux⁹⁹. Les cas de SLAPP les plus cités dans la littérature se réfèrent aux arrêts *MacMillan Bloedel Ltd. v. Galiano Island Trust Committee*¹⁰⁰, *Daishowa Inc. v. Friends of the Lubicon*¹⁰¹ and *Fraser v. Saanich*¹⁰², qui touchent respectivement des questions liées à la manifestation de mauvaise foi dans l'exercice d'un droit de réglementation en matière de zonage, à l'érection de lignes de piquetage (*secondary picketing*) dans le cadre d'un conflit opposant des consommateurs à une société commerciale et à une situation opposant un établissement hospitalier et des résidents sur des enjeux touchant (ici encore) la modification d'un règlement de zonage. Dans son ouvrage — souvent cité —, Lott décrit une douzaine d'arrêts concernant des litiges assimilables au SLAPP en mettant en évidence, par extension, l'émergence graduelle du phénomène (et de ses diverses formes juridiques et judiciaires) dans les provinces de langue anglaise.

⁹⁷ *Fraser v. Saanich (District)*, [1999] B.C.J. 3100 (BCSC) (QL), paragr.49 (cité par la suite comme l'arrêt *Fraser v. Saanich*).

⁹⁸ Le dossier en l'espèce faisait dépendre l'agrandissement et le réaménagement des immeubles d'un hôpital psychiatrique de l'assentiment des résidents du voisinage dans le cadre d'une consultation sur les termes du règlement de zonage.

⁹⁹ Susan LOTT, (note 8).

¹⁰⁰ [1995] B.C.J. No. 1763 (BCCA) (QL), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée (avec frais) [1995] S.C.C.A. No. 439 (ci-après « *MacMillan Bloedel* »).

¹⁰¹ [1998] O.J n° 1429 (OntSupCtJus) (QL) (ci-après « *Daishowa Inc. v. Friends of the Lubicon* »).

¹⁰² *Fraser v. Saanich* (note 97).

5.3 Les solutions envisagées en contexte canadien

Comme on l'a déjà indiqué, aucune législation anti-SLAPP n'est actuellement en vigueur au Canada. Cela étant, deux ordres de solutions ont déjà été envisagés. *Sur le plan de la doctrine juridique* : l'élaboration de principes spécifiques applicables aux *poursuites-bâillons*. *Sur le plan de la pratique judiciaire* : le recours aux normes déjà établies en matière procédurale.

Sur le plan de la doctrine, les propositions inventoriées en contexte canadien reprennent essentiellement les dispositions des lois américaines applicables en matière de SLAPP et comprennent des propositions qui favorisent toutes les mêmes orientations :

- 1) la reconnaissance juridique spécifique du SLAPP et sa définition en tant que pratique abusive;
- 2) le droit reconnu aux victimes de SLAPP d'exiger, par voie de requête sommaire (*pretrial motion*), la qualification et l'administration de l'action principale en tant que *poursuite-bâillon*;
- 3) l'établissement de dispositions dissuasives incluant notamment le paiement des frais judiciaires et extrajudiciaires de la partie poursuivie et l'ouverture d'un éventuel droit à des dommages exemplaires.

C'est essentiellement sur ces principes que les projets de loi soumis à certaines législatures canadiennes ont été fondés, et c'est également le sens que favorisent les travaux antérieurs du professeur Tollefson ¹⁰³ :

1. An initial priority is to facilitate early identification and dismissal of SLAPP suits. The first step would be to recognize a statutory right of public participation that has legal force in dealings both with government and with other « private » parties. To provide optimal protection, the right should be framed as broadly as possible so as to encompass the diverse ways in which citizens participate directly or indirectly in the processes of government. The right should therefore include, but not be limited to, the right to communicate with all levels and arms of government (including the judiciary) on matters of public policy. Communication should be defined to include traditional lobbying activities as well as other forms of participation including demonstrations, boycotts and the pursuit of judicial and administrative remedies

2. The best approach is to allow the party who is being sued to make a special pretrial motion to have the suit dismissed. The motion would be heard expeditiously, primarily on the basis of material then in the court file, without witnesses being called. It would be up to the party claiming to be the SLAPP target to show that the activities for which they were being sued fell within the terms of the right to participate under the legislation. At this point, the onus would shift to the filer to establish on the balance of probabilities that the suit is not a SLAPP.

¹⁰³ Chris TOLLEFSON, « Strategic Lawsuits and Environmental Politics : *Daishowa Inc. v. Friends of the Lubicon* », (1996) 31:1 *Journal of Canadian Studies* 126. Indiquons que le professeur Tollefson (note 92) propose une approche un peu différente dans un article antérieur, 229-232, notamment: « (1) reforms which expedite identification and dismissal of SLAPPs; (2) reforms which reduce the economic burden of defending against SLAPPs; and (3) reforms which create economic disincentives to the filing of SLAPPs ».

3. Finally, anti-SLAPP legislation must clearly prescribe that the purpose of cost awards, where a SLAPP suit has been summarily dismissed or dismissed following a trial on its merits, is to compensate the target fully for litigation - related expenses. Although these reforms would cause most potential SLAPP filers to reflect carefully before proceeding, they are an inadequate response in a situation where a filer has acted in bad faith or otherwise abused the legal process.

L'approche proposée par Susan Lott reprend elle aussi, pour l'essentiel, ces trois orientations. Lott fonde cependant les mesures anti-SLAPP qu'elle propose sur une définition apparemment plus large de la *participation publique*, définition qui inclut toute forme d'exercice de la liberté d'expression :

Canadian legislation should define a right to public participation, given that a SLAPP suit invariably involves issues of public concern and the right to publicly comment about such cases. This would provide courts with direction to assess the facts of the case in the context of determining the impact of the lawsuit on the defendant's right to express and exercise their democratic rights.¹⁰⁴

Elle favorise évidemment l'établissement de mesures procédurales spécifiques, mais souligne l'importance de réserver aux parties plaignantes le droit à des dommages-intérêts lorsque ceux-ci apparaissent finalement justifiés au regard du droit qui leur est par ailleurs reconnu de préserver leur réputation¹⁰⁵. Les mesures de contrôle qu'elle suggère reprennent très largement en cela celles que l'on trouve dans la législation américaine :

[...] provisions to expedite the anti-SLAPP motion, suspending discovery during the consideration of the motion. [...] courts must make a decision on the basis of whatever pleadings, affidavits and existing discoveries are already on the record.¹⁰⁶

Finalement, Lott insiste sur les aspects liés au déséquilibre financier des parties et favorise une forme ou une autre de soutien financier aux victimes présumées de SLAPP. Au-delà de la discrétion dont la cour dispose, et qui l'autorise à imposer à la partie déboutée l'obligation de rembourser les frais judiciaires engagés par la partie adverse¹⁰⁷, Lott propose la création d'un fonds spécial ou d'une forme d'aide juridique destinés aux citoyens et aux groupes visés par une

¹⁰⁴ Susan LOTT (note 8): 60.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 57 : « Often the discovery process and other legal requirement of civil procedure must occur before the court undertakes a serious consideration of the case on its merits. This puts pressure on SLAPP defendants to respond to plaintiff demands and pulls them into potentially high legal costs and complex litigation as well as interrupting any public participation concerning the issue. The early identification and dismissal of SLAPP actions is therefore an essential part of legislative response ».

¹⁰⁶ Susan LOTT (note 8): 58

¹⁰⁷ *Ibid.* Lott suggère aux pages 58-59: « In terms of a Canadian common law equivalent to full indemnity [some U.S. anti-SLAPP laws allow for a defendant who is successful in having the case dismissed as a SLAPP to be completely indemnified for legal expenses by the plaintiff], Ontario courts have taken the view that « party-and-party costs as between solicitor and client » would result in the same effect. SLAPP legislation should, therefore, contain a mandatory cost provision for successful defendants of SLAPP suits on a solicitor and client basis ». Ces dispositions ne correspondent cependant pas aux normes applicables au Québec en cette matière.

*poursuite-bâillon*¹⁰⁸. Elle suggère finalement, s'inspirant en cela de l'exemple américain, l'établissement d'une forme d'immunité en faveur de toute personne engagée dans des activités associées à la *participation publique*. Une disposition équivalente était également incluse dans l'éphémère *Public Participation Act of British Columbia*, adopté, puis aboli, en 2001¹⁰⁹.

Sur le plan judiciaire, à défaut de législation spécifique, les victimes de *poursuites-bâillons* ont parfois cherché une solution juridique à leur situation en s'appuyant sur les normes procédurales applicables à la juridiction devant laquelle elles étaient appelées à comparaître. Dans le cas visé par l'arrêt *Fraser v. Saanich* (précité) les victimes d'une tentative de SLAPP ont eu recours aux dispositions courantes applicables dans les cas de poursuites injustifiées¹¹⁰. On se sera référé dans ce cas particulier à l'article 19(24) du *British Columbia Supreme Court Rules*, qui statue que :

19(24) At any stage of a proceeding the court may order to be struck out or amended the whole or any part of an endorsement, pleading, petition or other document on the ground that

(a) it discloses no reasonable claim or defence as the case may be,

(b) it is unnecessary, scandalous, frivolous or vexatious,

(c) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial or hearing or the proceeding, or

(d) it is otherwise an abuse of the process of the court,

*and the court may grant judgment or order the proceeding to be stayed or dismissed and may order the costs of the application to be paid as special costs.*¹¹¹

Le suivi de l'évolution des législations et de la jurisprudence canadienne témoigne d'une histoire inachevée. Les auteurs les plus cités et les groupes visés favorisent assez unanimement l'adoption de lois spéciales, très ciblées et généralement calquées sur la législation américaine. On entend ainsi opposer une solution globale au problème très circonscrit du SLAPP. Cette approche fait cependant l'économie d'une réflexion plus étendue sur les caractéristiques de la normativité applicable en contexte canadien. Par cette approche, on prétend indirectement régler, dans le cadre d'une loi à forte connotation symbolique, des problèmes qui sont plus généraux, comme celui de l'accès à la justice ou du déséquilibre des parties devant les tribunaux. Chaque projet emprunte par conséquent la forme d'un chapelet de mesures *ad hoc* qui, pour l'essentiel, visent à contourner les contraintes du système juridique canadien et, plus particulièrement, les limites des ordres juridiques provinciaux dans le cas très précis des *poursuites-bâillons*. Le fait qu'aucune législation anti-SLAPP ne soit actuellement en vigueur au

¹⁰⁸ *Ibid.*, 59.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 60: « If an action met the definition of « public participation » under the statute it was also defined as an occasion of qualified privilege, which is a complete defence to defamation ».

¹¹⁰ *Fraser v. Saanich* (note: 97), para. 4.

¹¹¹ MINISTRY OF ATTORNEY GENERAL, (BRITISH COLUMBIA), *British Columbia Supreme Court Rules*, http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/reg/C/CourtRules/CourtRules221_90/221_90_02.htm#rule19subrule24 (last consulted 22.01.2007) .

Canada permet cependant de penser que cette approche, pour satisfaisante qu'elle soit sur le plan des intentions, présente autant de difficultés qu'elle ne propose de solutions. C'est du moins le point de vue défendu par le gouvernement de la Colombie-Britannique qui, à la faveur d'un changement de gouvernement, a été appelé à abolir la loi adoptée quelques mois auparavant, :

The Protection of Public Participation Act (ACT) would have caused delays in the court system, as it would have provided a mechanism for any defendant in a lawsuit dealing with any issue, to make an application under the Act. The Act was not intended for that purpose. The potential for delay and overloading on the court system was too great, so the Act was repealed in the Summer 2001 Legislative Session.

The Province believes in the right of citizens to participate in government, and the law already protects the rights of people against frivolous and vexatious litigation through the Rules of the Supreme Court. Included in those rules of court are provisions for special costs and for the posting of security for costs to ensure costs are paid when the court makes an award. Thus the rule of court governing how litigation is conducted protects litigants.¹¹²

Il s'agit d'une contrainte dont on devra vraisemblablement tenir compte en la plaçant dans le contexte juridique québécois.

5.4 Spécificité du contexte social et juridique québécois

Toute législation visant à contrer le recours stratégique aux tribunaux doit être fondée sur une compréhension du contexte social et politique québécois. Sans surdéterminer à l'avance les choix législatifs, on doit tenir compte des caractéristiques de ce contexte.

Sous certains aspects, la société québécoise apparaît comme une société très politisée. Malgré le fait que les formes et les motifs de la mobilisation populaire varient continuellement, l'observation courante de l'actualité met en évidence une grande implication et un engagement populaire souvent significatif vis-à-vis de certains grands enjeux sociaux. C'est ainsi au Québec que, toutes proportions gardées, on enregistrait les taux de mobilisation les plus élevés à l'occasion des mouvements d'opposition à la guerre en Irak. En outre, sur tout un ensemble d'autres enjeux, l'opinion publique québécoise se distingue de celle des citoyens de certaines autres provinces canadiennes. C'est notamment le cas en matière d'environnement, de protection de la jeunesse, d'orientation sexuelle, etc. Des pratiques sociales nouvelles y apparaissent continuellement (par exemple, le commerce équitable) et malgré la tendance à la baisse du taux de participation aux élections dans l'ensemble des États nord-américains, ce dernier reste généralement assez élevé au Québec. Au sein de l'espace public, il en va de même pour la place qu'y occupent les mouvements sociaux. Le taux de syndicalisation observable au Québec est le plus élevé en Amérique du Nord, et certains mouvements contemporains (le mouvement féministe, par exemple) y sont plus organisés et plus présents qu'ailleurs. Cette présence est tout à fait perceptible sur le plan médiatique, où les groupes de pressions et les porte-parole de nombreux mouvements sociaux sont des personnalités connues du grand public.

¹¹² Cité par Lott (note 8) et tiré de : B.C. Ministry of Attorney General response to Union of B.C Municipalities 2001 Resolution online: http://www.mcaws.gov.bc.ca/lgd/pol_research/ubcm/2001/lr2.htm.

Cette situation favorise une conception de la vie politique qui déborde largement les cadres institués par l'État. Cette fluidité du débat politique a favorisé, depuis une quarantaine d'années, l'adoption de nombreuses lois nouvelles qui, sans être toujours propres au système juridique québécois, témoignent de sa capacité d'adaptation en même temps que de la place qu'y occupe l'opinion publique. Elle explique la multiplication des lieux de participation, ceux-ci empruntant des formes parfois plus traditionnelles (commissions parlementaires ou commissions d'enquête), parfois typiquement québécoises (forums, sommets ou états généraux). Tout comme au sein d'autres collectivités, divers mécanismes de participation y sont en usage, comme c'est le cas en matière environnementale (par exemple, au BAPE).

Le recours aux tribunaux en vue de faire valoir un droit collectif ou de forcer la mise en œuvre d'une norme consacrée juridiquement constitue, comme dans d'autres États nord-américains, une pratique souvent observée. Par extension, elle fait parfois des tribunaux un lieu d'expression du débat politique. Si cet état de fait peut faire craindre une forme de politisation ou d'«instrumentalisation» politique du pouvoir judiciaire, il s'agit vraisemblablement d'une pratique fort ancienne, que l'importance des enjeux politiques actuels met davantage en évidence que par le passé. L'histoire du Québec contemporain révèle en effet que les différents ordres de gouvernement ont souvent eu recours aux tribunaux pour faire trancher leurs propres différends. On sait que l'État peut lui-même être appelé à se servir du pouvoir judiciaire pour s'assurer de la mise en œuvre de certaines législations et, qu'en contrepartie, il est susceptible d'être poursuivi par ses propres citoyens, situation qui révèle que la normativité juridique peut constituer une ressource dans le débat politique, tant pour les institutions que pour les particuliers. De même, la normativité juridique peut être « mobilisée » par les sujets de droit dans le cadre de conflits qui les opposent et dont la dimension politique n'est jamais totalement exclue. En effet, le recours aux tribunaux est souvent l'occasion d'un retournement des rapports de force, notamment lorsqu'une partie en cause espère tirer avantage de l'état de la normativité juridique. L'une des conséquences possibles de ce recours au pouvoir judiciaire est de soustraire de l'espace public la discussion de certains enjeux, la mettant ainsi à l'abri des médias, d'où l'intérêt de certains acteurs de voir leurs conflits judiciairisés.

Au Québec, en partie pour les raisons citées antérieurement, les enjeux à l'origine de ces conflits politiques bénéficient souvent, au contraire, d'une grande « visibilité », situation qui explique d'ailleurs la rapidité avec laquelle le phénomène du SLAPP a été publicisé. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à en suivre la couverture médiatique au cours des derniers mois (cf. annexe 1). Cet état de fait explique, par extension, que les conflits opposant certains groupes environnementalistes de la région de Québec à quelques grandes sociétés industrielles sur des enjeux locaux aient connu, en très peu de temps, une telle « visibilité » médiatique. Il expliquerait également que la pratique du SLAPP n'a été qu'assez récemment constatée et qu'elle a été si rapidement dénoncée, avant même d'avoir connu une extension importante. Il est raisonnable de supposer que la mauvaise publicité faite autour du recours aux tribunaux pour des fins d'intimidation politique soit un facteur dissuasif, notamment auprès des grandes sociétés commerciales. En contrepartie, on ne peut nier que cette publicité ait également servi d'avertissement aux groupes et aux citoyens actifs sur la scène publique, et qu'elle favorise, à moyen terme, une certaine forme d'autocensure.

On peut s'étonner de la « visibilité » qu'a presque instantanément connu le phénomène du SLAPP au Québec, et de la réprobation dont il a aussitôt fait l'objet, étant donné son apparition apparemment récente. Il est probable que la dimension même de la collectivité québécoise explique cet état de fait en même temps qu'elle explique la transparence des débats et des

oppositions qui divisent régulièrement les porteurs d'intérêts ou d'orientations différents¹¹³. Il s'ensuit que le transfert du débat public de l'arène politique ou médiatique vers l'arène judiciaire n'a pas toujours pour conséquence de soustraire la délibération de l'espace public, et qu'il risque d'augmenter au contraire sa « visibilité », comme en témoignent les suites du dossier Rabaska. La couverture dont a joui cet événement pourrait laisser supposer que le recours politique aux tribunaux est un phénomène propre au monde de l'entreprise. Il s'agit cependant là d'un constat trop rapidement dressé, qui ne rend pas compte de ce que le recours aux tribunaux à des fins politiques est souvent l'initiative des groupes sociaux, notamment des groupes environnementaux et des regroupements de consommateurs. Ce fut notamment le cas, au cours des dernières années, du fait de l'utilisation de plus en plus systématique de la procédure en recours collectif. La pratique du SLAPP ne serait ainsi que la réponse du monde de l'entreprise à certaines des formes les plus contemporaines de l'action politique.

5.5 Caractéristiques du contexte juridique québécois

À ces caractéristiques s'ajoutent les particularités de l'ordre juridique québécois. En effet, dans les provinces de *common law*, le principal argument invoqué en faveur de l'adoption d'une législation spécifiquement destinée à contrer la pratique du SLAPP réside dans l'absence de garanties constitutionnelles dont souffrent les rapports entre particuliers. C'est la perspective développée par Lott¹¹⁴ :

The lack of constitutional protection for those subject to a SLAPP suit in Canada also supports an argument for the need for specific legislative protections against SLAPPs. Because SLAPPs are usually private actions, not involving government actors, defendants of SLAPPs cannot invoke the free expression rights found in the Canadian Charter of Rights and Freedoms, because it does not apply to private actions.
[...]

Another key difference between U.S. and Canadian constitutional law concerns the differing protection of the right to expression in a private context between the two jurisdictions. As noted above, the Supreme Court has held that the Canadian Charter of Rights and Freedoms does not apply to civil litigation between private parties nor does it apply to the common law in the context of private disputes¹¹⁵. In contrast, a defendant in a U.S. civil action for defamation may invoke First Amendment freedom of expression protection by virtue of the « state involvement » of the judiciary in deciding the case.¹¹⁶

The essential protection against SLAPPs that may be invoked by the First Amendment has had a critical effect on the development of the judicial and legislative treatment of SLAPPs in the U.S. It is viewed as the most effective defence to a SLAPP.¹¹⁷

¹¹³ Pour s'en convaincre, on n'a qu'à suivre l'évolution d'émissions dont les cotes d'écoute sont très élevées : J.E., La facture, Enjeux, etc.

¹¹⁴ Susan LOTT (note 8) .

¹¹⁵ *R.W.D.S.U. v. Dolphin Delivery Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 573.

¹¹⁶ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹¹⁷ John C. BARKER, *supra*, note 64 à 426 et Penelope Canan & George W. Pring, *supra*, note 1: 514.

Trois éléments distinguent le contexte juridique québécois du contexte juridique américain. Le **premier** a trait à la garantie accordée à l'exercice de certains droits fondamentaux. Dans l'espace juridique canadien et québécois, la référence principale en matière de participation collective n'est pas tant le droit de participer aux *affaires publiques* ou le droit d'interpeller le gouvernement que *le droit à la liberté d'expression*, établi par la Charte canadienne des droits et libertés (1982). Cette protection s'applique cependant limitativement aux institutions publiques fédérales et provinciales, et n'intervient pas directement dans les rapports qui s'établissent entre les particuliers¹¹⁸. Or, une **seconde** distinction peut être constatée à ce sujet, cette fois entre le contexte juridique canadien et le contexte juridique québécois. En effet, le *droit à la liberté d'expression* trouve au Québec une assise renforcée du fait de la portée de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne (L.R.Q. c. C-12), qui a vocation à s'imposer aux institutions publiques tout autant qu'aux citoyens et aux personnes morales¹¹⁹. Par conséquent, cette garantie s'impose au-delà des forums délibératifs institués par l'État (par exemple, le BAPE, les commissions parlementaires, les commissions d'enquêtes), et au-delà des initiatives gouvernementales et administratives. Elle s'applique en effet à l'ensemble des échanges et des débats susceptibles de prendre place dans l'espace public et d'opposer des particuliers.

Finalemment, au chapitre du droit procédural, l'activité judiciaire est très largement déterminée par les dispositions du Code de procédure civile, dont l'économie générale diffère substantiellement de celle des dispositions mises en place dans les provinces de *common law*. La tradition civiliste détermine elle-même une perspective plus déductive qu'inductive en matière d'interprétation du droit et de qualification des faits. Cette perspective favorise une approche différente de certaines situations qui sont souvent, par ailleurs, de nature très comparable. Il s'agit de distinctions dont nous tiendrons compte dans l'élaboration de solutions au SLAPP en contexte québécois.

Il s'ensuit que toute solution envisagée en vue de contrer la pratique des *poursuites-bâillons* peut s'appuyer sur un fondement juridique spécifique, distinct de celui des autres États au Canada. Cette situation permet d'envisager d'autres possibilités que celles qu'offre actuellement l'hypothèse d'une législation calquée sur le modèle américain.

Chapitre 6. Exploration des solutions possibles au SLAPP en contexte québécois

Les solutions qui peuvent être opposées au SLAPP dans le contexte juridique québécois peuvent soit s'inspirer – en les adaptant – des solutions apportées au problème à l'étranger, soit emprunter des voies différentes et plus adaptées à la réalité institutionnelle et juridique de la société québécoise.

Au Québec, les prises de position récentes concernant le SLAPP permettent déjà de dresser un premier inventaire des solutions possibles pour en contrer la pratique : le recours aux dispositions existantes du Code de procédure civile¹²⁰, l'adoption de « mesures permettant un

¹¹⁸ Lire à ce propos: *RWDSU v. Dolphin Delivery* (note 115).

¹¹⁹ *Irwin Toy c. Québec* (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927.

¹²⁰ Yves BOISVERT, « La justice qui fabrique de l'injustice », *La Presse* (11 octobre 2006, p. A5).

allègement du fardeau de la preuve en défense » et la création d'un « fonds d'aide à la disposition des défendeurs »¹²¹, le recours à des assurances responsabilité de sources privées¹²², « la possibilité pour le Québec de garantir lui-même ou autrement, aux groupes écologistes et aux conseils régionaux de l'environnement (CRE), une couverture d'assurance en matière de responsabilité civile »¹²³, l'adoption d'une législation anti-SLAPP spécifique¹²⁴, la reconnaissance d'une immunité relative en faveur des citoyens engagés dans le débat environnemental¹²⁵, l'adoption d'une nouvelle législation visant le libelle et la diffamation, « plus large qu'une simple loi anti-SLAPP et autorisant la défense de vérité »¹²⁶; la création d'un fonds « pour ce genre de poursuites » et l'adoption d'une législation interdisant « les actions punitives [initiales] par les grandes entreprises »¹²⁷, l'imposition, contre les initiateurs de SLAPP, d'une obligation de « payer les frais juridiques » des victimes de ces poursuites lorsque ces dernières ont « gain de cause »¹²⁸; la révision de « la Charte québécoise pour y inclure la notion de droit à la participation à la vie publique »¹²⁹, le soutien des groupes ou des individus poursuivis « sous la forme d'une caution »¹³⁰, etc.

Dans tous les cas, les solutions sont fonction de la définition plus ou moins étendue que l'on donne du phénomène, et des justifications qui accompagnent ces initiatives. Le SLAPP, défini comme une stratégie visant à limiter l'exercice de certains droits fondamentaux, favorise des solutions qui « transitent » en partie par le droit public. Abordé comme un problème lié à l'exercice abusif de la procédure judiciaire, il appelle des modifications aux normes procédurales applicables devant les tribunaux de droit civil. Compris comme un problème d'accès à la justice, sa solution implique la mise sur pied de mécanismes de soutien aux justiciables, notamment l'accès à des ressources professionnelles ou financières. Saisi comme la conséquence de l'exercice problématique d'un droit particulier, il trouvera une solution dans les modifications apportées aux législations et normes spécifiques applicables en l'espèce. On explorera tour à tour ces différentes « avenues », les unes et les autres pouvant parfois être empruntées concurremment. Dans tous les cas, on cherchera à adopter les solutions juridiques susceptibles de régler concrètement le problème.

¹²¹ Luce MARGONTY, « Mobilisation contre les poursuites stratégiques », *La Presse* (11 octobre 2006, p. A5).

¹²² Michel CORBEIL, « L'AQLPA peut enfin assurer sa survie », *Le Soleil* (21 septembre 2006, p. 17).

¹²³ Louis-Gilles FRANCOEUR, « Bécharde prêt à étudier une loi contre les poursuites abusives », *Le Devoir* (19 septembre 2006), p. A2.

¹²⁴ François CARDINAL, « Appel à l'aide des organismes verts », *La Presse* (15 septembre 2006, p. A15).

¹²⁵ Louis-Gilles FRANCOEUR, « Mort clinique de l'AQLPA », *Le Devoir* (9 septembre 2006, p. A2).

¹²⁶ Hugo JONCAS, « Une loi anti-bâillon? », *Les Affaires* (9 septembre 2006, p. 74).

¹²⁷ Presse Canadienne, « Les écologistes contraints de fermer à Lévis », *Le Journal de Québec* (9 septembre 2006), p.13.

¹²⁸ Isabelle LAPORTE, « Le Parti vert réclame une loi « anti-SLAPP », *La Presse* (24 août 2006, p. A18).

¹²⁹ Isabelle LAPORTE (note 128).

¹³⁰ *Idem.*

6.1 Le SLAPP défini comme exercice particulier du droit à la réputation

Nous aborderons d'abord rapidement l'idée, par ailleurs mise en application en Australie (*supra*), que le SLAPP est essentiellement le produit du droit reconnu aux entreprises de voir leur réputation protégée. De fait, un grand nombre de *poursuites-bâillons* sont entreprises sous forme d'action en dommages-intérêts pour libelle ou diffamation, bref pour atteinte à la réputation.

C'est sous cette perspective que le législateur australien a abordé le phénomène du SLAPP dans le but de mettre au point ses interventions en la matière. Abordant dans ses fondements et ses origines la question du droit à la réputation, le législateur a finalement conclu que ce droit était essentiellement destiné à la protection des individus et non à celle des sociétés commerciales. En retirant ce droit aux sociétés commerciales, on aura ainsi considérablement limité le risque que des *poursuites-bâillons* soient entreprises par le biais de cet expédient juridique¹³¹.

Notons tout d'abord que rien n'empêche que, dans le cadre de certaines législations spécifiques, les droits des sociétés commerciales soient directement l'objet de restrictions particulières en ce qui à trait l'exercice de certains droits fondamentaux¹³².

Comme on l'a cependant fait observer antérieurement, cette approche ne permet pas de faire totalement échec aux initiatives des *Slappers*, étant donné que l'utilisation stratégique des tribunaux peut emprunter de nombreuses autres voies, de la poursuite pour concurrence illégale jusqu'au recours à l'injonction provisoire ou permanente. Il s'ensuit que la solution australienne, pour originale qu'elle soit, ne résout que très partiellement le problème. Par ailleurs, il faut reconnaître qu'il existe des situations où il est tout à fait légitime pour une personne morale de faire valoir son droit à la réputation.

De même, les membres du comité ne sont pas favorables non plus à l'adoption de dispositions qui viseraient à introduire la *défense de vérité* en matière de diffamation au Québec, solution que certains intervenants publics ont pu proposer au cours du récent débat sur le SLAPP¹³³. Il s'agit là d'une solution tirée de la *common law*, dont les effets dépassent largement la question des *poursuites-bâillons* et transcendent la portée du présent rapport. D'ailleurs, le régime juridique québécois permet des recours très divers portant sur d'autres dimensions liées de près ou de loin à la protection de la réputation — notamment la sanction des comportements ou déclarations susceptibles de provoquer l'humiliation, ou l'exposition au ridicule ou à l'opprobre (liée au droit à la protection de la vie privée) — recours qui n'ont pas la même portée dans les provinces de *common law*, notamment en raison de la défense de vérité. La reconnaissance de la défense de vérité constituerait dans cette perspective une diminution des droits actuellement protégés par la Charte des droits et liberté de la personne.

¹³¹ Dr Greg OGLE (note 70).

¹³² *Irwin Toy c. Québec* (Procureur général) [1989] 1 R.C.S. 927.

¹³³ Hugo JONCAS, « Une loi anti-bâillon? », *Les Affaires* (9 septembre 2006, p. 74).

6.2 Le SLAPP abordé comme limite à l'exercice d'un droit fondamental

Abordé sous l'angle de ses conséquences, le SLAPP peut également être défini comme une menace à l'exercice d'un droit fondamental. On a vu qu'aux États-Unis, le premier amendement de la Constitution offre aux victimes de SLAPP une base juridique sur laquelle structurer une défense contre les *poursuites-bâillons*. Pour l'essentiel, les lois anti-SLAPP sont fondées sur le droit de pétition, c'est-à-dire sur le droit qu'on reconnaît aux citoyens d'interpeller les autorités publiques et, par extension, de participer au débat public. Le droit à la participation publique se voit ainsi recouvert d'une forme d'immunité. Bien que certaines des législations adoptées par les États américains visent à protéger à la fois le *droit de pétition* et le *droit à la liberté d'expression*, les observateurs reconnaissent généralement que le droit à la participation publique constitue le fondement le plus solide des solutions visant à contrer la pratique des *poursuites-bâillons*, parce qu'il bénéficie d'une reconnaissance constitutionnelle mieux établie que le droit à la liberté d'expression¹³⁴.

Ainsi, les solutions législatives adoptées aux États-Unis sont basées sur la qualification spécifique du SLAPP comme entrave à l'exercice du droit des citoyens de participer au débat public. On a cependant pu constater que l'étendue des activités protégées par les mesures anti-SLAPP varie considérablement d'un État américain à l'autre, selon que l'on entend soit favoriser la participation des citoyens aux instances consultatives établies par les autorités publiques, soit protéger, de façon plus large encore, toute forme de participation et de prise de position publique (voir la section 3.1 du chapitre 3).

Le caractère exceptionnel des mesures anti-SLAPP trouve aux États-Unis une justification dans le fait qu'elles viennent garantir l'exercice d'un droit dont l'importance est considérée comme très élevée dans la hiérarchie des normes. Bref, ce droit doit incarner une norme dont la portée est telle qu'elle justifie un traitement procédural spécifique en l'absence duquel le système judiciaire est susceptible d'être le siège d'un déni de droit, sinon d'une injustice ou d'une iniquité. Le droit à la participation publique est ainsi reconnu comme un droit fondamental. La question est de savoir si l'on trouve établi, dans l'ordre juridique québécois, un droit équivalent au droit à la participation *publique* tel qu'il est établi aux États-Unis.

En matière de *poursuites-bâillons*, deux possibilités se présentent : 1) soit l'ordre juridique québécois reconnaît déjà des droits dont la valeur supérieure justifie que l'on corrige certaines inégalités susceptibles d'entacher l'activité judiciaire ou d'empêcher leur exercice, 2) soit de tels droits restent à définir. Dans le **premier cas**, des modifications apportées au *Code de procédure civile* ou aux règles ou règlements de pratiques des cours concernées peuvent venir corriger une situation jugée inéquitable ou susceptible de constituer un déni de droit fondamental; dans le **second cas**, ces droits restent à définir et pourraient justifier que l'on apporte des modifications à certaines lois québécoises dont la portée est considérée comme quasi-constitutionnelle, par exemple, la Charte des droits et liberté de la personne.

Au Québec, l'idée que soit reconnu spécifiquement un éventuel *droit à la participation publique* a été évoquée à quelques reprises dans la foulée des débats récents sur l'émergence appréhendée du SLAPP dans l'arène judiciaire¹³⁵. On a vu que cette idée a également été considérée dans les

¹³⁴ Me Sean McALLISTER (note 23).

¹³⁵ *Idem*.

provinces canadiennes, où l'adoption de mesures anti-SLAPP a été envisagée. Au Québec, cette option fait cependant l'économie d'une réflexion plus étendue sur les caractéristiques du système juridique québécois. En effet, on l'a déjà souligné, la reconnaissance d'un éventuel droit à la *participation publique* a surtout été jugée nécessaire dans les provinces qui n'offrent pas actuellement de protection des droits fondamentaux dans les rapports entre les particuliers. Le système juridique québécois est très différent à ce chapitre, car la Charte québécoise des droits et libertés de la personne a vocation à s'appliquer non seulement aux relations entre l'État et les citoyens, mais également aux relations entre les citoyens eux-mêmes. La question est dès lors de savoir si la Charte québécoise comprend des dispositions dont la portée est suffisante pour garantir la protection du droit des groupes et des citoyens de participer au débat public. Deux articles de la Charte apparaissent plus précisément pouvoir servir de normes anti-SLAPP :

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

21. Toute personne a droit d'adresser des pétitions à l'Assemblée nationale pour le redressement de griefs.

C'est essentiellement sur le premier de ces articles que peut s'appuyer le législateur, de même que la cour, pour s'assurer que le recours aux tribunaux ne constitue pas une stratégie indirecte visant, dans les faits, la mise en cause du droit des citoyens de participer au débat public. En contrepartie, l'article 21 de la Charte reconnaît aux citoyens la possibilité d'adresser des pétitions à l'Assemblée nationale pour le redressement de griefs. Cet article, qui se réfère à un droit historique aussi ancien que le régime parlementaire lui-même, a cependant reçu jusqu'ici une interprétation extrêmement restrictive, compte tenu de la tendance des cours à reconnaître au pouvoir législatif l'autonomie nécessaire à l'administration de ses choix¹³⁶. C'est pourquoi ce droit, qui a connu une large extension aux États-Unis, ne constitue pas, en contexte québécois, une base aussi solide que le droit à la liberté d'expression reconnu à l'article 3 de la Charte, qui a reçu une interprétation très large dans le contexte juridique canadien. Il s'ensuit que l'ajout d'un éventuel *droit à la participation publique* n'apparaît pas *a priori* impératif, et qu'il pourrait même venir définir un droit dont la portée serait plus restreinte que celui que protège le *droit à la liberté d'expression* déjà reconnu par la Charte.

On peut rapidement traiter ici de la question de l'impunité dont certaines législations américaines revêtent l'exercice du droit à la participation publique. Il s'agit d'un régime d'exception, qui ne connaît que très peu d'équivalents dans les ordres juridiques québécois et canadien. Un tel droit trouve sa justification aux États-Unis où, nous l'avons indiqué encore dans les paragraphes qui précèdent, le *droit de pétition* occupe un espace symbolique important qui le place au sommet de la pyramide constitutionnelle américaine. Le régime des droits et libertés, sur lequel repose l'ordre juridique québécois, est au contraire fondé sur l'équilibre recherché entre plusieurs normes jugées fondamentales. La reconnaissance d'une forme d'impunité en faveur de toute personne exerçant son droit à la liberté d'expression ou d'opinion dans l'espace public viendrait modifier considérablement l'économie du système juridique québécois et comporterait des effets qui iraient bien au-delà de ceux que justifie la correction des problèmes réellement créés par la pratique du SLAPP. Instituer une telle impunité en faveur des

¹³⁶ Yves Michaud c. Assemblée nationale du Québec (Président), [2005] R.J.Q. 576.

intervenants qui, même pour une juste cause, œuvrent dans l'espace public engendrerait vraisemblablement des effets inattendus (appelés aussi *effets émergents* ou *effets pervers*) plus difficiles à « baliser » que ceux qu'est susceptible de générer le problème qu'on tenterait ainsi de régler. Cette impunité viendrait du moins considérablement réduire les droits actuellement reconnus aux individus de voir leur dignité, leur honneur et leur réputation protégés (article 4 de la Charte).

Au Québec, une telle impunité n'est d'ailleurs reconnue qu'à des acteurs précis exerçant dans certaines conditions des activités également très précises. Il s'agit, par conséquent, d'un droit dont les limites sont très serrées. Un tel droit s'applique ainsi limitativement aux déclarations des juges provinciaux et fédéraux, des parlementaires et des sénateurs, des personnes appelées à témoigner devant une instance judiciaire et, à l'intérieur de certaines limites, des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions¹³⁷. Actuellement, il ne semble pas justifié d'étendre le cercle de cette impunité, compte tenu des conséquences imprévisibles (et de certaines des conséquences prévisibles) qui pourraient s'ensuivre.

L'intervention spécifique des tribunaux en contexte de *poursuite-bâillon* trouverait par ailleurs une justification supplémentaire dans l'article 23 de la Charte, qui reconnaît l'existence de droits judiciaires dans des termes qui reprennent ceux du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹³⁸ :

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Cette norme peut connaître de multiples interprétations et comporte à la fois une dimension déontologique et une dimension institutionnelle¹³⁹. C'est à cette seconde dimension que l'on se réfère ici. Elle renvoie à des questions normatives liées à l'effectivité des droits fondamentaux et au problème plus restreint, mais plus concret aussi, de l'accès des citoyens aux tribunaux et aux ressources nécessaires à l'établissement d'une défense ou à la reconnaissance judiciaire d'un droit. Dans le contexte général d'une référence aux droits fondamentaux, l'enjeu principal réside donc dans l'établissement de conditions procédurales et financières susceptibles d'assurer l'égalité des parties. La mise en œuvre de ces droits fondamentaux rejoint, par voie de conséquence, la question plus concrète de la procédure applicable au regard des *poursuites-bâillons*.

Le développement qui précède vise essentiellement à mettre en contexte les caractéristiques de l'ordre juridique québécois. Il fait voir les fondements d'un traitement spécifique des situations qui, et c'est le cas du SLAPP, incitent certains acteurs à mobiliser les institutions judiciaires de manière à prendre le dessus sur une autre partie engagée dans un débat dont la portée est collective et, partant, participe de la vie politique et démocratique. On constate ici que la Charte

¹³⁷ Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Les Éditions Yvon Blais, 1998, pp. 205-207.

¹³⁸ Voir note 16.

¹³⁹ Pierre NOREAU, Chantal ROBERGE, « Émergence de principes généraux en matière de déontologie judiciaire : Éléments d'une théorie générale » (2005) 84 *Revue du Barreau canadien* 457.

des droits et libertés de la personne garantit déjà le droit des citoyens à la participation publique du fait des garanties qu'elle offre, tant en matière de liberté d'expression et d'opinion qu'en matière de droits judiciaires. **Au regard du droit public et des garanties données à l'exercice des droits fondamentaux, il n'apparaît donc pas nécessaire d'ajouter un droit spécifique qui viendrait protéger les pratiques liées aux prises de positions publiques des citoyens, puisque ces garanties sont déjà établies. La solution des problèmes de SLAPP réside donc surtout dans un réajustement des règles de procédure civile et des moyens financiers mis à la disposition des victimes de SLAPP aux fins de leur défense à la cour.**

En conclusion, remarquons qu'en cette matière le droit québécois peut s'inspirer de l'expérience européenne. Ainsi, sur le plan européen, l'essentiel des décisions établies en matière de *poursuites-bâillons* est fondé sur le droit à la liberté d'expression et sur le droit de bénéficier, en pleine égalité, d'une audition publique et impartiale devant des tribunaux indépendants. La reconnaissance de ces droits a conduit, dans certains cas, la Cour européenne des droits de l'homme à proposer l'établissement de conditions procédurales et financières susceptibles de favoriser un véritable accès à la justice¹⁴⁰.

6.3 Le SLAPP défini comme problème de droit procédural

6.3.1 Retour sur les solutions procédurales apportées au SLAPP

Au regard des solutions procédurales, trois voies peuvent être explorées : 1) les mesures susceptibles de contrer le SLAPP existent et sont déjà prévues au Code de procédure civile; 2) les mesures susceptibles de contrer le SLAPP existent, mais ne sont généralement pas mises en œuvre; 3) les mesures qui pourraient venir contrer la pratique du SLAPP ne sont pas suffisantes et doivent être renforcées à l'aide de mesures et de mécanismes particuliers.

On sait que, dans la perspective américaine, c'est cette dernière voie qui a été la plus empruntée. Ces dispositions spécifiques prévoient selon le cas : l'inscription prioritaire de toute requête fondée sur les mesures anti-SLAPP; l'examen de telles requêtes en fonction d'une preuve limitée (*affidavit* ou *faits et arguments*); la production de décisions sous forme de jugements sommaires; la suspension des procédures judiciaires originales pour la durée des procédures anti-SLAPP; l'audition par voie accélérée de tout appel ultérieur de la décision de première instance lorsqu'elle n'est pas finale et sans appel; le renversement total ou partiel du *fardeau de la preuve* par l'établissement d'une présomption de droit contre l'initiateur de la procédure originale; l'imposition de dommages-intérêts exemplaires aux initiateurs de SLAPP et à leurs procureurs; l'ouverture d'un droit de poursuite en dommage et intérêts contre ces initiateurs (*SLAPP-Back*)

En contexte québécois, le questionnement est double. 1) Sur le plan procédural, la législation québécoise offre-t-elle aux justiciables des garanties suffisantes pour contrer le recours aux *poursuites-bâillons*? Si oui, 2) ces garanties sont-elles suffisamment connues par les membres du Barreau, les tribunaux et les groupes sociaux pour décourager les sociétés commerciales qui seraient susceptibles d'y recourir ?

¹⁴⁰ On pense notamment ici à la décision établie dans le *McLibel Case*. Consulter le jugement *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, note 3.

Dans l'état actuel du droit, plusieurs dispositions générales ou particulières ouvrent la porte à une contestation judiciaire du bien-fondé des *poursuites-bâillons*, de même qu'elles permettent potentiellement la contestation de nombreuses actions en justice introduites sous de fausses considérations ou en l'absence apparente de droit. Il est alors question d'abus du droit d'ester en justice ou d'abus de la procédure, abus susceptibles de conduire au rejet d'une *poursuite-bâillon*. La question est essentiellement de savoir si ces normes procédurales sont suffisantes pour contrer le phénomène, compte tenu de la façon dont elles sont généralement interprétées.

6.3.2 Les principes inscrits aux articles 4.1 et 4.2 du C.P.C.

La première de ces normes réside dans les dispositions prévues à l'article 4.1 qui impose essentiellement, dans la conduite des dossiers, le respect de l'obligation de bonne foi prévue à l'article 7 du Code civil du Québec :

4.1. Les parties à une instance sont maîtres de leur dossier dans le respect des règles de procédure et des délais prévus au présent code et elles sont tenues de ne pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

Le tribunal veille au bon déroulement de l'instance et intervient pour en assurer la saine gestion.

Traduite sous forme d'exigence procédurale, l'obligation de bonne foi établie à l'article 7 du Code civil du Québec vise à éviter le recours abusif à des procédures judiciaires. Il est alors question d'*abus du droit d'ester en justice*¹⁴¹. La difficulté de la mise en application de cette norme procédurale réside en partie dans la capacité d'une victime de SLAPP d'établir que la poursuite dont elle est la cible ne répond pas aux standards de la bonne foi, notamment parce qu'elle n'apparaît pas juridiquement fondée ou ne semble pas s'appuyer sur des faits qui rendent vraisemblable la naissance d'un droit. Dans le cas particulier du SLAPP, le contexte général dans lequel s'inscrivent les rapports publics entre les parties fournit un élément susceptible de permettre à la cour d'apprécier les intentions réelles des initiateurs de telles procédures. La question de la bonne foi des parties est ici fondamentale. La jurisprudence met surtout l'accent sur l'intégrité du processus judiciaire. Les principes établis à l'article 4.1 visent à éviter que l'on « fasse appel aux tribunaux à mauvais escient »¹⁴². La bonne foi des parties peut d'ailleurs être mise en cause pour de multiples raisons. Elle peut l'être du fait du comportement de l'avocat initiant des procédures qu'il sait mal fondées, dans le but de nuire à autrui, ou persistant dans

¹⁴¹ Comme le soulignent Reid et Carrier: « En matière d'abus de droit, il faut faire la distinction entre l'abus de droit sur le fond du litige et l'abus de droit d'ester en justice. L'abus sur le fond du litige intervient au moment de la faute contractuelle et extracontractuelle, avant que ne débutent les procédures judiciaires. À l'opposé, l'abus du droit d'ester en justice est une faute commise à l'occasion d'un recours judiciaire. C'est le cas lorsque la personne, de mauvaise foi, se sert de la justice alors qu'elle n'a aucun droit à faire valoir, lorsqu'elle multiplie inutilement et abusivement les procédures. L'abus de droit d'ester en justice peut naître au cours des procédures alors que la partie réalise son erreur mais poursuit quand même le débat judiciaire. Il faut toutefois éviter de conclure à l'abus dès que la thèse mise de l'avant est quelque peu fragile et il ne faut pas conclure non plus qu'il y a abus du droit d'ester en justice parce qu'il y a abus sur le fond du litige». Tiré de Hubert REID et Claire CARRIER, *Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine*, 22^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006 à la page 19.

¹⁴² REID et CARRIER, *op. cit.*, p. 141.

une entreprise inutile après avoir constaté la faiblesse de sa preuve. Elle peut également être mise en cause du fait du manque de préparation d'un avocat ou des délais inutiles engendrés par sa faute, ou de la multiplication de procédures vouées à l'échec¹⁴³, du recours aux procédures judiciaires aux seules fins de donner une leçon à un adversaire ou de sauver du temps, ou du fait de la production d'actes de procédure comprenant des allégations fausses ou erronées dans l'intention de nuire. En contrepartie, il n'est pas possible de conclure à un abus du droit d'ester en justice « si l'analyse exhaustive d'une preuve contradictoire est nécessaire pour trancher le litige »¹⁴⁴.

Dans l'arrêt *Viel*, un survol de la doctrine (on se réfère ici à l'ouvrage de Baudouin et Deslauriers) permet à la fois de « baliser » la notion d'abus du droit d'ester en justice et de faire voir les limites de son application :

*La première hypothèse est celle où l'agent, de mauvaise foi, et conscient du fait qu'il n'a aucun droit à faire valoir, se sert de la justice comme s'il possédait véritablement un tel droit. Il n'agit pas alors dans le cadre de l'exercice ou de la défense de son droit, mais totalement en dehors de celui-ci. Une faute peut également être reprochée à l'agent qui, dans l'exercice d'un droit apparent, utilise les mécanismes judiciaires ou procéduraux sans cause raisonnable ou probable, sans motif valable, même de bonne foi. Tel est le cas de celui qui fait arrêter une personne sur de simples soupçons qu'une enquête rapide aurait suffi à dissiper. La mauvaise foi (c'est-à-dire l'intention de nuire) ou la témérité (c'est-à-dire l'absence de cause raisonnable et probable) restent donc les bases de l'abus de droit dans ce domaine. Contrairement à l'observation faite à propos du droit de propriété, il paraît difficile, sinon impossible, de concevoir un abus du droit au recours judiciaire dont le fondement ne serait pas une faute civile, mais le seul exercice antisocial du droit. Il ne saurait, en effet, y avoir abus lorsque, de bonne foi, et en ayant [un] cause raisonnable et probable, un individu cause préjudice à autrui en recourant à la justice pour faire valoir ses droits. Ainsi, selon nous, celui qui utilise les recours que la loi met à sa disposition, dans un but strictement et exclusivement égoïste, mais de bonne foi et non témérement, ne peut être tenu responsable des conséquences fâcheuses de son acte pour son adversaire.*¹⁴⁵

Aucune de ces situations ne correspond exactement à celles rencontrées dans le cadre d'un recours stratégique aux tribunaux, encore que certains cas particuliers peuvent se rapprocher de certaines d'entre elles. Il s'ensuit que, sur le plan de l'usage, l'article 4.1 C.p.c. n'a pratiquement pas de portée normative autonome, soit du fait de sa généralité ou, paradoxalement, de la définition restreinte qu'en donnent les tribunaux. On y recourt plutôt comme à une norme interprétative ou à un principe directeur, notamment en appui aux articles 75.1 ou 165(4) C.p.c., qui sont commentés plus loin et qui constituent les dispositions sur lesquelles les victimes du SLAPP peuvent plus vraisemblablement appuyer leur défense.

Indiquons finalement qu'une part importante de la jurisprudence citée en référence à l'article 4.1 C.p.c. porte sur des questions de gestion d'instance et ne fournit pas, ici encore, une

¹⁴³ Même si la preuve ne permet pas de conclure que l'avocat savait que le recours était mal fondé.

¹⁴⁴ *Viel c. Entreprises immobilières du Terroir ltée*, [2002] J.Q. n° 1056 (C.A.Q.).

¹⁴⁵ BAUDOUIN et DESLAURIERS, *op. cit.*, (note 137). 137-138.

interprétation toujours très claire de la notion d'abus du droit d'ester en justice. Pour l'essentiel, l'article 4.1 prescrit que les parties à une instance « sont maîtres de leur dossier à la condition de respecter certaines normes »¹⁴⁶. L'alinéa 2 de l'article 4.1 C.p.c. concerne d'ailleurs très spécifiquement la question de l'administration de l'instance. Elle reconnaît au juge le devoir de s'engager directement dans la gestion de l'instance lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre sur les étapes de son déroulement (151.1 *ss.* C.p.c.). C'est une question sur laquelle nous reviendrons, mais qui pose directement le problème du pouvoir des juges d'intervenir unilatéralement lorsque se trouvent remis en cause, dans un contexte spécifique comme le SLAPP, les standards de la bonne foi et le caractère déraisonnable de la poursuite.

Un autre article du Code de procédure civile peut également, à première vue du moins, servir de « balise » normative dans l'appréciation du caractère abusif d'une procédure. L'article 4.2 prévoit que :

4.2. Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne.

L'article 4.2 C.p.c., en établissant le *principe de la proportionnalité*, impose une norme de référence susceptible de trouver également application en cas de SLAPP, notamment parce qu'il renvoie à la « finalité de la demande » et fournit un critère susceptible de faciliter l'évaluation de la bonne foi des parties au regard de facteurs liés aux coûts et au temps nécessaires à la poursuite de la procédure. Cette norme intègre — implicitement — la notion de *poursuite disproportionnée*. Interprétée conjointement avec l'article 4.1 C.p.c., elle ouvre apparemment la porte, elle aussi, à une argumentation fondée sur la dénonciation d'un abus de procédure. Cela étant, la jurisprudence vise plus limitativement le droit des juges d'intervenir directement en vue d'éviter l'escalade des coûts et l'extension injustifiée des délais associés à une cause, compte tenu des finalités de la demande ou de la complexité des litiges. Une bonne partie des décisions qui la composent concerne par conséquent les frais associés à la tenue d'interrogatoires préalables, les conditions liées à la transmission de la preuve, etc. La jurisprudence donne au juge la possibilité de modifier une entente déjà établie entre les parties sur les conditions de déroulement d'une instance.

La question est de savoir si l'article 4.2 C.p.c. peut servir d'assise à l'intervention d'un juge en vue de réduire les coûts associés à une *poursuite-bâillon*, notamment si ces coûts ont pour effet direct de (ou visent à) réduire les moyens d'action publique et la liberté d'expression des citoyens ou des groupes ciblés par ces poursuites. Dans l'évaluation d'une telle situation, il est raisonnable que l'on tienne compte des objectifs visés par la poursuite et du montant des dépens qui y sont associés. Si le contexte d'une *poursuite-bâillon* est spécifique, les mêmes règles générales s'appliquent à l'instance et le juge se voit accorder en cette matière un droit d'intervention reconnu à la fois par le code et la doctrine. Ces objectifs, notamment la reconnaissance d'un plus grand pouvoir d'intervention des juges, sont par ailleurs conformes aux orientations de la récente réforme du Code de procédure civile.

¹⁴⁶ REID et CARRIER (note 141), p. 16.

Sur le fond, il faut cependant reconnaître la portée restreinte de l'article 4.2 C.p.c. en ce qui a trait au SLAPP. L'article 4.2 vise essentiellement à contrer la multiplication de procédures coûteuses et la disproportion qui existe entre ces initiatives et la finalité du litige. Or, on se réfère surtout ici à la disproportion qui existe entre les sommes en jeu et les frais liés à la poursuite. Il s'agit d'une norme de référence assez accessoire si l'on tient compte du fond de la question, qui est surtout de savoir s'il est possible de contrer dans ses fondements mêmes le recours au pouvoir judiciaire en vue de limiter la possibilité de certains citoyens ou de certains groupes d'exercer leur droit à la liberté d'expression sur des enjeux dont la portée est collective.

6.3.3 Les articles 75.1 et 165(4) du C.P.C.

Toujours sur le plan du droit procédural, deux articles semblent pouvoir plus directement servir de base à la défense des victimes de *poursuites-bâillons* : le premier alinéa de l'article 75.1 C.p.c. et l'article 165 (4) C.p.c. L'article 75.1 C.p.c. concerne l'insuffisance des faits évoqués par l'initiateur de la poursuite, alors que l'article 165(4) C.p.c. vise l'absence de fondements juridiques de la demande. Le premier alinéa de l'article 75.1 C.p.c. établit que :

75.1. En tout état de cause, le tribunal peut, sur requête, rejeter une action ou une procédure si un interrogatoire tenu en vertu du présent code démontre que l'action ou la procédure est frivole ou manifestement mal fondée pour un motif autre que ceux que prévoit l'article 165 ou si la partie qui a intenté l'action ou produit la procédure refuse de se soumettre à un tel interrogatoire.

L'article porte sur les motifs de rejet d'une action à tout moment de l'instance dès qu'un interrogatoire (y compris un interrogatoire préalable) rend compte de ce que l'action entreprise par les initiateurs d'une procédure est « frivole » ou « manifestement mal fondée ». La difficulté d'application de l'article 75.1 C.p.c. vient de ce qu'une telle démonstration est souvent difficile à faire et ne convainc que rarement le tribunal.

En contrepartie, le but visé est clairement d'éviter la tenue d'une enquête, préoccupation qui rejoint la présente réflexion sur les modalités de réponse aux effets potentiels des *poursuites-bâillons*. « L'article 75.1 C.p.c. est destiné à écarter sommairement les actes de procédure, voire les actions qui sont vouées à l'échec »¹⁴⁷. La requête fondée sur l'article 75.1 C.p.c., si elle est reçue positivement, a pour effet de priver une partie de son droit de se faire entendre plus avant, ce qui exige de la cour une grande prudence et par extension, rend difficile d'y recourir. Elle nécessite par ailleurs que la cour conclue que l'action est *manifestement* mal fondée. L'article 75.1 C.p.c. fait par conséquent toujours l'objet d'une interprétation stricte : « C'est seulement si l'interrogatoire révèle que tout ce qui est invoqué dans la procédure n'a pas de fondement dans les faits et n'est pas suffisant pour soutenir avec succès une prétention en droit que la procédure sera rejetée »¹⁴⁸. Cette obligation a pour conséquence de faire peser sur les épaules du requérant un fardeau de preuve encore plus lourd au regard des faits évoqués. Les questions de fait et l'étude des actes juridiques y prennent une place beaucoup plus importante que dans le cas d'une requête introduite sous l'article 165(4) C.p.c., qui porte sur des questions

¹⁴⁷ *IC Infrastructure Construction Ltée c. Armco Westeel inc.* (1996) R.D.J. 274 cité par REID et CARRIER (note 141), p. 320.

¹⁴⁸ *Guillemette c. Béliveau, Guillemette, Payeur inc., A.J.Q./P.C.* 1999-976 (C.S.), cité par REID et CARRIER (note 141), p. 322.

de droit (*infra*), encore que ces deux articles soient souvent tous deux invoqués dans les mêmes requêtes. La reconnaissance du caractère « frivole ou manifestement mal fondée » d'une poursuite peut conduire à la qualification de cette procédure comme abusive ou dilatoire (75.2 C.p.c.), ce qui donne la possibilité de poursuivre en dommages-intérêts (voir la section 6.5.2). Cela étant, il ne fait aucun doute que le recours à l'article 75.1 C.p.c. — dans sa forme actuelle — ne constitue pas une mesure susceptible d'être facilement utilisée par les victimes de SLAPP du fait des contraintes qu'il fait peser sur le requérant.

L'article 75.1 C.p.c. trouve un complément dans l'article 165(4) C.p.c., auquel il est également ardu de recourir. Il prévoit que :

165. *Le défendeur peut opposer l'irrecevabilité de la demande et conclure à son rejet :*

4. *Si la demande n'est pas fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais.*

L'article 165(4) C.p.c. peut être invoqué dans le cadre d'une requête en irrecevabilité. Alors que l'article 75.1 C.p.c. se réfère le plus souvent à des questions de faits (« l'action ou la procédure est frivole ou manifestement mal fondée »), l'article 165(4) C.p.c. renvoie plutôt à des questions de droit, les faits inscrits à la requête introductive d'instance étant considérés comme avérés¹⁴⁹. En vertu de 165(4) C.p.c., c'est l'absence de droit qui doit alors être démontrée *prima facie*, c'est-à-dire l'absence de correspondance entre les faits exposés, considérés comme avérés, et le droit invoqué. « L'exercice se limite à dire si, tels que libellés, les paragraphes de la déclaration (requête introductive d'instance) donnent ouverture aux conclusions recherchées »¹⁵⁰. La jurisprudence se réfère à plusieurs situations de ce type : recours à une présomption de renonciation non établie par la jurisprudence, absence de lien de droit entre le demandeur et le défendeur, absence de lien de causalité entre faute et dommages, prescription de l'action, etc.

La jurisprudence dominante établit que la demande de rejet ne peut pas être partielle, et qu'elle doit toujours concerner l'ensemble de l'action. Une telle requête exige cependant la présence d'une situation « claire et facilement définie »¹⁵¹ « sans qu'il soit nécessaire d'interpréter avec subtilité les nuances de la jurisprudence et de la loi qui s'appliquent »¹⁵². La doctrine et la jurisprudence établissent en effet que le juge saisi d'une requête en irrecevabilité doit faire preuve de prudence et ne doit pas déclarer que le recours est irrecevable à moins que tous les éléments à considérer apparaissent à la déclaration et que l'absence d'application de la règle de droit à ces éléments ne soit pas discutable. Ici encore, l'objectif poursuivi est de permettre que, « dans l'intérêt des parties et d'une saine administration de la justice », on puisse mettre « un

¹⁴⁹ Une partie de la jurisprudence reconnaît la possibilité d'invoquer, dans certains cas, les deux articles simultanément dans le cadre d'une même requête. Lire *Ouellette c. Gingras, Moïse et associés inc.* A.E./P.C. 2005-3633 (C.S.); *Québec (Ville de) c. Constructions Bé-con inc.* A.E./P.C. 2003-2290 (CS) cités par Reid et Carrier, *op. cit.* p. 456.

¹⁵⁰ REID et CARRIER (note 141) citent à l'appui un douzaine de décisions diverses, dont *Groupe Jeunesse c. Loto-Québec*, A.E./P.C. 204-2872 (C.A.). *Heidersdorf c. Ducharme*, A.E./P.C. 2002-1359 (C.A.).

¹⁵¹ *Compagnie d'assurance Union commerciale du Canada c. Cubb du Canada, compagnie d'assurance*, A.J.Q./P.C. 1997-25 (C.S.), cité par REID et CARRIER (note: 141), p. 458.

¹⁵² REID et CARRIER (note 141), p. 464.

terme à une procédure menant à un procès inutile »¹⁵³. Il s'ensuit que la requête en irrecevabilité a une fonction préventive. Cela est dû au fait, comme c'est également le cas dans l'interprétation donnée de l'article 75.1 C.p.c., qu'elle a pour conséquence de priver une partie de son droit à faire valoir sa preuve, une telle requête faisant largement reposer le fardeau de la démonstration sur le dos du requérant. Elle suppose aussi le rejet d'une action avant même que la demande ait été examinée au mérite. Les juges sont par conséquent extrêmement réticents à y donner suite de façon positive. Ce qui fait de l'article 165(4) C.p.c., dans sa forme actuelle, un moyen de défense plutôt limité en contexte de SLAPP, du moment qu'il y a apparence de droit, ce qui est souvent le cas, on l'a dit, en matière de poursuite en diffamation.

Les articles 75.1 C.p.c. et 165(4) C.p.c., tels qu'ils sont actuellement interprétés, sont d'usage très limité si l'objectif est de contrer, dès le début des procédures, les tentatives de SLAPP. Il conviendrait que les tribunaux puissent recourir à une autre norme de référence pour justifier l'interruption de telles procédures, même dans les cas où les procédures initiées, sans être frivoles et lors même qu'elles semblent appuyées sur une base factuelle (75.1 C.p.c.) ou juridique (165(4) C.p.c.), sont néanmoins abusives dans la mesure où elles viennent détourner l'institution judiciaire de sa finalité.

6.3.4 Comparaison avec le jugement sommaire

Par ailleurs, les procédures initiées par voie de requête soumise en vertu des articles 75.1 C.p.c. ou 165(4) C.p.c. présentent toutes deux les mêmes difficultés : 1) elles supposent la présence de faiblesses majeures dans les procédures introduites par les initiateurs (ou les défendeurs) d'une poursuite, soit à la face même du dossier (165(4) C.p.c.), soit à la suite d'un interrogatoire (75.1 C.p.c.); 2) elles font, en pratique, reposer le fardeau de la preuve sur la partie la plus susceptible d'y recourir, alors qu'elle est potentiellement victime d'une procédure abusive; 3) elles sont souvent rejetées du fait de la propension des tribunaux à protéger les droits judiciaires de la partie visée et à éviter le rejet arbitraire ou prématuré de recours dont le fondement juridique n'est pas absurde; 4) elles ne peuvent pas toujours être entendues dans des délais rapides, de sorte que (en matière de *poursuites-bâillons* notamment) elles ne satisfont pas les impératifs concrets du débat public.

Pour résoudre ces difficultés, certaines provinces de *common law* — comme l'Ontario — ont établi une procédure qui, sous plusieurs aspects, se situe à mi-chemin entre l'audition complète de l'affaire et l'étude jugée trop expéditive du dossier. Il s'agit de la procédure pour *jugement sommaire*, prévue à l'article 20 des *Rules of Civil Procedure* et établie en vertu du *Courts of Justice Act* (R.R.O. 1990, Reg. 194). Elle permet à la fois une prise de décision rapide dans le dossier et l'évaluation sommaire de la preuve que la demande repose sur la base de déclarations sous serment (affidavits) et de mémoires déposés à la cour. L'annexe 2 du présent rapport reproduit en entier ce règlement particulier. Les principales dispositions du règlement prévoient :

Règle 20 Jugement sommaire [extrait]

Applicabilité

Au demandeur

¹⁵³ REID et CARRIER (note 141), p. 458.

20.01 (1) *Le demandeur peut, après que le défendeur a remis une défense ou signifié un avis de motion, demander, par voie de motion, appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, un jugement sommaire sur la totalité ou une partie de la demande formulée dans la déclaration. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.01 (1).*

[...]

Au défendeur

(3) *Le défendeur peut, après avoir remis une défense, demander, par voie de motion appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, un jugement sommaire rejetant en totalité ou en partie la demande formulée dans la déclaration. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.01 (3).*

[...]

Mémoires requis

20.03 (1) *Dans le cas d'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire, chaque partie signifie aux autres parties à la motion un mémoire comprenant une argumentation concise exposant les faits et les règles de droit qu'elle invoque. Règl. de l'Ont. 14/04, art. 14.*

[...]

Décision sur la motion

Dispositions générales

[...]

(2) *Le tribunal rend un jugement sommaire si, selon le cas :*

- a) *il est convaincu qu'une demande ou une défense ne soulève pas de question litigieuse;*
- b) *il est convaincu qu'il est approprié de rendre un jugement sommaire et les parties sont d'accord pour que tout ou partie de la demande soit décidé par jugement sommaire. Règl. de l'Ont. 284/01, art. 6.*

Si la seule question litigieuse est le montant de la demande

(3) *Le tribunal, s'il est convaincu que la seule question litigieuse porte sur le montant auquel l'auteur de la motion a droit, peut ordonner l'instruction de la question ou rendre un jugement et ordonner un renvoi afin de fixer le montant. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.04 (3).*

Si la seule question litigieuse est une question de droit

(4) *Le tribunal, s'il est convaincu que la seule question litigieuse porte sur une question de droit, peut trancher cette question et rendre un jugement en conséquence. Toutefois, si la motion est présentée à un protonotaire, elle est déferée à un juge pour audition. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.04 (4).*

[...]

Nécessité d'une instruction

Pouvoirs du tribunal

20.05 (1) *Si le jugement sommaire est refusé ou n'est accordé qu'en partie, le tribunal peut rendre une ordonnance dans laquelle il précise les faits pertinents qui ne sont pas en litige et les questions qui doivent être instruites. Il peut également ordonner que l'action soit instruite en étant :*

- a) *inscrite immédiatement, ou dans un délai déterminé, au rôle des causes devant être instruites par priorité;*
- b) *inscrite pour instruction suivant la voie normale ou dans un délai déterminé. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.05 (1).*

(2) *L'instruction est conduite en tenant pour acquis que les faits ainsi précisés sont réputés établis, à moins que le juge du procès n'ordonne autrement afin d'éviter une injustice. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.05 (2).*

Pouvoir d'imposer des conditions

(3) *Le tribunal, s'il ordonne l'instruction d'une action, en tout ou en partie, peut donner les directives ou imposer les conditions qu'il estime justes, et ordonner notamment :*

[...]

Condamnation aux dépens pour usage abusif de la règle

Rejet de la motion

20.06 (1) *Si la motion en vue d'obtenir un jugement sommaire est rejetée, le tribunal fixe les dépens de la motion que peut recouvrer la partie adverse sur une base d'indemnisation substantielle et ordonne à l'auteur de la motion de les payer sans délai, à moins que le tribunal ne soit convaincu que la motion était légitime malgré le rejet. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.06 (1); Règl. de l'Ont. 284/01, par. 7 (1).*

Partie de mauvaise foi

(2) *Si le tribunal constate qu'une partie à une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire a agi de mauvaise foi ou principalement dans l'intention de causer des retards, le tribunal peut fixer les dépens de la motion sur une base d'indemnisation substantielle et lui ordonner de les payer sans délai. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.06 (2). Règl. de l'Ont. 284/01, par. 7 (2).*

En contexte judiciaire québécois, on ne connaît pas de procédure équivalente. En soi, celle-ci ne vient pas régler l'ensemble des difficultés liées au « filtrage » des *poursuites-bâillons*, pas plus qu'elle ne vient décourager le recours au SLAPP. Elle offre cependant une solution à quatre problèmes indirectement associés au traitement judiciaire du SLAPP en contexte québécois : 1) elle permet un traitement accéléré des poursuites de type stratégique; 2) elle permet d'envisager une prise de décision fondée sur l'administration d'une preuve plus substantielle, et qui ne soit pas administrée au détriment des droits d'une partie de faire valoir son point de vue; 3) elle rétablit ainsi l'équilibre entre les deux parties, en évitant de faire porter tout le poids de la démonstration sur la partie défenderesse; 4) elle prévoit le remboursement des dépens en faveur de la partie dont le droit est finalement reconnu, et ces dépens risquent de mieux correspondre à ceux qui ont été engagés, ne serait-ce que parce qu'une décision de la cour survient plus rapidement dans le cours de la « trajectoire » judiciaire. Autre question essentielle à considérer ici : sans redonner complètement l'initiative de la procédure au juge chargé de l'instance, la procédure pour *jugement sommaire* consacre indirectement sa fonction dans l'administration de la cause, du fait du contexte même qu'elle crée. C'est une question dont on reparlera plus loin.

Il s'agit évidemment ici de solutions d'ordre procédural. Si elles répondent à des problèmes concrets, il n'est pas certain qu'elles soient complètement transposables en contexte judiciaire québécois. Leur importation potentielle suppose que l'on explore au moins deux solutions : 1) l'introduction dans le code d'une procédure équivalente à celle du *jugement sommaire* (solution qui risque de modifier considérablement l'économie générale du Code de procédure civile); 2) l'adoption de modifications plus accessoires, susceptibles de conduire au même résultat en tenant compte davantage des orientations actuelles du code.

Même dans ce cas, plusieurs problèmes restent en suspens : 1) l'établissement d'un fondement normatif (d'une définition et d'une qualification) susceptible de faciliter le rejet d'une poursuite entreprise pour des raisons stratégiques; 2) le rééquilibre du fardeau de la preuve, qui incombe actuellement aux victimes de SLAPP; 3) l'attribution de ressources financières ou professionnelles concrètes en faveur des cibles de SLAPP; et 4) l'imposition de pénalités diverses susceptibles de limiter la tentation des *slappers* de recourir à répétition aux *poursuites-bâillons*. Ces questions, et leur solution, sont directement abordées au chapitre 7 de ce rapport.

6.4 Autorité du juge et initiative dans l'administration de la justice

L'interprétation généralement donnée aux dispositions susceptibles de jouer un rôle dans le traitement judiciaire des *poursuites-bâillons* met paradoxalement en évidence le peu d'autorité dont semblent disposer les juges dans la gestion de poursuites qui viennent pourtant remettre en cause l'intégrité même de l'institution judiciaire. Cet état de fait semble opposé aux orientations générales définies lors de la récente révision du Code de procédure civile. Les membres du Comité de révision affirmaient, en 2002, la nécessité d'une intervention accrue des juges en cours d'instance :

Parallèlement à l'importance de responsabiliser les parties à l'instance, il importe d'encadrer le déroulement de celle-ci pour faire en sorte que la justice soit rendue dans des délais et à des coûts raisonnables. Aussi, même si le système de justice actuel a fait ses preuves, une intervention accrue et plus hâtive du juge peut comporter des

*avantages. Le Comité considère donc opportun d'introduire dans un nouveau code des mesures qui permettent **une plus grande intervention du juge dans la gestion de l'instance**. Une telle intervention devrait entraîner une réduction des délais de production des actes de procédure, permettre de circonscrire, plus tôt dans l'instance, les prétentions des parties et favoriser une meilleure gestion des instances. Les tribunaux assurent un service public essentiel en vertu duquel ils doivent voir au bon déroulement de l'instance, de façon telle que les mesures dilatoires ou les abus ne puissent trouver place dans le système de justice civile.*¹⁵⁴

Le rapport du Comité de révision se réfère évidemment en premier lieu aux articles 4.1 et 4.2 C.p.c., qui touchent respectivement la bonne foi dans la conduite des procédures et la proportionnalité des coûts et des délais en fonction des finalités de la cause. L'idée d'une intervention plus directive du juge y est reconnue, encore que les parties restent maîtres de leur dossier. En matière de gestion de l'instance, le juge n'intervient ainsi en vertu de 4.1 C.p.c. que lorsque les parties ne parviennent pas elles-mêmes à établir une entente sur son déroulement et, en vertu de 4.2, lorsque la disproportion entre les actes de procédure choisis et la nature du litige est telle qu'elle vient desservir l'activité, sinon la fonction judiciaire. On semble avoir tenté d'établir ici un nouvel équilibre entre l'autonomie des parties et l'autorité du juge appelé à présider l'instance.

Sur le plan des principes juridiques, le pouvoir reconnu au juge va cependant bien au-delà de ces références spécifiques. L'article 46 du C.p.c. reconnaît notamment le caractère étendu de son autorité :

*46. Les tribunaux et les juges ont tous les **pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence**.*

*Ils peuvent, en tout temps et en toutes matières, tant en première instance qu'en appel, prononcer des ordonnances de sauvegarde des droits des parties, pour le temps et aux conditions qu'ils déterminent. De plus, ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et **rendre toutes ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique**.*

Il s'agit d'une disposition supplétive très ancienne, réaffirmée périodiquement. Dès 1966, elle est inscrite au Code de procédure civile, qui vient encadrer son exercice. Elle reconnaît aux juges le pouvoir inhérent à l'exercice de leur compétence. Ce pouvoir a d'abord été attribué aux juges de la Cour supérieure, puis la jurisprudence en a étendu en partie l'exercice aux juges des autres tribunaux de première instance¹⁵⁵. Il s'exerce notamment en matière d'abus de procédure. Il justifie, entre autres, le droit des juges d'intervenir contre les plaideurs quérulents et dans les cas de procédures vexatoires, et sert de fondement aux articles 84 et suivants des Règlements de procédure civile de la Cour supérieure (R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8).

¹⁵⁴ Québec, *La révision du Code de procédure civile – Une nouvelle culture juridique Rapport du Comité de Révision de la procédure civile*, Québec, juillet 2001, p. 32-33.

¹⁵⁵ Québec (*Procureure générale*) c. *Barreau de Montréal*, A.E./P.C. 2001-1088 (C.A.).

Compte tenu des orientations privilégiées lors de la dernière révision du Code en faveur d'un plus grand encadrement de l'instance, il nous semble que, malgré les limites que lui impose la jurisprudence antérieure¹⁵⁶, l'article 46 C.p.c. pourrait être interprété plus largement. Il vient du moins réaffirmer le pouvoir dont dispose le juge dans l'administration de l'instance, notamment dans le cas où se trouve compromise la finalité même de l'institution judiciaire. **Or, c'est particulièrement le cas lorsque le recours aux tribunaux constitue une forme d'« instrumentalisation » politique de l'institution (ce qui n'est en soi ni illégitime, ni illégal).** Mais la réaffirmation du pouvoir du juge apparaît plus nécessaire encore lorsque cette « instrumentalisation » en vient à constituer une forme de *détournement de l'institution*. Plus spécifiquement, le code accorde au juge l'équivalent d'un pouvoir résiduaire qui lui reconnaît le droit de « rendre toutes ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique ». Cette disposition offre aux parties victimes de SLAPP une « avenue » potentielle. Abordée abstraitement, elle reconnaît au juge la possibilité d'une intervention préventive en contexte de *poursuite-bâillon*. Il semble aussi approprié de faire en sorte que cette intervention puisse s'appuyer sur une norme de référence plus claire que celle que prévoit actuellement le Code de procédure civile aux articles 4.1, 4.2, 75.1, 75.2 et 165(4). Cette nécessité détermine une partie des solutions envisagées au problème du SLAPP, solutions qui sont explorées au chapitre 7 de ce rapport.

6.5 Les dommages-intérêts et la fonction dissuasive des mesures anti-SLAPP

L'expérience américaine du SLAPP est largement fondée sur la nécessité d'imposer aux initiateurs de *poursuites-bâillons* des contraintes financières telles qu'elles constituent un facteur dissuasif. Celles-ci peuvent prendre de multiples formes : le remboursement des dépens (c'est-à-dire des frais judiciaires), le remboursement des dommages sous forme de frais extrajudiciaires, le paiement de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, de façon plus accessoire, le paiement de provisions pour frais.

6.5.1 Le remboursement des dépens

Si les mesures anti-SLAPP doivent être définies en fonction de leur caractère dissuasif, elles le seront d'abord en favorisant le remboursement des frais judiciaires, c'est-à-dire des dépens. Il s'agit d'une règle déjà établie au Code de procédure civile que la partie qui succombe dans le cadre d'une poursuite doit assumer le coût des dépens. Comme le prévoit l'article 477 C.p.c. :

477. La partie qui succombe supporte les dépens, frais du sténographe compris, à moins que, par décision motivée, le tribunal ne les mitige, ne les compense ou n'en ordonne autrement.

Le tribunal peut également, par décision motivée, mitiger les dépens relatifs aux expertises faites à l'initiative des parties, notamment lorsqu'il estime que l'expertise était inutile, que les frais sont déraisonnables ou qu'un seul expert aurait suffi.

¹⁵⁶ *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2558-0702 Québec inc.*, A.E./P.C. 2001-924 (C.S.C.). Lire également, sur le contexte québécois encadrant l'exercice du droit procédural : J.-M. BRISSON, « La procédure civile au Québec avant la codification : un droit mixte, faute de mieux », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte* (1989), 93, p.93-95.

Dans le cas d'une action personnelle et sous réserve de l'article 988, la somme des frais de poursuite, à l'exclusion des frais d'exécution, que le défendeur condamné peut être appelé à payer ne doit pas excéder le montant de la condamnation, si celui-ci n'est pas supérieur au montant prévu au paragraphe a de l'article 953, à moins que, par décision motivée, le tribunal n'en ait ordonné autrement.

Ces dépens, souligne Belleau :

[...] couvrent notamment les montants qui ont été payés pour produire au greffe du tribunal certains actes de procédure, par exemple la requête introductive d'instance du demandeur et la comparution du défendeur, pour faire signifier des actes et documents par huissier de justice, pour indemniser les personnes assignées à témoigner, y compris les témoins experts pour la préparation de leurs rapports (art. 477) et, le cas échéant, pour défrayer les coûts de la sténographie ou de l'enregistrement mécanique des débats lors de l'instruction (art. 324, 326 et 477m al. 1). Ils n'incluent toutefois pas les déboursés extrajudiciaires, comme les frais de déplacement, de photocopies et de téléphone engagés par le procureur.¹⁵⁷

Par comparaison, indiquons que, dans le contexte canadien, deux particularités viennent distinguer la situation juridique du Québec de celle des autres provinces :

1. Au Québec, les frais judiciaires ne représentent pas le coût véritable du litige. Ces dépens représentent ce que la partie perdante doit rembourser à la partie gagnante, et sont établis en vertu du *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*. S'ils ne correspondent pas aux coûts réels associés à une poursuite ou à une défense judiciaire, c'est essentiellement parce que le *Tarif* n'a pas été sérieusement réajusté depuis de longues années. Un rapport récent du Barreau de Montréal précise que, pour l'essentiel, ces tarifs n'ont pas été réajustés depuis 1920¹⁵⁸. Par conséquent, les dépens imposés à la partie perdante n'incluent pas les *honoraires et les déboursés extrajudiciaires* qui sont souvent, et de loin, les débours les plus élevés du litige¹⁵⁹. Ces coûts comprennent en effet, au-delà de ce qui est prévu au *Tarif*, les honoraires et les débours effectivement exigés par les procureurs des parties. L'ordonnance qui octroie les dépens au gagnant n'est donc pas susceptible de dissuader les demandeurs stratégiques. Il s'agit d'un problème qui dépasse largement la question des *poursuites-bâillons*, mais qui pourrait

¹⁵⁷ Charles BELLEAU, « Les règles générales de la procédure civile québécoise et le déroulement de la demande en justice en première instance », dans *Preuve et procédure*, Collection de droit 2006-2007, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 99.

¹⁵⁸ Comité *ad hoc* sur les frais du Barreau de Montréal, *Les modifications requises aux régimes de l'attribution des coûts de litiges, des dommages exemplaires, de l'incitation aux règlements raisonnables et expéditifs, et de financement des litiges*, Montréal, déposé le 7 mai 2004 et corrigé le 2 septembre 2004, 329 pages.

¹⁵⁹ Sur cette question, REID et CARRIER (note 141), soulignent : « Par ailleurs, dans l'état actuel des choses le *Tarif des honoraires judiciaires des avocats* (R.R.Q., 1981, c. B-1; r. 13) n'est pas porteur de solutions valables pour la réparation de préjudice collatéral bien réel que génère tout recours à l'appareil judiciaire. C'est là la véritable source du problème que bien des plaideurs tentent de résoudre en faisant appel erronément au régime de responsabilité civile, lequel, sauf exception n'est pas apte à jouer ce rôle ».

être aisément corrigé. Le rapport produit par le Barreau de Montréal sur les frais judiciaires et extrajudiciaires est également éloquent sur cette question¹⁶⁰.

2. Le Code de procédure civile ne comporte pas de mécanismes qui permettent vraiment de lier les frais au caractère vexatoire de la procédure d'une autre partie, contrairement à ce qui peut être observé en Ontario. Par exemple, l'octroi de dépens sur une base indemnitaire plus complète est possible en Ontario lorsque la poursuite s'avère frivole ou abusive. Par ailleurs, dans cette province, le juge peut imposer à la partie qui refuse une offre qui s'avère équivalente ou plus généreuse que le montant inscrit dans le jugement éventuellement rendu, de payer les frais engagés à la suite de son refus déraisonnable, peu importe qu'elle ait eu ou non gain de cause¹⁶¹. Au Québec, sauf en ce qui a trait à la possibilité de mitiger les frais relatifs aux interrogatoires et expertises visés à l'article 477 C.p.c., le juge ne dispose pas d'une latitude équivalente, exception faite des conditions établies à l'article 75.2 C.p.c., qui prévoit un mécanisme analogue, mais dans le cadre très étroit de l'article 75.1 C.p.c.

Il découle de ce qui précède que le remboursement des frais et honoraires extrajudiciaires ne peut être imposé à la partie perdante que dans des cas exceptionnels, notamment en cas d'abus du droit d'ester en justice (4.1 et 4.2 C.p.c.) et de procédures frivoles ou non-fondées (75.1 et 75.2 C.p.c.).

6.5.2 Le remboursement des frais extrajudiciaires

Les dépens dont le paiement est imposé à la partie perdante ne représentent, comme on l'a vu, qu'une très faible partie des coûts associés à une action judiciaire, et ne couvrent pas l'essentiel des honoraires et déboursés professionnels liés à une poursuite judiciaire. Ces frais extrajudiciaires peuvent en tout ou en partie être recouverts par les victimes de SLAPP dans les cas particuliers d'abus du droit d'ester en justice établis en vertu des articles 1457 C.c.Q. et des articles 4.1 et 4.2 C.p.c., selon l'interprétation qui en a été faite dans l'arrêt *Viel*¹⁶². Ce remboursement ne peut cependant être exigé que dans le cadre d'un recours en responsabilité civile distinct et, par conséquent, généralement après la conclusion de la poursuite principale¹⁶³, et à l'issue d'une décision mettant en évidence l'abus du droit d'ester en justice de la part des initiateurs d'une *poursuite-bâillon*¹⁶⁴. Il s'ensuit que loin de diminuer les risques de recours abusifs aux tribunaux (leur « instrumentalisation » sinon leur détournement aux fins d'un débat d'ordre politique), cette solution tend au contraire à favoriser encore davantage ces recours.

¹⁶⁰ Comité *ad hoc* sur les frais du Barreau de Montréal, *op. cit.*

¹⁶¹ Règle 49 des *Rules of Civil Procedure*, établie en vertu du *Courts of Justice Act* (R.R.O. 1990, Reg. 194).

¹⁶² *Viel c. Entreprises immobilières du Terroir ltée*, A.E./P.C. 2002-1862 (C.A.).

¹⁶³ REID et CARRIER (note 141), p. 20.

¹⁶⁴ Il faut noter par ailleurs que cette nouvelle poursuite en responsabilité ne peut être fondée sur les motifs d'un jugement reprochant à une partie d'avoir abusé du processus judiciaire, cette constatation n'ayant pas l'autorité de la chose jugée. *Lawyer Title Insurance Corp. c. Michalakopoulos*, REJB 2004-71628 (C.S.). Consulter aussi : *Victor Parent inc. c. Compagnie Fondation du Canada Ltée*, (1996) R.R.A. 738 (C.S.), cité par REID et CARRIER (note 139), p. 23.

Le remboursement des frais extrajudiciaires sous forme de dommages-intérêts peut également être exigé par les victimes de poursuites jugées frivoles ou manifestement mal fondées (art. 75.1 C.p.c.). C'est ce que prévoit l'article 75.2 C.p.c. :

75.2. Lorsqu'il rejette, dans le cadre de l'article 75.1, une action ou une procédure frivole ou manifestement mal fondée, le tribunal peut, sur demande, la déclarer abusive ou dilatoire. Il peut alors condamner la partie déboutée à payer des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par une autre partie si le montant en est établi.

Lorsque le montant n'est pas établi au moment du jugement ou lorsqu'il excède la limite de compétence du tribunal, ce dernier peut réserver, dans le délai et aux conditions qu'il détermine, le droit de s'adresser par requête au tribunal compétent pour réclamer le montant des dommages-intérêts. Cette requête fait partie du dossier initial.

Il est important de connaître le seuil à partir duquel une procédure frivole ou non-fondée peut être considérée comme abusive et dilatoire. La jurisprudence n'établit pas très clairement ces distinctions. La doctrine rapporte au contraire des décisions fondées sur l'idée qu'une procédure frivole ou manifestement mal fondée est forcément « abusive et dilatoire », ce qui tend à réduire la portée d'une distinction qui aurait pu, autrement, être d'une grande utilité, ne serait-ce que par les liens qu'elle aurait permis d'établir entre les articles 75.2 et 75.1 C.p.c.¹⁶⁵. Les dommages-intérêts dont il est question ici couvrent essentiellement les coûts liés à la préparation d'une défense contre les prétentions non-fondées ou frivoles d'une action judiciaire. L'appréciation des dommages-intérêts est fonction : 1) de la nature et de la complexité de la procédure engagée; 2) des montants en litiges; 3) du lien de cause à effet entre la procédure frivole et les dommages causés en l'espèce et 4) du temps consacré par les avocats pour obtenir justice¹⁶⁶. Il ne s'agit donc pas de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires¹⁶⁷.

La reconnaissance du droit à des dommages-intérêts telle qu'elle est prévue à l'article 75.2 C.p.c. est directement tributaire du jugement rendu en vertu de l'article 75.1 C.p.c. Le recouvrement du montant des dommages-intérêts n'exige donc pas l'introduction d'une nouvelle action judiciaire, puisque leur paiement peut être imposé dans le cadre des conclusions de la requête. Si un tel recouvrement nécessitait que soit entreprise une action judiciaire spécifique, notamment pour des raisons de compétence juridictionnelle (comme prévu au second alinéa de l'article 75.2 C.p.c.), la qualification de telles procédures comme « frivoles » ou « non-fondées » serait admise en tant que chose jugée. Sur le plan de la dissuasion, le droit à des dommages-intérêts est vraisemblablement un remède approprié au SLAPP. Cet avantage relatif ne permet cependant pas de contourner les difficultés inhérentes à la mise en application de l'article 75.1 C.p.c., compte tenu de ce qu'une requête soumise en vertu de cette disposition prive potentiellement l'une des parties de son droit de faire valoir sa preuve et ses prétentions. Cette situation explique les réticences de la Cour à la recevoir positivement. Il s'agit d'une question dont il a déjà été traité (voir la section 6.3.2.2). Contrairement à ce qui est prévu aux dispositions établies par le Code de procédure civile en matière de procédures frivoles ou non-

¹⁶⁵ *Mighty Mac Canada c. Mode D.J. inc.* A.E./P.C. 2000-275 (C.Q.).

¹⁶⁶ REID et CARRIER (note 141), p. 333.

¹⁶⁷ *Brique & Pierre du Bas St-Laurent inc. c. Garantie, Compagnie d'assurance de l'Amérique (La)* A.J.Q/P.C.179-14 (C.A.).

fondées (articles 75.1 et 75.2 C.p.c.), l'article 165(4) C.p.c. qui établit le principe de l'irrecevabilité des actions judiciaires non fondées en droit ne fait pas directement référence au paiement de dommages-intérêts. Les articles 75.1 et 165(4) C.p.c. étant souvent invoqués conjointement, c'est plutôt en vertu de la première de ces dispositions que le remboursement de frais extrajudiciaires peut être envisagé.

6.5.3 L'imposition de dommages-intérêts punitifs

En matière de SLAPP, de nombreux auteurs associent l'efficacité des mesures anti-SLAPP à l'imposition de dommages-intérêts punitifs en raison de leur caractère d'exemplarité. On reconnaît du moins l'efficacité de ces mesures, du fait de leur caractère dissuasif. Au Québec, il s'agit cependant de dommages-intérêts exceptionnels, rarement attribués dans le cadre de la jurisprudence établie en matière civile (1621 C.c.Q.). Dans le cadre d'un récent rapport du Barreau de Montréal sur la question, les auteurs dénombrent une quinzaine de législations prévoyant l'imposition de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires, et mettent en lumière le caractère non systématique de ces dispositions¹⁶⁸. Il s'agit d'ailleurs d'une situation déjà mise en évidence dans l'affaire *Whiten*¹⁶⁹. En ce qui a trait à la protection du droit de participer au débat public, les dispositions les plus précises sont établies par la Charte des droits et libertés de la personne. Celle-ci prévoit la réparation des préjudices liés à l'atteinte à un droit établi par la Charte :

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

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

Dans le contexte du SLAPP, la question est de savoir si une telle disposition peut conduire à l'imposition de dommages-intérêts punitifs aux initiateurs de *poursuites-bâillons*, dommages – intérêts qui seraient susceptibles de servir de facteur dissuasif. C'est essentiellement à des fins d'exemplarité et de dissuasion qu'est établie cette disposition de la Charte. Dans le cas particulier du SLAPP, la démonstration devrait être faite de la volonté illicite et intentionnelle des initiateurs d'une *poursuite-bâillon* de limiter l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'opinion des citoyens ou des groupes visés par une procédure judiciaire. Il s'ensuit que de tels dommages-intérêts ne peuvent être que très exceptionnellement accordés.

A priori, cette orientation peut clairement être envisagée, encore que la portée de cette disposition soit très large et ait surtout servi à sanctionner des déclarations visant à compromettre la dignité, l'honneur ou la réputation — protégés par l'article 4 de la Charte — de certains citoyens. Il ne s'agit donc pas en soi d'une disposition anti-SLAPP, encore que ces mesures puissent potentiellement venir sanctionner les initiateurs de *poursuites judiciaires*, dont les objectifs sont clairement de contrecarrer l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'opinion. La jurisprudence en cette matière révèle cependant que l'attribution de tels dommages-intérêts fait l'objet de contraintes juridiques importantes, et qu'ils ne sont accordés

¹⁶⁸ Comité *ad hoc* sur les frais du Barreau de Montréal (note 158), p. 176 ss.

¹⁶⁹ *Whiten c. Pilot Insurance* [2002] 1 R.C.S. 595.

qu'à titre exceptionnel. C'est également vrai de l'application de la plupart des législations particulières qui prévoient la possibilité que des dommages-intérêts punitifs soient imposés. **Cela étant, il nous apparaît néanmoins possible, dans les limites actuelles du droit, que le versement de tels dommages-intérêts punitifs soit exigé des initiateurs de *poursuites-bâillons* en faveur des victimes de SLAPP, en vertu de l'article 49 de la Charte des droits et libertés de la personne tel qu'il est actuellement libellé.**

6.6 Le SLAPP comme problème général d'accès à la justice

Dans plusieurs des États considérés, notamment en Europe et dans les autres provinces canadiennes, le recours aux *poursuites-bâillons* a été abordé comme l'expression d'un problème d'accès à la justice. C'est notamment le cas lorsque le recours aux tribunaux met en opposition des agents dont les moyens sont disproportionnés, par exemple dans tous les litiges opposant une grande société commerciale à un petit groupe de citoyens. C'est du moins l'exemple qui sert le plus généralement de modèle de référence en matière de SLAPP. Le problème se pose également dans les litiges impliquant des débours tels qu'ils viennent pratiquement empêcher la poursuite des activités publiques d'un groupe ou d'un individu dont la totalité des ressources se trouve épuisée par l'action judiciaire dont ils sont l'objet¹⁷⁰.

Il s'agit d'une dimension souvent mise en évidence dans le phénomène du SLAPP. Elle est directement associée au problème plus général de l'accès à la justice, qui a donné lieu à l'examen de différentes solutions, notamment 1) l'imposition de provisions pour frais, 2) l'extension des services d'aide juridique aux organisations non gouvernementales et, plus spécifiquement, aux victimes de SLAPP, 3) l'établissement d'une assurance publique en faveur des groupes engagés dans le débat public et 4) la constitution d'un fonds spécial destiné à financer la défense des victimes potentielles de SLAPP.

6.6.1 La provision pour frais

Certaines des législations adoptées aux États-Unis en matière de SLAPP prévoient le versement de provisions pour frais à l'avantage de la partie défenderesse. C'est une idée également reprise dans les textes canadiens traitant des mesures à prendre pour contrer les *poursuites-bâillons*. Le principe des provisions pour frais réside dans l'imposition par la cour d'une somme payée par la partie adverse au bénéfice de la partie la plus vulnérable sur le plan financier, de manière à lui permettre de préparer une défense valable. Cette discrétion est rattachée au pouvoir inhérent reconnu à la cour. Au Québec, l'exercice de ce pouvoir est encadré par les dispositions de l'article 46 C.p.c. L'objectif poursuivi par la cour est de voir couvrir, en tout ou en partie, les dépens associés à une telle action en justice. Pour des raisons évidentes, de telles provisions sont particulièrement nécessaires en tout début d'instance. En matière civile, on sait qu'à l'issue d'une action en justice, la cour impose généralement à la partie qui succombe l'obligation de payer les dépens de la partie gagnante. Cette règle générale comporte un certain nombre d'exceptions, notamment lorsque les enjeux en cause sont importants, de manière à éviter de décourager certains justiciables moins fortunés de soumettre à l'examen des tribunaux certaines grandes questions d'intérêt public. Ainsi, l'obligation faite à l'autre partie de verser de telles

¹⁷⁰ On sait que, dans le domaine de l'entreprise notamment, le recours aux poursuites judiciaires peut s'inscrire dans une stratégie plus large visant à priver un concurrent ou un co-contractant de ses moyens ou de ses disponibilités financières.

provisions pour frais ne laisse pas présumer des conclusions à venir de l'instance. Comme le souligne le juge Lebel dans l'arrêt Okanagan :

39. [...] *Comme l'illustre l'affaire B. (R.), il est possible (bien qu'encore inhabituel) que les dépens soient accordés à la partie perdante si le tribunal estime que cela est nécessaire pour ne pas dissuader les citoyens ordinaires de soumettre d'importants arguments constitutionnels à l'examen des tribunaux. Les préoccupations concernant le danger de préjuger des questions en litige sont par conséquent atténuées dans ce contexte, car, même s'ils sont adjugés à la fin de l'instance, les dépens ne refléteront pas nécessairement le résultat quant au fond. Un autre facteur dont on doit tenir compte est la mesure dans laquelle les questions soulevées revêtent une importance pour le public, et l'intérêt qu'a celui-ci à ce que ces questions soient tranchées en justice.*¹⁷¹

L'arrêt Okanagan est cependant venu « baliser » de façon très serrée l'exercice de cette discrétion. Comme l'indique le juge Lebel :

40 *Compte tenu de ces considérations, je résumerais ainsi les conditions qui doivent être réunies pour que l'octroi de provisions pour frais dans ce genre de cause soit justifié :*

1. *La partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalismement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance.*

2. *La demande vaut prima facie d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu'il n'en a pas les moyens financiers.*

3. *Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées.*¹⁷²

Au Québec, en situation de SLAPP, deux contraintes viennent limiter l'intérêt de recourir aux provisions pour frais en tant que mécanisme destiné à rétablir l'équilibre entre les parties et à favoriser l'accès à la justice. La première tient à la difficulté de répondre aux critères de leur attribution, du moins tels qu'ils ont été établis par la Cour suprême. La seconde, plus spécifique au contexte juridique québécois, est liée au gel du *Tarif des honoraires judiciaires des avocats* depuis de très longues années, situation qui fait que les dépens dont il est question ici ne représentent somme toute qu'une très faible proportion des débours réellement associés à la préparation d'une défense. Il s'agit d'un problème général dont il a déjà été question, et qui explique la distinction faite au Québec entre frais « judiciaires » et frais « extrajudiciaires » (voir la section 6.5.1.).

C'est à cette limitation que réfère le juge Dalphond dans l'arrêt *Hétu* :

¹⁷¹ *Colombie-Britannique (ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71

¹⁷² *Ibid.*

[41] *Au Québec, tel qu'indiqué précédemment, aux termes de l'art. 477 C.p.c, les tribunaux ont pleine compétence pour statuer sur l'octroi des dépens. Aucune disposition du Code de procédure ou d'une autre loi n'exclut le pouvoir implicite y rattaché d'attribution de frais préalables. Bien au contraire, l'art. 46 C.p.c., me semble permettre une telle compétence subsidiaire à celle sur les dépens. Par ailleurs, l'utilité d'une demande de frais préalable en pareil cas n'est cependant pas évidente vue la modicité des montants prévus au Tarif, hormis les cas où les art. 15 et 42 s'appliquent.*¹⁷³

L'arrêt *Héту* permet cependant d'envisager une nouvelle orientation en la matière en reconnaissant que l'article 46, tel que défini à la suite de la récente révision du Code de procédure civile, autorise la Cour, à certaines conditions, à ordonner le versement de telles provisions :

[56] *Dans le cas d'un abus de procédure, les honoraires extrajudiciaires peuvent être recouverts à titre d'indemnité pour le préjudice causé par la faute, mais non à titre de dépens. Les principes énoncés dans l'arrêt Okanagan, précité, en matière d'octroi de provisions pour frais, ne sont alors pas applicables, du moins pas directement.*

[57] *Je suis cependant d'avis que l'octroi d'une provision pour frais, correspondant à une partie des honoraires extrajudiciaires raisonnables anticipés, demeure possible en vertu de l'art. 46 C.p.c. si la partie qui la sollicite établit qu'elle est si dépourvue de ressources qu'elle serait incapable, sans cette ordonnance, de faire entendre sa cause (état d'impécuniosité) et que la procédure de l'autre partie apparaît prima facie abusive. En d'autres mots, qu'il existe des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que « la sauvegarde de ses droits » justifie l'exercice du large pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 46 C.p.c., tel qu'en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003.*¹⁷⁴

Ainsi, dans la mesure où une procédure est considérée comme potentiellement abusive à sa face même, des provisions pour frais pourraient néanmoins être imposées à la partie responsable de la poursuite en faveur de la partie défenderesse, dans la mesure où celle-ci se trouve dans une situation économique telle qu'elle serait autrement dans l'impossibilité de faire valoir une défense valable. Il apparaît qu'il s'agit là d'une orientation qui favorise le versement de provisions pour frais en contexte de *poursuites-bâillons*, dans la mesure où celles-ci peuvent être définies comme des procédures abusives. Cette possibilité répond à la définition plus large que donne la Cour d'appel du Québec des pouvoirs établis à l'article 46 C.p.c.

6.6.2 L'aide juridique

En matière d'accès à la justice, le recours à l'aide juridique constitue une « référence emblématique ». Il est cependant généralement reconnu que les conditions d'admissibilité

¹⁷³ *Héту c. Notre-Dame de Lourdes (Municipalité de)*, 2005 QCCA 199 (IIJCan); [2005] R.J.Q. 443. Indiquons pour mémoire que l'article 15 du Tarif se réfère à la possibilité d'un honoraire spécial, dans le cas de causes importantes. Lire à ce propos Comité des citoyens de la *Presqu'île Lanaudière c. Québec* (Procureur général), 2007, QCCS 478 (IIJCAN).

¹⁷⁴ *Ibid.*

imposées par la réglementation de l'aide juridique sont telles, qu'elles rendent pratiquement illusoire le droit de la vaste majorité des justiciables d'y recourir.

L'article 4 de la Loi sur l'aide juridique (L.R.Q., c. A-14) établit les normes en matière d'accès gratuit aux services juridiques:

4.1. Est financièrement admissible à l'aide juridique gratuite toute personne qui démontre que ses revenus, ses liquidités et ses autres actifs, tels que déterminés par les règlements et, selon ce que prévoient les règlements, ceux de sa famille n'excèdent pas les niveau et valeur d'admissibilité financière gratuite déterminés par règlement.

Est réputée financièrement admissible à l'aide juridique gratuite toute personne qui reçoit une prestation, autre qu'une prestation spéciale, en vertu d'un programme d'aide financière de dernier recours prévu à la Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale (1998, chapitre 36) ou qui est membre d'une famille qui reçoit une telle prestation.

La loi établit par ailleurs à l'article 1 que :

1. Dans la présente loi et les règlements, à moins que le contexte n'indique un sens différent, les expressions et mots suivants signifient :

- a) « bénéficiaire » : une personne qui reçoit l'aide juridique;*
- b) « personne » : une personne physique ainsi qu'un groupe de personnes ou une personne morale sans but lucratif dont les membres sont des personnes physiques financièrement admissibles à l'aide juridique;*

Il s'agit d'une disposition intéressante dans la mesure où elle vise à la fois les personnes physiques et « morales sans but lucratif ». La difficulté de tirer avantage de cette définition vient plutôt du règlement établi en vertu de la Loi (c. A-14, r.0.2), qui fixe aux articles 18 et suivants les tarifs d'admissibilité à l'aide juridique¹⁷⁵. Or, ces conditions déjà très restrictives apparaissent encore plus difficiles à remplir lorsqu'il s'agit d'un groupe :

21.1. Est financièrement admissible à l'aide juridique gratuite le requérant qui est un groupe de personnes ou une personne morale sans but lucratif si les revenus annuels de

¹⁷⁵ 18. Outre la personne réputée financièrement admissible à l'aide juridique gratuite en vertu du deuxième alinéa de l'article 4.1 de la Loi sur l'aide juridique, est financièrement admissible à l'aide juridique gratuite le requérant qui remplit les trois conditions suivantes :

- 1° ses revenus annuels, au sens de l'article 17, et ceux des autres personnes dont les revenus sont considérés en vertu du présent règlement n'excèdent pas, parmi les niveaux qui suivent, celui qui correspond à la catégorie qui lui est applicable :
- 2° la valeur de ses actifs, au sens de l'article 17, et de ceux des autres personnes dont les actifs sont considérés en vertu du présent règlement, à l'exception de leurs liquidités, n'excède pas:
 - a) 47 500 \$ si le requérant ou son conjoint n'est pas propriétaire de la résidence;
 - b) 90 000 \$ si le requérant ou son conjoint est propriétaire de la résidence;
- 3° ses liquidités et celles des autres personnes dont les liquidités sont considérées en vertu du présent règlement n'excèdent pas:
 - a) 2 500 \$, s'il s'agit d'une personne seule;
 - b) 5 000 \$, s'il s'agit d'une famille.

ce groupe ou de cette personne morale, au sens de l'article 9, n'excèdent pas le niveau établi à l'article 18 pour une personne seule, si la valeur de ses actifs, incluant ses biens et ses liquidités, n'excède pas 90 000 \$ et si au moins 50 % de ses membres sont financièrement admissibles à l'aide juridique gratuite.

21.2. Est financièrement admissible à l'aide juridique, moyennant le versement d'une contribution le groupe de personnes ou la personne morale sans but lucratif qui n'est pas financièrement admissible à l'aide juridique gratuite suivant l'article 21.1 si les 2 conditions suivantes sont remplies :

- 1° le groupe ou la personne morale remplit les conditions d'admissibilité à l'aide juridique gratuite suivant l'article 21.1 ou les conditions d'admissibilité à l'aide juridique moyennant le versement d'une contribution qui sont applicables à une personne seule suivant l'article 20;*
- 2° au moins 50 % de ses membres sont financièrement admissibles à l'aide juridique gratuite ou moyennant le versement d'une contribution.*

Il s'ensuit qu'à l'exception de groupes sans but lucratif formés uniquement de membres d'une grande *impécuniosité*, l'accès à l'aide juridique est impossible. Il s'agit cependant ici d'un constat généralisé qui fait, depuis de très longues années, l'objet de débats importants dans le milieu juridique québécois. La récurrence du problème tranche avec la presque unanimité des constats faits sur l'insuffisance du régime. Pour cette raison, le problème dépasse largement le cadre du présent rapport. Si, sur le plan des principes, le recours à l'aide juridique apparaît très clairement comme une solution possible en matière de SLAPP, les membres du comité ne peuvent cependant qu'ajouter leur voix à celle des intervenants qui ont depuis longtemps fait connaître les insuffisances du régime. En matière de *poursuites-bâillons*, d'autres voies doivent par conséquent être explorées.

6.6.3 L'établissement d'un régime collectif d'assurance

Dans la foulée de la couverture médiatique accordée au SLAPP, l'idée a été émise que le gouvernement du Québec garantisse « lui-même ou autrement, aux groupes écologistes et aux conseils régionaux de l'environnement (CRE), une couverture d'assurance en matière de responsabilité civile pour éviter ce qui arrive présentement à l'AQLPA »¹⁷⁶. Il s'agirait d'un régime d'assurance équivalent à celui qui assure actuellement la couverture des activités des fédérations sportives et de leurs sections régionales. Cette hypothèse nécessite à la fois une connaissance particulière du régime appliqué dans le domaine du sport et une appréciation de ses conséquences, notamment en ce qui a trait aux conditions d'accréditation des regroupements qui bénéficient d'une telle couverture.

Le régime d'assurance auquel on se réfère ici est un régime établi à la suite de négociations réalisées entre le Regroupement Loisir Québec (RLQ) et divers pourvoyeurs de services d'assurance, en vue d'établir un régime applicable aux administrateurs et aux dirigeants du RLQ et de ses organismes membres. En créant ce régime, le RLQ favorise l'établissement d'une entente unique à des coûts raisonnables qui, à l'intérieur de paramètres très précis et en

¹⁷⁶ Louis-Gilles FRANCOEUR, « Bécard prêt à étudier une loi contre les poursuites abusives », *Le Devoir* (19 septembre 2006), p. A2.

fonction d'un très grand nombre d'exclusions, permet l'établissement d'une couverture en matière d'assurance de responsabilité civile. Pour l'essentiel, le RLQ regroupe des organisations de loisir et des fédérations sportives. Son rôle est d'offrir à ses organisations membres des services administratifs, professionnels et techniques. Offrir des services d'assurance fait aujourd'hui partie de son mandat.

Historiquement, c'est le ministère des Affaires municipales, du Loisir et du Sport, alors responsable des activités de loisir et des activités sportives, qui avait mandaté le RLQ en vue de trouver une solution durable aux problèmes d'assurance responsabilité rencontrés par ses organismes membres municipaux, régionaux et nationaux. Les objectifs poursuivis dans le cadre de cette initiative étaient 1) de limiter les démarches spécifiques que chaque fédération ou organisme membre du RLQ aurait à faire pour se pourvoir de sa propre couverture en matière d'assurance responsabilité, 2) d'établir un standard actuariel particulier en matière de couverture générale des activités de ses membres et 3) de réduire de façon considérable le coût des primes associées à une telle couverture.

Le régime est offert à tous les administrateurs et dirigeants du RLQ et de ses organismes membres et adhérents. Il est financé à même les budgets généraux du RLQ et ne fait pas l'objet d'une entente financière avec le gouvernement du Québec ou d'un engagement spécifique de sa part. Il s'agit, par conséquent, d'un régime d'assurance privé et non d'un régime public ou d'un régime directement financé par l'État québécois. Les organismes membres du RLQ ne paient pas eux-mêmes de primes d'assurance spécifiques aux fins de cette couverture. Chaque organisme membre ou adhérent a la responsabilité d'identifier les dirigeants et administrateurs couverts par l'assurance. Deux polices d'assurance ont ainsi été négociées : la première couvre les organismes nationaux et régionaux, la seconde les organismes locaux.

Quant à la portée de la couverture, les documents du RLQ sont explicites :

Contrairement à une police d'assurance générale sur la responsabilité civile qui offre une protection contre les pertes découlant de dommages corporels ou matériels, l'assurance sur la responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants ne couvre que les pertes découlant « d'actes préjudiciables » imputés à un administrateur ou aux membres du conseil.¹⁷⁷

L'établissement de cette couverture générale est largement tributaire du fait que le *membership* particulier du RLQ est caractérisé par une certaine stabilité : les organisations visées « sont des "organismes reconnus" par des programmes, règles et normes du ministère des Affaires municipales, du Sport et du Loisir »¹⁷⁸. Comme l'indique également le RLQ : « Ces organismes possèdent des comités et autres entités gérés par eux-mêmes, tout autant qu'ils regroupent en leurs rangs, des instances soit régionales, soit locales et parfois même les deux en rapport avec la régie de leurs disciplines respectives »¹⁷⁹. On saisit par là que le régime d'assurance sans frais offert par le RLQ aux organisations de loisir et aux fédérations sportives est largement tributaire de leur régime d'accréditation. On se référera à ce propos au *Programme de financement des*

¹⁷⁷ Site du Regroupement Loisir Québec : http://www.loisirquebec.qc.ca/rubrique.php3?id_rubrique=18/

¹⁷⁸ *Idem.*

¹⁷⁹ *Idem.*

organismes nationaux de loisir socio-éducatif, touristique et de plein air 2004-2007 établi par le ministère des Affaires municipales, des Loisirs et des Sports pour cette période, et au *Programme de soutien aux fédérations sportives québécoises (PSFSQ) 2007-2010* de la Direction du sport et de l'activité physique du ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport¹⁸⁰. Ces régimes d'accréditation présentent un certain nombre de caractéristiques. Ils supposent, selon le cas, une certaine correspondance entre l'activité de ces organisations ou de ces fédérations et la politique du ministère dont elles relèvent, l'existence d'un régime de reconnaissance et d'accréditation spécifique, l'établissement d'ententes périodiques établissant des objectifs à rencontrer, le regroupement des fédérations dont les activités sont comparables, chaque fois que la chose est possible, la production d'un rapport annuel d'activités, etc. Dans le domaine particulier du sport, la reconnaissance d'une fédération suppose également une « affiliation à l'organisme canadien régissant la discipline, qui est lui-même affilié à l'organisme international reconnu par le Comité international olympique (CIO) ou le Comité international paralympique (CIP) ». En contrepartie, ces fédérations peuvent adhérer au RLQ et bénéficier des avantages liés au programme d'assurance négocié par le RLQ, ainsi que des subventions du ministère dont elles relèvent (actuellement le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport).

Il faut déterminer si un régime d'assurance équivalent à celui qui couvre actuellement les activités des administrateurs et dirigeants des fédérations sportives peut être transposé dans le domaine particulier de l'environnement, puisque c'est d'abord là que la question se pose. On saisit intuitivement ce qui oppose les deux secteurs d'activité. Pour l'essentiel, les fédérations de loisir et les fédérations sportives sont des organisations de services. Elles offrent des activités de formation ou des activités récréatives. Quant aux groupes environnementalistes, leur fonction sociale est surtout d'ordre politique, puisqu'elle vise la protection de l'environnement en tant que bien public et patrimoine partagé. Leur activité touche principalement la surveillance et le respect des normes environnementales, et l'établissement de normes mieux adaptées aux conséquences de l'activité humaine sur l'environnement naturel. Les fédérations sportives et le milieu environnementaliste se distinguent également par leur ancienneté et leur structuration. Alors que le milieu du sport amateur et du sport d'élite occupe un champ d'activité ancien, très structuré, très réglementé et très hiérarchisé, le milieu environnementaliste témoigne d'une histoire plus récente, marquée aujourd'hui encore par le foisonnement des organisations et le développement de nouvelles initiatives, de nouvelles structures et de nouvelles formes de mobilisation, qui témoignent de sa vitalité.

Ce dont il est rapidement question ici est de savoir si un système d'assurance équivalent à celui dont bénéficient les organismes nationaux de loisirs et les fédérations sportives est applicable dans le milieu des associations environnementales. Si tel était le cas, les membres du comité croient qu'un tel régime ne pourrait réalistement être mis en œuvre qu'au sein de la frange la plus organisée du mouvement environnemental. Le régime devrait donc viser en priorité le réseau des conseils régionaux de l'environnement avant de s'étendre — à certaines conditions précises et à beaucoup plus long terme — aux autres organismes du milieu. Le réseau de l'action environnementale trouve en effet un interlocuteur bien défini dans le Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCRE), qui est lié par protocole au ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs. Ce réseau présente une structure comparable à celle des fédérations sportives. Elle regroupe des entités

¹⁸⁰ <http://www5.mels.gouv.qc.ca/sportloisir/Publications/Sport/PSFSQ2007-2010.pdf> (dernière consultation, le 14 mars 2007)

régionales bien identifiées dont la mission concorde avec celle du Regroupement, bien que le *membership* de chaque conseil régional puisse varier en fonction des acteurs présents dans chaque région : OSBL, entreprises, institutions et membres individuels. L'établissement d'un régime équivalent à celui du RLQ nécessiterait la négociation centralisée d'une assurance collective à l'initiative du RNCRE. Cette assurance pourrait, à l'intérieur de certaines limites, protéger les activités des dirigeants et des administrateurs des CRE et du RNCRE, mais ne semble pas pouvoir immédiatement couvrir celles des membres de ces conseils, et plus difficilement encore celles de l'ensemble des porte-parole du milieu associatif engagés dans la question environnementale.

La mise en place d'une assurance offrant une couverture de cette ampleur exigerait en effet que soient réunies des conditions qui ne semblent pas l'être actuellement. Cette difficulté est essentiellement liée aux caractéristiques mêmes du mouvement environnemental, notamment à la structure souple de son *membership*. Une couverture systématique des activités des différents dirigeants et administrateurs du mouvement environnemental exigerait — par comparaison au milieu sportif et au milieu des loisirs — la constitution d'une organisation nationale très intégrée et dont l'activité et les structures régionales, municipales et locales seraient relativement standardisées et hiérarchisées. Or, il ne semble pas que ces caractéristiques correspondent à la configuration actuelle du milieu associatif. Elles ne nous semblent pas non plus répondre aux besoins actuels de la mobilisation et de l'action militante qui caractérisent le milieu environnemental.

Même si un régime d'assurance de responsabilité d'application limité était établi, on ne peut nier qu'il conduirait indirectement à l'institutionnalisation du mouvement et à la multiplication des conditions qui président à sa reconnaissance. Évidemment, la reconnaissance publique du mouvement environnemental n'est pas un mal en soi, et constitue même la preuve de ce que les enjeux relatifs à la question environnementale intègrent graduellement les priorités de l'action gouvernementale. Cela étant, le mouvement environnemental n'est pas actuellement caractérisé par la structuration systématique de ses activités ; il connaît plutôt un foisonnement associatif remarquable.

Le comité s'en remet ainsi au ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs et aux représentants du Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement, dont il a fait ses interlocuteurs privilégiés, en vue d'étudier l'opportunité d'établir un tel régime d'assurance collective, l'étendue que celui-ci pourrait connaître de même que ses conditions de financement particulières. Par comparaison au régime négocié par le Regroupement Loisir Québec, celui-ci serait d'abord un régime privé dont les paramètres et les limites pourraient être négociés par le RNCRE dans le cadre d'un appel d'offres destiné aux éventuels pourvoyeurs de service dans le domaine de l'assurance.

Par ailleurs, même si le problème du SLAPP a surtout été soulevé au Québec dans la foulée des incidents liés à la question environnementale, l'introduction de *poursuites-bâillons* peut être observée dans tous les domaines mettant en jeu des intérêts collectifs. Dans tous les cas, il constitue une forme de détournement de l'activité judiciaire. Aussi, quoi qu'il en soit d'un éventuel régime d'assurance destiné aux dirigeants et aux administrateurs de groupes environnementalistes, il est vraisemblable que ce régime ne constituerait pas une solution au problème plus large du SLAPP, qui touche des pratiques et des champs d'activité qui transcendent significativement les problèmes liés à la protection de l'environnement. Une

solution d'ordre juridique à la fois plus générale et plus spécifique doit donc être envisagée, comme nous le suggérons dans ce qui suit.

6.6.4 La constitution d'un fonds spécial

Les membres du comité ont finalement voulu envisager une possibilité, peu évoquée dans le cadre des débats publics sur le SLAPP, soit la constitution d'un fonds spécifique dédié aux groupes confrontés à une poursuite judiciaire dont les caractéristiques rejoignent suffisamment celles du SLAPP pour justifier le soutien financier nécessaire à la présentation d'une requête en irrecevabilité.

Il semble opportun qu'un tel soutien soit offert et administré de façon spécifique par une institution déjà reconnue, plus particulièrement par le Fonds d'aide au recours collectif établi par le Québec en vertu de la Loi sur le recours collectif. En plus du mandat qui lui est déjà confié de contribuer au financement des recours collectifs en première instance et en appel, le Fonds pourrait se voir attribuer la responsabilité d'évaluer, dans le cadre d'une procédure accélérée, les demandes qui lui sont adressées par les individus et les groupes victimes d'actions judiciaires répondant aux caractéristiques d'une *poursuite-bâillon*. Les activités du Fonds d'aide au recours collectif visent actuellement le soutien de toute personne physique et de toute personne morale sans but lucratif régie par la partie III de la Loi sur les compagnies, de toute coopérative régie par la Loi sur les coopératives, et de tout groupement visé par le deuxième alinéa de l'article 60 du Code de procédure civile. Il s'agit pour l'essentiel d'une description qui correspond à celle des personnes physiques et morales susceptibles d'être victimes de *poursuites-bâillons*. Lorsque le Fonds accorde une aide financière, il en établit les conditions de paiement et de remboursement avec le requérant et son procureur. Les demandes soumises au Fonds en matière de SLAPP pourraient être faites selon une procédure équivalente, mais devraient incidemment faire l'objet d'une évaluation d'urgence, compte tenu des délais accordés pour comparaître et déposer une défense devant les tribunaux civils.

Sur le plan de l'évaluation, les demandes retenues devraient répondre de façon satisfaisante aux critères qui caractérisent la majorité des *poursuites-bâillons*, c'est-à-dire qu'elles devraient être, pour l'essentiel : 1) des poursuites judiciaires 2) entreprises contre des individus ou des organisations 3) engagés dans l'espace public dans le cadre de débats mettant en cause des enjeux collectifs 4) et visant à limiter l'étendue de la liberté d'expression de ces individus ou organisations et à neutraliser leur action 5) par le recours aux tribunaux pour les intimider, les appauvrir et les détourner de leur action. Dans le cadre de l'évaluation du dossier, le Fonds devrait s'abstenir d'imposer aux demandeurs de faire une démonstration équivalente à celle qu'ils devront faire devant le tribunal. Le développement de la jurisprudence en la matière et le suivi systématique des cas soumis au Fonds permettraient d'établir graduellement des critères d'attribution plus précis.

Ajouté à certaines modifications du Code de procédure civile, ce soutien financier nous apparaît, du moins en matière de SLAPP, favoriser une nouvelle forme d'accès à la justice. Cette proposition est reprise plus bas à titre de recommandation (voir le chapitre 7 de ce rapport).

Chapitre 7. Conclusion et recommandations

7.1 Des constats, des objectifs et des moyens

La rédaction de ce rapport a permis l'établissement d'un certain nombre de constats généraux : le phénomène du recours aux *poursuites-bâillons* est un phénomène réel, bien qu'il ne fasse pas l'objet d'une pratique systématique au Québec. Les situations récemment mises en évidence par les médias révèlent cependant que le SLAPP est une réalité observable, et qu'il constitue une véritable menace pour la participation des citoyens et des groupes au débat public. Dans ce sens particulier, il constitue à la fois une menace pour la démocratie participative et un véritable risque de détournement des finalités de la justice. Pour cette raison, il apparaît nécessaire d'intervenir de telle façon que ces pratiques soient découragées. Plus spécifiquement, il apparaît impératif aux membres du comité que toute politique concernant le contrôle de ces pratiques rencontre les objectifs suivants :

- 1) la protection du droit à la liberté d'expression et d'opinion publique;
- 2) l'interruption rapide des *poursuites-bâillons* en cours d'instance;
- 3) la dissuasion des initiateurs de SLAPP;
- 4) le maintien de l'intégrité et des finalités de l'institution judiciaire;
- 5) l'accès à la justice.

Dans l'ordre des moyens, quelle que soit l'option retenue, les mécanismes envisagés devront permettre :

- 1) l'établissement d'un fondement normatif (d'une définition et d'une qualification) susceptible de faciliter l'évaluation d'une poursuite entreprise pour des raisons stratégiques;
- 2) la définition d'une procédure accélérée qui ne soit pas administrée au détriment des droits d'une partie de faire valoir son point de vue;
- 3) le remboursement des dépens et des frais extrajudiciaires en faveur de la partie dont le droit à la liberté d'expression et d'opinion publique a été entravé;
- 4) la reconnaissance de l'initiative du juge d'intervenir de façon plus directive pour contrer les procédures visant un détournement de l'activité judiciaire;
- 5) l'attribution de ressources financières ou professionnelles concrètes destinées aux victimes de SLAPP, et susceptibles de faciliter la préparation d'une défense;
- 6) l'imposition de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires susceptibles de limiter la tentation de recourir à répétition aux *poursuites-bâillons*.

Ces objectifs et ces moyens peuvent être respectivement atteints et exploités dans le cadre de stratégies juridiques différentes.

7.2 Analyse de trois options juridiques possibles

7.2.1 L'établissement d'un texte législatif spécifique au SLAPP

La première option qui peut être envisagée est l'adoption d'une législation spécifique reconnaissant l'existence des *poursuites-bâillons* et modifiant un ensemble de législations afférentes en vue d'en limiter l'exercice. Il s'agit d'une orientation envisageable si le législateur conclut à l'absence de fondements juridiques susceptibles de constituer une réponse efficace au SLAPP.

Pour l'essentiel, cette option suppose l'établissement d'un régime d'exception visant à protéger nommément les diverses formes de la participation publique. Cette option suppose la transposition dans l'ordre juridique québécois des dispositions que l'on trouve dans un grand nombre de législations américaines étudiées ici.

Une loi anti-SLAPP serait ainsi adoptée par l'Assemblée nationale, établissant un ensemble de règles substantives et procédurales spécifiques, comprenant en tout ou en partie : 1) la reconnaissance du droit à la participation publique; 2) l'immunité des intervenants publics; 3) l'établissement d'une procédure judiciaire spécifique d'urgence moulée sur le modèle du *jugement sommaire*; 4) l'imposition de provisions pour frais; 5) le renversement du fardeau de la preuve en faveur des intervenants publics visés par le SLAPP; 6) l'imposition de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires (*Back SLAPP*) contre les initiateurs de SLAPP, etc.

Une telle législation comporte évidemment une portée symbolique importante. Pour cette raison, elle répondrait plus immédiatement aux demandes faites par les groupes sociaux qui sont intervenus dans le récent débat sur le SLAPP. Une telle option présente l'avantage d'intégrer l'ensemble des dispositifs envisagés dans un régime d'exception bien identifiable. Elle exige une qualification très spécifique des situations visées par la législation, l'ajout d'une section particulière au Code de procédure civile et une éventuelle modification de la Charte des droits et libertés de la personne, de manière à consacrer à la fois la reconnaissance du droit à la participation publique et le principe d'immunité qui l'accompagne.

Cette option, nous l'avons indiqué précédemment, présente cependant l'inconvénient de modifier « à la pièce » certaines lois quasi-constitutionnelles de même que le Code de procédure civile. En ce qui concerne spécifiquement le Code, une législation de ce genre viserait en partie à opérer un détournement des dispositifs procéduraux établis. À terme, la multiplication de modifications de ce type viendrait inévitablement complexifier la gestion de l'activité judiciaire et ne serait pas respectueuse de l'économie générale du droit procédural québécois.

7.2.2 Une modification du Code de procédure civile

Les membres du comité ont indiqué précédemment que l'ordre juridique québécois comprend déjà les fondements d'un droit équivalent au droit à la participation publique : le droit à la liberté d'expression et d'opinion. Dès lors, la difficulté réside plutôt dans l'insuffisance des dispositifs procéduraux susceptibles de mettre fin à la pratique des *poursuites-bâillons*. Dans cette perspective, les solutions qui peuvent être envisagées touchent surtout la protection des finalités du système judiciaire, la nécessité de s'assurer que la pratique du SLAPP soit découragée et que l'accès à la justice des citoyens et des justiciables soit garanti. On aborde ici les trois dimensions liées à la seconde option que les membres du comité ont explorée.

a) La défense des finalités propres au système judiciaire

La défense des finalités propres au système judiciaire exige principalement que le recours aux tribunaux ne constitue pas une forme de détournement de la fonction judiciaire en vue de limiter l'exercice d'un droit fondamental. Cette situation constituerait à la fois une menace pour la légitimité du système judiciaire et un déni des droits que les tribunaux ont précisément le devoir de protéger.

Il apparaît clairement aux membres de ce comité que l'article 46 du Code de procédure civile établit le pouvoir de la cour et des juges de protéger l'institution judiciaire et que les orientations retenues lors de la dernière révision du Code de procédure civile, telles qu'elles sont reconnues actuellement par la Cour d'appel, favorisent une plus grande initiative du juge dans tous les dossiers où l'intégrité et les finalités de l'institution sont remises en cause. Ces pouvoirs autorisent le juge à intervenir dans toutes les situations où le détournement de la fonction judiciaire est constaté.

La difficulté particulière du SLAPP réside dans l'absence de normes spécifiques susceptibles de « baliser » une décision portant sur l'irrecevabilité de recours qui risquent de constituer un détournement stratégique de l'activité judiciaire. Le problème vient à la fois de l'absence d'autonomie normative des dispositions prévues aux articles 4.1 et 4.2 C.p.c. et aux conditions prévues par les articles 75.1 et 165(4) C.p.c. Les dispositions des articles 4.1 et 4.2 C.p.c., si elles consacrent des normes générales visant à contrer l'abus du droit d'ester en justice, ne trouvent leur signification concrète que dans le cadre des articles 75.1 et 165(4) C.p.c., auxquels il est très difficile de recourir du fait de la réticence des tribunaux à limiter le droit de l'une des parties de faire valoir sa preuve et sa position. Il s'ensuit que le recours à ces articles fait largement reposer le fardeau de la preuve sur les épaules des éventuelles victimes de SLAPP. Par ailleurs, et de façon plus précise, les dispositions prévues aux articles 75.1 et 75.2 C.p.c. nécessitent la démonstration de la frivolité ou de l'absence de fondement de la position adverse. Ces dispositions, du fait même du libellé de ces articles, ne permettent cependant pas de distinguer les procédures « frivoles et manifestement mal fondées » des procédures « vexatoires ou excessives », dont la définition s'applique beaucoup plus clairement aux *poursuites-bâillons* et aux recours aux tribunaux qui contribuent à détourner les finalités de la fonction judiciaire. Cette extension de la portée de l'article 75.1 C.p.c viendrait à la fois donner toute sa signification à l'article 4.1 C.p.c et rendre possible le rejet d'une requête principale, même dans les cas où subsiste une apparence de droit. Ces orientations suivent d'ailleurs directement celles prévues par l'article 46 C.p.c. **Dans cette perspective, les membres du comité recommandent la modification de l'article 75.1 C.p.c du Code de procédure civile de manière à ajouter aux motifs qui y sont déjà prévus le droit au rejet des procédures vexatoires ou excessives.**

Il apparaît également aux membres de ce comité que, par souci de cohérence, il faut aussi modifier l'article 165 C.p.c. par l'ajout d'un paragraphe 5. L'article 165(5) C.p.c rendrait ainsi possible la présentation d'une requête en irrecevabilité contre toute procédure qui, « alors même qu'elle apparaît fondée, est vexatoire, excessive, abusive ou dilatoire, ou susceptible de constituer un détournement des finalités de la fonction judiciaire, dans les cas de poursuites autres qu'un recours collectif ». Ce faisant, on ouvrirait la voie à un traitement accéléré des *poursuites-bâillons*, objectif généralement recherché dans la majorité des législations anti-SLAPP d'inspiration étrangère.

Signalons que l'ajout de ces normes permettrait d'harmoniser la notion d'abus du droit d'ester en justice et de la procédure en irrecevabilité avec les dispositions du Code de déontologie des avocats du Barreau du Québec, qui prévoit :

3.03.04. L'avocat peut, pour un motif sérieux et sauf à contretemps, cesser d'agir pour le client, à la condition de faire tout ce qui est immédiatement nécessaire pour prévenir une perte.

Constituent notamment des motifs sérieux :

d) la persistance, de la part du client, à continuer une poursuite futile ou vexatoire;

La notion de poursuite vexatoire trouve ici une assise solide, en conformité avec la pratique judiciaire. Elle correspond par ailleurs aux exigences prévues dans les règlements de pratique des cours. Ainsi, les Règles de procédure de la Cour d'appel en matière civile établissent aux articles 51 et 84 que :

51. Si elle est convaincue qu'une partie agit de manière vexatoire, la Cour peut ordonner la suspension de l'instance aux conditions qu'elle estime appropriées.

La Cour peut ordonner qu'aucune autre procédure ne soit déposée relativement à une demande d'autorisation d'appel rejetée, ou à un appel rejeté, si elle est convaincue que cette autre procédure serait vexatoire ou introduite dans un but illégitime.

Une partie peut, par requête présentée à la Cour conformément aux règles 7 et 9, demander qu'une ordonnance soit rendue en vertu du premier ou du deuxième alinéa.

94. Procédures vexatoires. Lorsqu'elle est convaincue qu'une partie en appel agit de manière vexatoire, la Cour peut, d'office ou sur requête d'une partie, ordonner le rejet de la procédure ou sa suspension aux conditions qu'elle estime appropriées.

L'article 84 du Règlement de procédure de la Cour supérieure (R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8) se réfère lui-même à la notion d'exercice excessif ou déraisonnable du droit d'ester en justice. La disposition vise de façon plus spécifique la quérulence, et ne trouve pas directement application ici. Elle consacre cependant le concept d'exercice excessif du droit d'ester en justice, qui nous apparaît, par extension, rejoindre les orientations générales que nous favorisons ici.

Sur le plan procédural, l'ajout de l'article 165(5) créerait une disposition équivalente à celle que prévoit l'article 21.01(3)(d) des *Rules of Civil Procedure*, et qui a été établie en vertu du *Courts of Justice Act* (R.R.O. 1990, Reg. 194) :

21.01 (1)

(3) Le défendeur peut demander à un juge, par voie de motion, de surseoir à l'action ou de la rejeter pour l'un des moyens suivants :

a) le tribunal n'a pas compétence pour connaître de l'objet de l'action;

- b) *le demandeur n'a pas la capacité juridique d'introduire ou de continuer l'action, ou le défendeur n'a pas la capacité juridique d'être poursuivi;*
- c) *une autre instance est en cours en Ontario ou dans un autre lieu entre les mêmes parties et à l'égard du même objet;*
- d) *l'action est frivole ou vexatoire ou constitue par ailleurs un recours abusif au tribunal.*

Il apparaît aux membres du comité que les modifications proposées à ce sujet sont susceptibles de limiter significativement le recours aux *poursuites-bâillons*, ou du moins de leur imposer rapidement une fin, étant donné la nature même de la requête en irrecevabilité, qui porte sur les moyens préliminaires. Dans l'interprétation qui doit être faite de ces nouvelles normes, il est impératif que le tribunal tienne compte du contexte général des relations entre les parties, notamment au regard du droit à la liberté d'expression et d'opinion et du caractère essentiellement « stratégique » du recours initié par la partie demanderesse.

b) La nécessité de s'assurer que la pratique du SLAPP soit découragée

La solution proposée ici, en plus de favoriser une évaluation et un rejet rapides d'une *poursuite-bâillon*, donne ouverture à la réclamation des dépens (477 C.p.c.), mais également au paiement de dommages-intérêts en vertu de 75.2 C.p.c., article du Code qui doit également être modifié en concordance avec le nouveau libellé proposé ici à 75.1 C.p.c. L'article 75.2 C.p.c. devrait par conséquent établir que : « Lorsqu'il rejette, dans le cadre de l'article 75.1 C.p.c., une action ou un acte de procédure frivole, vexatoire, excessif ou manifestement mal fondé, le tribunal peut, sur demande, le déclarer abusif, purement stratégique ou dilatoire ». La jurisprudence établie en la matière peut servir de guide dans la définition des critères applicables. Comme on l'a indiqué précédemment, ces dommages-intérêts sont fonction : 1) de la nature et de la complexité de la procédure engagée; 2) des montants en litige; 3) du lien de cause à effet entre la procédure frivole, vexatoire, excessive ou abusive et les dommages causés en l'espèce et 4) du temps consacré par les avocats pour obtenir justice¹⁸¹. Ils visent à couvrir les honoraires et débours extrajudiciaires engagés au-delà du *Tarif*. Ces remboursements doivent tenir compte des sommes déjà transmises à la victime du SLAPP par le Fonds d'aide au recours collectif, dans les dossiers où un tel soutien financier a été accordé (*infra*).

Finalement, l'article 49 de la Charte des droits et libertés de la personne autorise le paiement de dommages-intérêts punitifs en cas d'atteinte illicite et intentionnelle à l'exercice d'un droit établi en vertu de la Charte, comme c'est le cas en matière de droit à la liberté d'expression et d'opinion. Lorsqu'une poursuite peut être qualifiée de « vexatoire ou excessive » dans un contexte mettant en jeu l'exercice de droit à la liberté d'expression ou d'opinion, cette poursuite devrait être considérée comme constituant une telle atteinte.

Il apparaît aux membres du comité que la somme des obligations incombant aux initiateurs du SLAPP serait de nature à constituer un facteur dissuasif.

¹⁸¹ REID et CARRIER, *op. cit.*, (note 141), p. 333.

c) La nécessité de garantir l'accès à la justice des citoyens et des justiciables visés par un SLAPP

Finalement, le comité fait d'une proposition qu'il a soumise antérieurement une recommandation en faveur de l'établissement d'un fonds spécifiquement dédié au soutien des victimes de SLAPP en vue de couvrir les coûts d'une requête fondée sur les articles 75.1 et 75.2 C.p.c. tels que nous proposons de les modifier, ou pour la préparation d'une requête en irrecevabilité fondée sur l'article 165(5) C.p.c. Ce fonds serait administré par le Fonds d'aide au recours collectif. Pour reprendre les termes mêmes que nous avons utilisés plus haut pour décrire la procédure visant à établir l'admissibilité d'une telle demande, rappelons que :

[...] les demandes soumises au Fonds en matière de SLAPP pourraient être faites selon une procédure équivalente, mais devraient incidemment faire l'objet d'une évaluation d'urgence, compte tenu des délais pour comparaître et déposer une défense devant les tribunaux civils.

Sur le plan de l'évaluation, les demandes retenues devraient répondre de façon satisfaisante aux critères qui caractérisent la majorité des poursuites-bâillons, c'est-à-dire qu'elles devraient être, pour l'essentiel : 1) des poursuites judiciaires 2) entreprises contre des individus ou des organisations 3) engagés dans l'espace public dans le cadre de débats mettant en cause des enjeux collectifs 4) et visant à limiter l'étendue de la liberté d'expression de ces individus ou organisations et à neutraliser leur action 5) par le recours aux tribunaux pour les intimider, les appauvrir et les détourner de leur action. Dans le cadre de l'évaluation du dossier, le Fonds devrait s'abstenir d'imposer aux demandeurs de faire une démonstration équivalente à celle qu'ils devront faire devant le tribunal. Le développement de la jurisprudence en la matière et le suivi systématique des cas antérieurement soumis au Fonds permettraient d'établir graduellement des critères plus précis.

Ajouté à certaines modifications du Code de procédure civile, cette forme de soutien financier nous apparaît, du moins en matière de SLAPP, favoriser une nouvelle forme d'accès à la justice.

Cette recommandation présente l'avantage de mettre à contribution l'expertise d'une institution bien établie dans le domaine judiciaire. Elle rend également possible, par extension, la mise en application des règles de recouvrement déjà fixées par le Fonds d'aide au recours collectif, qui peuvent vraisemblablement s'appliquer de la même manière aux demandeurs victimes de SLAPP qui ont eu grain de cause après s'être adressés à lui.

d) Mise en œuvre de ces recommandations

Pour l'essentiel, ces recommandations peuvent être mises en œuvre par l'adoption d'une loi modifiant le Code de procédure civile et la Loi sur le recours collectif.

7.2.3 L'adoption d'une loi anti-SLAPP nommément établie

La dernière option qui s'offre au législateur est l'adoption des mêmes mesures proposées précédemment, mais incluses dans le cadre d'un projet de loi clairement dédié à protéger les tribunaux du détournement de la fonction judiciaire et à favoriser la participation des citoyens au

débat public et à l'exercice de leur droit à la liberté d'expression et d'opinion. La différence fondamentale entre les options 2 et 3 n'est pas strictement d'ordre technique ou cosmétique; elle réside dans la signification que le législateur entend donner aux modifications qu'il apportera au droit procédural. Soit ces modifications visent simplement un réajustement à la marge des normes applicables en matière d'abus du droit d'ester en justice, soit elles visent clairement à affirmer le droit des citoyens de participer au débat public. Il s'agit donc essentiellement d'un choix politique. Si le législateur fait le second choix, il sera important de bien choisir le titre d'un éventuel projet de loi et la teneur de son préambule, puisque cela est susceptible d'influer sur l'interprétation ultérieure des modifications apportées au code. Au regard de son titre, une telle législation peut être orientée positivement ou négativement selon que le libellé de celle-ci insiste sur le droit à l'exercice de la liberté d'expression dans l'espace public ou sur l'interdiction de recourir aux tribunaux d'une manière constituant un détournement de la fonction judiciaire¹⁸². En ce qui a trait au préambule, on pourra s'inspirer, **en les adaptant**, de certaines déclarations internationales ou de certaines lois citées dans le présent rapport. On pense ici aux dispositions du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁸³, au *California Code of Civil Procedure* ou à la *Convention de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement* (dite Convention d'Aarhus)¹⁸⁴.

Les rédacteurs de ce rapport insistent sur cette distinction, qui appartient à l'Assemblée nationale.

¹⁸² Pour mémoire, rappelons que le titre de la loi adoptée en Nouvelle-Écosse rend compte de ce qu'on n'était pas parvenu à trancher entre ces deux termes, Législature de la Nouvelle-Écosse, P.L. 23, *An Act to Encourage Public Participation and Dissuade Persons from Bringing or Maintaining Legal Proceedings or Claims for an Improper Purpose and to Preserve Access to the Courts*, 3e session, 58e Assemblée générale (52 Elizabeth II, 2003 http://www.gov.ns.ca/legislature/legc/bills/58th_3rd/1st_read/b023.htm#text/).

¹⁸³ Voir note 16.

¹⁸⁴ Quarante signataires. La convention a été adoptée à la quatrième Conférence ministérielle, Aarhus (Danemark), 1998, en vigueur depuis le 30 octobre 2001.

Conclusion générale

Les membres du comité ont rédigé ce rapport en tentant de respecter un certain nombre de paramètres simples.

Il nous est d'abord apparu important de ne pas tenter de régler d'un seul coup tous les problèmes que connaît le système juridique québécois. Le SLAPP ne constitue pas une pratique systématiquement utilisée actuellement au Québec, bien qu'il s'agisse d'un phénomène observable qui mérite toute l'attention du ministre de la Justice et du législateur. Il met en évidence des problèmes d'ordre très divers qui ne sont pas tous directement liés à l'exercice des *poursuites-bâillons*, mais qui apparaissent plutôt associés à d'autres causes, souvent plus générales, parfois plus restreintes. Chaque fois que les solutions envisagées pouvaient s'appliquer hors du cadre du problème du SLAPP, nous l'avons souligné, sans pour autant chercher à régler toutes les difficultés à la fois. Plusieurs de ces solutions interpellent l'ensemble des acteurs du système juridique québécois, et parfois toute la société québécoise.

Nous avons par ailleurs cherché à prendre en compte l'ensemble des préoccupations et à envisager l'ensemble des solutions qui sont nées récemment du débat public sur le SLAPP, et que la presse nationale a systématiquement rapportées. Plusieurs orientations ont été envisagées par les différents acteurs intéressés au problème. Si certaines reprennent des solutions développées à l'étranger, d'autres ont plus directement cherché, dans le cadre du droit québécois, des solutions viables au problème. C'est également le choix que nous avons fait ici, conscients de la nécessité qu'une réponse rapide soit apportée au problème, et soucieux que le cadre d'intervention proposé soit adapté aux caractéristiques de l'ordre juridique québécois.

Finalement, même si certaines des solutions proposées peuvent sembler très techniques au lecteur intéressé, nous avons tenté de mettre chaque fois en évidence les enjeux sociaux très importants que sous-tend la pratique des *poursuites-bâillons*. Cet exercice présente l'avantage de faire voir que certains des grands problèmes qui entravent l'atteinte de l'idéal démocratique peuvent trouver des solutions par l'intermédiaire de réajustements qui, sans être toujours spectaculaires, offrent de véritables solutions, et peuvent facilement s'inscrire dans la culture juridique et politique de la société québécoise. Ces solutions ne permettent cependant pas de faire l'économie d'une réflexion plus étendue sur l'évolution du droit au Québec, et sur l'avenir de l'institution judiciaire.

Les auteurs de ce rapport n'ont pas voulu proposer une solution unique au problème posé, bien que certaines orientations nous semblent plus faciles à adopter que d'autres. C'est cependant aux autorités politiques québécoises qu'il revient de faire le choix des solutions. Les membres du comité remercient le ministère de la Justice de l'opportunité qu'il leur a donné d'y contribuer.

Bibliographie

Législation

CANADA

- **Lois**

Charte des droits et libertés de la personne du Québec (L.R.Q. C-12).

Protection of Public Participation Act ([SBC 2001]).

Miscellaneous Statutes Amendment Act, 2001 ([SBC, 2001], Chapter 32).

Code de procédure civile, L.R.Q. c. C-25.

- **Règlements**

MINISTRY OF ATTORNEY GENERAL, (BRITISH COLUMBIA), *British Columbia Supreme Court Rules*, http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/reg/C/CourtRules/CourtRules221_90/221_90_02.htm#rule19subrule24 (consulté le 22.01.2007).

Tarif des honoraires judiciaires des avocats, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 13.

- **Projets de loi**

LEGISLATIVE ASSEMBLY OF NEW BRUNSWICK, Status of Legislation, 2nd Session, 53rd Legislature, Bill 102, <http://www.qnb.ca/legis/business/pastsessions/53/53-2/status-e/status-e.asp#102> (consulté le 22.01.2007).

NOVA SCOTIA LEGISLATURE, 3rd Session, 58th General Assembly (52 Elizabeth II, 2003), Bill 23, *An Act to Encourage Public Participation and Dissuade Persons from Bringing or Maintaining Legal Proceedings or Claims for an Improper Purpose and to Preserve Access to the Courts*, http://www.gov.ns.ca/legislature/legc/bills/58th_3rd/1st_read/b023.htm#text (consulté le 08.01.2007).

INTERNATIONAL

AUSTRALIE

- **Projets de loi**

Model Defamation Provisions, States and Territories Model Provisions—d04, Australia.

Protection of Public Participation Bill 2006 (Legislative Council – n^o 82, première lecture 6 décembre 2006), South Australia [LC GP 140-B: the Hon Mark Parnell MLC.].

ÉTATS-UNIS

- **Lois**

Arkansas Code §§ 16-63-501 – 16-63-508, Citizens Participation in Government Act, 2005.

California Code of Civil Procedure sec. 425.16, 1992 (last amended in 2005).

California Code of Civil Procedure sec. 425.17, 2003.

California Code of Civil Procedure sec. 425.18, 2005.

California Civil Code sec. 47.

Delaware Code Sec. 8136-8138, 1992.

Florida Statutes Sec. 768.295 (Citizens Participation in Government Act), 2000.

Code of Georgia § 9-11-11.1, 1996.

Guam Code Annotated Title 7, §§ 17101 - 17109, 1998.

Hawaii Revised Statutes, Chapter 634F, 2002.

Indiana Code 34-7-7, 1998.

Louisiana Code of Civil Procedure Art. 971, 1999.

Maine Revised Statutes, 14 § 556. Special motion to dismiss, 1995 (revised in 1998).

Annotated Code of Maryland, Section 5-807 (HB 930), 2004.

Massachusetts General Laws, Chapter 231, Section 59H, 1995.

Minnesota Statutes Annotated Chap. 554, 1994.

Missouri Revised Statutes, Chapter 537, 2004.

Nebraska Revised Statutes §§ 25-21,241 through 25-21,246, 1994.

Nevada Revised Statutes §§ 41.635 - 41.670, 1993 (amended in 1997).

New Mexico Statutes §§ 38-2-9.1 and 9.2, 2001.

New York's Civil Rights Law 70-a and 76-a, 1992.

NYCPLR 3211(g) and 3212(h), New York's Civil Procedure Rules, 1992.

Oklahoma Statutes Annotated § 1443.1, 1994.

Oregon Revised Statutes §§ 31.150 - 31.155, 2005.

27 Pennsylvania Statutes § 7707, §§ 8301 - 8305, 2001.

General Laws of Rhode Island 9-33, 1993 (amended in 1995).

General Laws of Rhode Island Annotated, 45-24-67, 1995.

Tennessee Code Annotated §§ 4-21-1001 through 4-21-1004, 1997.

Utah Code Annotated §§ 78-58-101 - 78-58-105, 2001.

Revised Code of Washington 4.24.500 - 4.24.520, 1989 (amended in 2002).

ROYAUME-UNI

- **Loi**

United Kingdom Public Interest Disclosure Act 1998.

Jurisprudence

CANADA

- 9022-8818 Québec Inc. (Magil Construction Inc.) c. 9057-0250 Québec Inc.* [2005] QCCA 275.
- British Columbia (Minister of Forests) c. Okanagan Indian Band* [2003] 3 R.C.S. 371.
- British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band* [2003] 3 R.C.S. 371.
- Chiasson c. Fillion*, 200-17-003269-032 [2005] (C.S.).
- Daishowa Inc. v. Friends of the Lubicon* [1998] O.J. No. 1429 (OntSupCtJus).
- Fillion c. Chiasson*, 2005 QCCA 1154.
- Fraser v. Saanich (District)*, [1999] B.C.J. 3100 (BCSC).
- Héту c. Notre-Dame de Lourdes (Municipalité de)* [2005] QCCA 199.
- Hunt c. Carey Canada Inc [1990] 2 R.C.S. 959.
- MacMillan Bloedel Ltd. v. Galiano Island Trust Committee* [1995] B.C.J. No. 1763 (BCCA), demande d'appel refusée (avec frais) [1995] S.C.C.A. No. 439.
- MoCreebec Council of the Cree Nation c. Québec (Procureur général)* [2005] J.Q. n° 2669 (C.S.) (Lexis).
- Notre-Dame de Lourdes (Municipalité de) c. Commission des relations du travail* [2006] J.Q. 57 (C.S.) (Lexis).
- R. c. Guignard* [2002] 1 R.C.S. 472.
- R.W.D.S.U. v. Dolphin Delivery [1986] 2 R.C.S. 573.
- Sachian Inc. c. Treats Canada Corporation*, J.E. 2005-1414 (C.S.).
- Succession Odhavji c. Woodhouse* [2003] 3 R.C.S. 263.
- Tsakonas c. Valkanas*, [2006] J.Q. n° 4291 (C.S.) (Lexis).
- Tulugak c. Inuulitsivik Health Center* [2005] J.Q. n° 18859 (C.S.) (Lexis).
- Tulugak c. Inuulitsivik Health Center* [2006] J.Q. n° 12379 (C.A.Q.) (Lexis).
- Tulugak c. Inuulitsivik Health Center* [2006] Q.J. n° 9423 (C.S.) (Lexis).
- Viel c. Les Entreprises immobilières du Terroir Ltée* [2002] J.Q. n° 1056 (C.A.Q.) (Lexis).

INTERNATIONAL

ÉTATS-UNIS

- Barrett v. Rosenthal*, 40 Cal.4th 33, 146 P.3d 510.
- Briggs v. ECHO*, 19 Cal. 4th 1106, 81 Cal. Rptr. 2d 471.
- Church of Scientology v. Wollersheim*, 42 Cal.App.4th 628, 49 Cal.Rptr.2d 620.
- Dixon v. Superior Court (Scientific Resource Surveys Inc.)*, 30 Cal.App.4th 733, 36 Cal.Rptr.2d 687.
- Du Charme v. Internat. Brotherhood of Electrical Workers, Local 45 et al.*, 110 Cal.App.4th 107, 1 Cal.Rptr.3d 501.
- DuPont Merck Pharmaceutical Co. v. Superior Court*, 78 Cal.App.4th 562, 92 Cal.Rptr.2d 755.

Duracraft Corp. v. Holmes Products Corp., 427 Mass. 156, 691 NE2d 935.
Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc. 365 U.S. 127.
Equilon Enterprises v. Consumer Cause, Inc., 29 Cal.4th 53, 124 Cal.Rptr.2d 507, 52 P.3d 685.
Gordon v. Marrone, 590 N.Y.S. 2d 649 .
Home Equity Development Inc. v. Crow, [2002] B.C.J. No. 1805 (B.C.S.C.) (QL).
Home Equity Development Inc. v. Crow, [2004] B.C.J. No. 177 (B.C. S.C.) (QL).
Kyle v. Carmon, 71 Cal.App.4th 901, 84 Cal.Rptr.2d 303.
Maietta Const., Inc. v. Wainwright, 2004 ME 53, 847 A.2d 1169.
Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657.
New York Times v. Sullivan 376 U.S. 254.
Protect Our Mountain Environment, Inc. v. District Court, 677 P.2d 1361.
R.W.D.S.U. v. Dolphin Delivery Ltd. [1986] 2 S.C.R. 573.
Right-Price Recreation v. Prairie Community Council et al., 146 Wn.2d 370; 46 P.3d 789.
Sarkis v. Grey2k, 21 Mass. L. Rptr. 173, 2006 WL 1806586.
Soukup v. Law Offices of Herbert Hafif, 39 Cal.4th 260, 46 Cal. Rptr.3d 638.
Thomas v. Quintero, 126 Cal.App.4th 635, 24 Cal.Rptr.3d 619.
Wilcox v Superior Court, 27 Cal. App. 4th 809, 816, 33 Cal. Rptr. 2d.

AUSTRALIE

Australian Wool Innovation v Ingrid Newkirk & Ors, Federal Court [2004] NSD 1630.
Chapman & Chapman v Australian Broadcasting Corp., No. SCGRG-98-321 [2000] SASC 146.
Chapman & ORS v Conservation Council of SA & ORS, No. SCCIV-98-81 [2002] SASC 4.
Gunns Limited v Marr & Ors [2005] VSC 251.
Rural Export & Trading (WA) Pty Ltd and Or v Ralph Hahnheuser and Animal Liberation SA Inc, Federal Court [2004] V495.
Rural Export and Trading (WA) Pty Ltd v Hahnheuser, [2004] FCA 1053.
Takhar v Animal Liberation SA Inc & Or, SASC 754 of 2000.

Droit international

ORGANISATION DES NATIONS-UNIES

- ***Instruments et commentaires***

Convention de la Commission économique des Nations Unies pour L'Europe (CEE/ONU) sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus), adoptée à la quatrième Conférence ministérielle, Aarhus (Danemark), 1998, en vigueur depuis le 30 octobre 2001.

Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus, adoptée par la résolution 53/144 de l'Assemblée générale, le 9 décembre 1998.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.
Entrée en vigueur : le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49.

Le rôle d'une bonne gouvernance dans la promotion et la protection des droits de l'homme, Résolution de la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2005/L.86.

Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 25*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, le 12 juillet 1996.

Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, le 26 mai 2004.

- **Constatations du comité des droits de l'homme**

André Brun v France, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1453/2006, 23 November 2006.

Nicole Beydon et 19 autres membres de l'association «DIH Mouvement de protestation civique» contre la France, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1400/2005, 28 novembre 2005.

Zeljko Bodrožić contre Serbie-et-Monténégro, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1180/2003 (2006).

Patrick Coleman contre Australie, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1157/2003, le 10 août 2006.

CONSEIL DE L'EUROPE, PARLEMENT EUROPEEN

- **Instruments**

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Convention Européenne), 1951

Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement.

Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement.

Règlement (CE) N° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

- **Jugements de la Cour européenne des Droits de l'Homme**

Almeida Azevedo c. Portugal, n° 43924/02 (Sect. 2) (fr) – (23.1.07)

Arbeiter c. Autriche, n° 3138/04 (Sect. 1) (Eng) – (25.1.07)

Fayed c. Royaume-Uni – 294-B (21.9.94)

Fressoz et Roire c. France [GC], n° 29183/95, CEDH 1999-I – (21.1.99)

Hertel c. Suisse – Rec. 1998-VI, fasc. 87 (25.8.98)

Jerusalem c. Autriche, n° 26958/95 (Sect. 3) (bil.), CEDH 2001-II – (27.2.01)

Kwieciń c Pologne, n° 51744/99 (Sect. 4) (Eng) – (9.1.07)

Lingens c. Autriche – 103 (8.7.86)

Nilsen et Johnsen c. Norvège [GC], n° 23118/93, CEDH 1999-VIII – (25.11.99)

Paturel c. France, n° 54968/00 (Sect. 1) (fr) – (22.12.05)

Savičchi v. Moldova, n° 11039/02 (Sect. 4) (Eng) – (11.10.05), *Janowski c. Pologne* [GC], no 25716/94, CEDH 1999-I – (21.1.99)

Steel et Morris c. Royaume-Uni, n° 68416/01 (Sect. 4) (bil.), CEDH 2005-II – (15.2.05)

Stoll c. Suisse, n° 69698/01 (Sect. 4) (bil.), CEDH 2006-. – (25.4.06)

Doctrine

CANADA

TOLLEFSON, Chris, « Strategic Lawsuits Against Public Participation : Developing a Canadian Response », (1994) *Canadian Bar Review* 200

TOLLEFSON, Chris, « Strategic Lawsuits and Environmental Politics : *Daishowa Inc. v. Friends of the Lubicon* », (1996) 31(1) *Journal of Canadian Studies* 119.

BELLEAU, Charles, « Les règles générales de la procédure civile québécoise et le déroulement de la demande en justice en première instance », dans *Preuve et procédure*, Collection de droit 2005-2006, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 27-120.

FERLAND, Denis, « L'appel », dans *Preuve et procédure*, Collection de droit 2005-2006, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 131-159.

REID, Hubert et Claire CARRIER, *Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine*, 22^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, 1932 p.

INTERNATIONAL

• Monographies

CANAN, Penelope and PRING, George : *SLAPPs : getting sued for speaking out* : Temple University Press, 1996.

COLLETTE, Will, *Getting SLAPPED, The Polluters' 'Secret Plan' and What YOU Can Do to Mess It Up*, Arlington, VA : Citizens Clearinghouse for Hazardous Wastes, Inc., June 1989.

CYLKE, F. Kurt, Jr. *The Environment*. Harper Collins College Publishers, 1993.

DELFINO, Michelangelo and DAY, Mary E. *Be careful who you SLAPP* : Los Altos, Calif.: MoBeta Pub., 2002.

DONSON, Fiona, *Legal Intimidation*, Free Association Books, London/New York, 2000.

HELVARG, David, *The War Against the Greens : The "Wise Use" Movement, the New Right, and Anti-Environmental Violence*. San Francisco : Sierra Club Books, 1994.

LEVY, Robert A. *Shakedown : how corporations, government, and trial lawyers abuse the judicial process*, Washington, D.C.: Cato Institute, 2004.

LEWIS, Anthony, *Make No Law : The Sullivan Case and the First Amendment*. NY: Random House, 1991.

MANES, Christopher, *Green Rage : Radical Environmentalism and the Unmaking of Civilization*. New York : Little, Brown & Company : 1990.

MARTIN, Brian, *Suppression Stories*, Australia : University of Wollongong, 1997, pp. 65-67, 82.

- NADER, Ralph, and SMITH, Wesley J., *No Contest : Corporate Lawyers and the Perversion of Justice in America*. New York : Random House, 1996. Chapter 5, "SLAPP : Taking Care of Business".
- PORTNEY, Kent E., *Siting Hazardous Waste Treatment Facilities : The NIMBY Syndrome*. NY : Auburn House, 1991.
- RICHARDS, Robert D., *Freedom's Voice : The Perilous Present and Uncertain Future of the First Amendment*. Brasseys, 1998.
- SOLEY, Lawrence, *Censorship, Inc.: the corporate threat to free speech in the United States*, New York : Monthly Review Press, c2002.
- STEC, Stephen, ed. *Handbook on Access to Justice under the Aarhus Convention*. Szentendre, Hungary : The Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe, 2003.
- VOGEL, D. *Fluctuating Fortunes : The Political Power of Business in America*. New York: Basic Books, 1989.
- VOLOKH, Eugene, *The First Amendment and related statutes: problems, cases and policy Arguments*, New York: Foundation Press; [St. Paul, Minn.] Thomson/West, 2005.
- WALTERS, Brian, *Slapping on the Writs: Defamation, Developers and Community Activism (Briefings)*: University of New South Wales Press, 1st ed., 2003.

- **Articles de revues**

- ARKIN, Sharon J. "Bringing California's Anti-SLAPP Statute Full Circle : To Commercial Speech and Back Again" 2003-2004, *31 Western State University Law Review*: 1.
- BARKER, John C., "Common-Law and Statutory Solutions to the Problems of SLAPPs" January 1993, *26 Loyola of Los Angeles Law Review*: 395.
- BEATTY, Joseph W. "The Legal Literature on SLAPPs : a Look Behind the Smoke Nine Years after Pring and Canan First Yielded 'FIRE!'" Fall 1997, *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, vol. 9, n° 1.
- BEDER, Sharon, "SLAPPs--Strategic Lawsuits Against Public Participation: Coming to a Controversy Near You" Oct/Nov 1995, *Current Affairs Bulletin*, vol.72, n° 3
- BRAUN, Jerome I. "California Anti-SLAPP Remedy after Eleven Years" summer 2003, *34 McGeorge Law Review*: 731.
- BRAUN, Jerome I., "Increasing SLAPP Protection: Unburdening the Rights to Petition in California", Summer 1999, *32 University of California Davis Law Review*: 965.
- BUNKER, Matthew D., and Paul H. Gates Jr., "Newer Laws Give Media Means to 'SLAPP' Back In Libel Suits", Spring-Summer 2002, *Newspaper Research Journal*: 18 (14).
- CORBY, Dora A. , "Clearing Up Civil Procedure Section 425.16—Delivering the Final Knockout Punch to SLAPP Suits", Spring 1998, *29 McGeorge Law Review*: 459.
- COSENTINO, Victor J., "Comment, Strategic Lawsuits Against Public Participation: An Analysis of the Solutions" 1991, *27 California Western Law Review*: 399.
- ERICSON-SIEGEL, Laura, "Comment, Silencing SLAPPs: An Examination of Proposed Legislative Solutions" 1992, *20 Florida State University Law Review*.
- GOETZ, S., "Note: SLAPP Suits: A Problem for Public Interest Advocates and Connecticut Courts" 1992, *12 Bridgeport Law Review*.
- JOHNSTON, Michael Eric, "A Better SLAPP TRAP : Washington State's Enhanced Statutory Protection for Targets of Strategic Lawsuits Against Public Participation" 2002-2003, *38 Gonzaga Law Review*: 263.

- KOHLER, David, "Forty Year after the New York Times c Sullivan: the Good, the Bad, and the Ugly" Winter 2004, *83 Oregon Law Review*: 1203.
- KRAVCHENKO, Svetlana, "Citizen enforcement of environmental law in Eastern Europe" 2004, *10 Widener Law Rev*: 475
- McBRAYER, Lauren, "The Direct TV cases: applying anti-SLAPP laws to copyright protection cease-and-desist letters" 2005, *20 Berkley Technology Law Journal*: 603.
- MILNER, Neal. "Decentering the First Amendment." 1997, *Law and Society Review* 31, no. 4: 823.
- MOWRER, J. Reid. "Protection of the Public Against Litigious Suits ("PPALS"): (1) Using 1993 Federal Rule 11 to Turn SLAPPs Around.", Summer 1998, *Crime and Delinquency*: 465(1).
- PEETERS, Noah P. "Don't Raise That Hand: Why, under Georgia's Anti-SLAPP Statute, Whistleblowers Should Find Protection from Reprisals for Reporting Employer Misconduct" 2003-2004, *38 Georgia Law. Review*: 769.
- RICH, William, "Constitutional Law in the United States and Australia: Finding Common Ground", 1995, 35 *Washburn L. J.* 1, 22.
- ROWELL, Andrew, "SLAPPING Resistance. (Monsanto Co's Strategic Lawsuit Against Public Participation)", Sept-Oct 1998, *The Ecologist* 28. n5: 302
- STETSON, Marnie, "Reforming SLAPP reform: New York Anti-SLAPP Statute" 1995, 70 *New York University Law Review*: 1324.
- TATE, Kathryn W. "California's Anti-SLAPP Legislation: A Summary of and Commentary on Its Operation and Scope" 1999-2000, *33 Loyola of Los Angeles Law Review*: 801.
- VICK, Douglas W. and CAMPBELL, Kevin, "Public Protests, Private Lawsuits, and the Market: the Investor Response to the McLibel Case", 2001, *Journal of Law and Society*, Vol. 28 n° 2: 204.
- WALDMAN, Thomas A. "SLAPP Suits : Weakness in First Amendment Law and in the Courts' Responses to Frivolous Litigation", April 1992, 39 *UCLA Law review*: 979.
- WILSON, Paul D., "Of Sexy Phone Calls and Well-Aimed Golf Balls: Anti-SLAPP Statutes in Recent Land-Use Damages Litigation Cases" 2004, *Urban Law*, Vol. 36 n° 2: 375.

- **Divers**

- BARREAU DU QUÉBEC, « La position du comité sur la procédure civile concernant le rapport du comité *ad hoc* sur les frais du Barreau de Montréal », Septembre 2005, http://www.barreau.qc.ca/fr/positions/opinions/resolutions/2006/Rapport_BQ_frais_judiciaires.pdf
- BEDER, Sharon, *Action Against Participants: The US Experience', Defending the Defenders: Protest, the Environment and the Law*, National Environmental Defenders Office Network, Sydney, 1998.
- BOVER, Travis and PARNELL, Marc, *A Protection of Public Participation Act for South Australia, A Law Reform Proposal* prepared for the, Environmental Defenders Office (SA) Inc, May 2002.
- DAERR-BANON, Kathleen L., *Esq.*, 22 Causes of Action 2d 317 (2006).
- Étude analytique du Haut-Commissaire aux Droits de l'Homme sur le principe fondamental de participation et son application dans le contexte de la mondialisation. Rapport du Haut-Commissaire E/CN.4/2005/41, 23 décembre 2004.
- LOTT, Susan, *Corporate Retaliation Against Consumers: The Status of Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPPs) in Canada* (September 2004), 81p., PUBLIC INTEREST ADVOCACY CENTER (PIAC), http://www.piac.ca/consumers/corporate_retaliation_against_consumers (consulté le 26.02.2007).

OGLE, Greg Gunning for Change : The Need for Public Participation Law Reform, The Wilderness Society, Inc, (2005).

Opinion of the New Hampshire Supreme Court on an Anti-SLAPP Bill, [641 A.2d 1012, 138 N.H. 445].

SMOLLA, Rodney A., Thomson West,, LDEF 9:109; *Law of Defamation*, Database updated November 2006, Part I. Defamation, Chapter 9. Damages and Other Remedies.

Society of Professional Journalists (Baker & Hostetler LLP), «A Uniform Act Limiting Strategic Litigation against Public Participation : Getting it Passed», 2004, <http://www.spj.org/pdf/antislapp.pdf>.

THE WEST COAST ENVIRONMENTAL LAW SLAPP HANDBOOK (November 2002), 52 p., <http://www.wcel.org/wcelpub/2002/13959.pdf> (consulté le 26.02.2007).

WALTERS, Brian, *Suing Into Submission: Using Litigation to Quell Dissent*, Castan Centre for Human Rights Law. 9.08.2005.

Sites internet

CANADA

BRIÈRE, Jean-Yves, "Faire payer au syndiqué les coûts du recours sous l'article 47.2 C.T. », *CCH Travail* (Janvier 2007, Bulletin d'information, volume 8 n° 1), <http://www.cch.ca/bulletins/travail/Janvier2006.pdf> (consulté le 07.02.2007).

CITOYEN, TAISEZ-VOUS! (MOUVEMENT SOLIDAIRE DE L'AQLPA ET CRRE), Avis juridique de Me Julius Grey (10 octobre 2006), <http://www.taisez-vous.org/spip.php?article169> (consulté le 22.01.2007).

TREMBLAY, Christian M., « Provisions pour frais au civil: la Cour d'appel entrouve une porte!... », *Bulletin de prévention du Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec* (Juillet 2005, Vol. 6 n° 3), <http://www.assurance-barreau.com/fr/pdf/bullPrevJuillet2005.pdf> (consulté le 07.02.2007).

INTERNATIONAL

"SLAPPING Back for Democracy", an interview with George PRING, *Multinational Monitor*, May 1998, volume 19, Issue 3. <http://multinationalmonitor.org/mm1998/98may/interview.html> (consulté le 26.02.2007).

California Anti-SLAPP Project www.casp.net (consulté le 27.02.2007).

Daily Journal de Mark GOLDOWITZ décrivant les amendements aux California statutes: <http://www.casp.net/dj-list.html> (consulté le 27.02.2007).

How to Keep the People in Planning. A legislative history of the Oregon experience of limiting SLAPPs. OREGON DEPARTMENT OF LAND CONSERVATION AND DEVELOPMENT, <http://www.oregon.gov/LCD/slappsuitsguide.shtml> (consulté le 27.02.2007).

Project of the Center for Media and Democracy (USA). http://www.sourcewatch.org/index.php?title=SLAPP%27s_in_Australia (consulté le 26.02.2007).

SLAPP Resource Center (Denver) www.slapps.org (consulté le 27.02.2007).

Annexe 1
Mandat confié au Comité par le ministère de la Justice



Le 25 octobre 2006

M^c Roderick A. Macdonald
Faculté de droit
Université McGill
3644, rue Peel
Montréal (Québec)
H3A 1W9

Cher confrère,

Je vous confirme par la présente le mandat que le ministre vous a confié le 6 octobre dernier de prendre la responsabilité du comité d'experts chargé d'évaluer l'opportunité d'adopter des mesures pour contrer les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique (SLAPP — Strategic Lawsuits Against Public Participation).

Le mandat du comité consiste à dresser un état de situation des règles actuelles au Québec, au Canada et aux États-Unis sur l'équilibre entre, d'une part, la liberté d'expression et le droit à la réputation, et d'autre part, entre le droit de s'adresser aux tribunaux et l'exigence du caractère raisonnable des actions. S'il s'avérait que le droit québécois ne permet pas le maintien d'un juste équilibre, le comité aura le mandat d'explorer les voies d'améliorations qui pourraient lui être apportées.

Le comité doit remettre son rapport au ministre de la Justice le 1^{er} mars 2007, et il n'a pas à faire de consultations auprès de personnes concernées par la question. Si elles sont estimées opportunes, ces consultations seront tenues par le ministère de la Justice.

Veuillez agréer, cher confrère, l'expression de mes sentiments les meilleurs.


Danièle Montminy

Annexe 2

Ligne du temps – articles de presse sur le SLAPP au Québec

Voir également: Enquête et audience publique du BAPE relatif au Projet d'implantation du terminal méthanier Rabaska et des infrastructures connexes (deuxième séance de l'audience) à <http://www.bape.gouv.qc.ca/sections/mandats/Rabaska/index.htm> (consulté le 19 janvier 2007).

<p>Gaétan FONTAINE, « Requête en injonction rejetée : le Port ne peut museler les opposants à Rabaska », <i>Le Journal de Québec</i> (1^{er} décembre 2006, p. 8).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Au surplus, le juge Caron dit ne pouvoir conclure à une apparence de droit, ni à l'existence d'un préjudice sérieux et irréparable devant lui permettre d'acquiescer à cette demande d'injonction interlocutoire.
<p>Guy BENJAMIN, « Pas d'appel de la décision », <i>Le Soleil</i> (1^{er} décembre 2006, p. 3).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Mme Martine Bélanger (directrice du marché des croisières) estime que la demande d'injonction du Port a eu le mérite de sensibiliser la population en général et les opposants à Rabaska sur l'impact négatif que peuvent avoir leurs commentaires non véridiques.
<p>EE, « Pas question de contester », <i>Le Journal de Québec</i> (1^{er} décembre 2006, p. 8).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Même si la direction du Port de Québec n'a pas l'intention de contester la décision du tribunal concernant l'injonction, elle demeurera aux aguets afin d'intervenir rapidement si les opposants au projet Rabaska font de nouveau des gestes qui pourraient nuire à l'industrie des croisières au Québec.
<p>Richard HÉNAULT, « Rabaska : Injonction refusée au Port », <i>Le Soleil</i> (1^{er} décembre 2006, p. 3).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La requête du Port de Québec pour faire interdire aux opposants de Rabaska de communiquer avec ses clients du domaine des croisières avait été déposée après qu'un membre de l'Association des gens de l'Île d'Orléans eut transmis des courriels à des intervenants du milieu. Il y mentionnait entre autres que Rabaska pourrait porter préjudice à la venue des croisiéristes. Il se disait d'avis que des délais pourraient être occasionnés aux navires de croisière de passage à Québec. Enfin, Patrick Plante soutenait que Rabaska n'a aucun plan d'urgence sur le fleuve. • Le projet de port méthanier fait l'objet d'un débat public qui, dès la semaine prochaine, sera porté devant le BAPE. • Compte tenu de la nature et du contexte des propos tenus par M. Plante, le Tribunal (en l'espèce la Cour supérieure) considère enfin que la balance des inconvénients favorise l'opposant à Rabaska en regard de la liberté d'expression et d'opinion.
<p>Yves BOISVERT, « La justice qui fabrique de l'injustice », <i>La Presse</i> (11 octobre 2006, p. A5).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ce n'est donc pas une loi qui ne s'adresse qu'aux victimes des SLAPP qu'il nous faut. En fait, il y a dans le nouveau C.p.c. l'équivalent d'une loi anti-SLAPP, anti-abus. Ce qu'il faut maintenant, c'est la ferme volonté de l'appliquer, un plan pour la mettre en œuvre, en plus de quelques modifications qui donneront plus de justice à tous, notamment les membres de groupes de citoyens, mais seulement à eux.
<p>Luce MARGONTY, « Mobilisation contre les poursuites stratégiques », <i>La Presse</i> (11 octobre 2006, p. A5).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Pour rétablir l'équilibre devant le système judiciaire, l'AQPLA et le CRRE demandent au gouvernement « de prévoir des mesures permettant un allègement du fardeau de la preuve en défense et de mettre en place un fonds d'aide à la disposition des défendeurs ».
<p>Michelle LALONDE, « Green Groups Launch Offensive », <i>The Gazette</i> (11 October 2006, p. A8).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Calling their campaign People, Shut Up! (Citoyens Taisez-vous!), the AQLPA and the Comité de restauration de la rivière Etchemin (CRRE) want to raise \$125 000 to fight the lawsuit.
<p>CNW TELBEC, « Citoyens, taisez-vous! Campagne de mobilisation contre les poursuites abusives » (http://www.cnw.ca/fr/releases/archive/October2006/10/c6331.html, 10 October 2006).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Lancement de Citoyens taisez-vous! (et historique de la cause).

Les poursuites juridiques contre la mobilisation politique (SLAPP)

<p>CNW TELBEC, « Invitation aux médias : Campagne de mobilisation contre les poursuites abusives ». http://www.cnw.ca/fr/releases/archive/October2006/05/c5651.html, 5th October 2006).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Conférence de presse pour dévoiler le thème de la campagne de mobilisation contre les poursuites abusives.
<p>Pierre CRAIG, « Faire taire les citoyens à n'importe quel prix? », <i>La Facture (Radio Canada)</i> (http://www.radio-canada.ca/actualite/v2/lafacture/niveau2_11055.shtml#, 3 octobre 2006).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Historique de l'AQLPA versus AIM.
<p>Simon BOIVIN, « L'entrevue : Stéphane Bédard, critique péquiste en matière de justice », <i>Le Soleil</i> (23 septembre 2006, p. 20).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Stéphane Bédard (critique péquiste en matière de justice) ne propose aucune solution pour les outils afférents au SLAPP, doit « faire preuve d'imagination ».
<p>Michel CORBEIL, « L'AQLPA peut enfin assurer sa survie », <i>Le Soleil</i> (21 septembre 2006, p. 17).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Victime présumée d'une poursuite abusive, l'Association québécoise de lutte à la pollution atmosphérique (AQLPA) s'est trouvée un assureur. La très britannique compagnie Lloyd's prend le risque que la Promutuel Dorchester ne voulait plus assumer. • André Bélisle a souligné que la Lloyd's compte parmi les compagnies d'assurances qui ont été les plus rapides à reconnaître que les changements climatiques augmentent les possibilités de désastres naturels – un point de vue au cœur de l'engagement de l'AQLPA. • Deux objectifs de l'AQLPA : (1) une aide financière à l'AQLPA dans sa lutte contre l'AIM; (2) amener le gouvernement à voter une loi contre ce type de recours.
<p>Louis-Gilles FRANCOEUR, « Béchard prêt à étudier une loi contre les poursuites abusives », <i>Le Devoir</i> (19 septembre 2006), p. A2.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Le mandat en question (tel que discerné par les Ministres de l'environnement et de la justice) comprendra par ailleurs un volet sur la possibilité pour Québec de garantir lui-même ou autrement, aux groupes écologistes et aux conseils régionaux de l'environnement (CRE), une couverture d'assurance en matière de responsabilité civile pour éviter ce qui arrive présentement à l'AQLPA. • Les seuls frais de dépenses suscités par une poursuite abusive peuvent coûter facilement à quelqu'un sa maison ou sa sécurité financière, ce sur quoi tablent certains pollueurs pour réduire les contestataires au silence. • Ici, Québec n'hésite pas à accorder depuis des années, aux fédérations sportives et à toutes leurs sections en région, une couverture d'assurance à ses frais.
<p>François CARDINAL, « Appel à l'aide des organismes verts », <i>La Presse</i> (15 septembre 2006, p. A15).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Regroupement national des conseils régionaux de l'environnement (RNCREQ) a envoyé une lettre à Claude Béchard lui suggérant de prendre l'exemple de son collègue des loisirs, qui soutient le Regroupement Loisir Québec (un OBNL qui offre une assurance responsabilité aux groupes oeuvrant dans le domaine du loisir). • À cet égard, il n'existe aucune protection semblable dans le domaine de l'environnement. • Exemple de l'AQLPA (Association québécoise de la lutte contre la pollution atmosphérique), qui pourrait fermer ses portes à cause d'une « poursuite abusive ». • Le RNCREQ demande une action rapide pour éviter que d'autres groupes subissent le même sort que l'AQLPA (poursuite de l'AQLPA par AIM de Lévis, puisque l'AQLPA a osé la traîner devant les tribunaux, poursuite de \$5 millions).

Les poursuites juridiques contre la mobilisation politique (SLAPP)

	<ul style="list-style-type: none"> Le RNCREQ ne veut d'ailleurs pas que sa proposition remplace une éventuelle loi anti-SLAPP, mais plutôt qu'elle s'y ajoute.
Marc SAINT-PIERRE, « Un appui pour l'AQLPA », <i>Le Soleil</i> (14 septembre 2006, p. 18).	<ul style="list-style-type: none"> Québec solidaire (QS) vient de s'aligner aux côtés de l'AQLPA dans le conflit qui l'oppose à AIM. En sols québécois et canadien, des poursuites du même ordre ont cours, notamment contre la Coalition contre le projet d'incinération de sols contaminés à Belledune, au Nouveau Brunswick.
Louis-Gilles FRANCOEUR, « Mort clinique de l'AQLPA », <i>Le Devoir</i> (9 septembre 2006, p. A2).	<ul style="list-style-type: none"> Selon Julius Grey, qui se dit prêt à aider l'AQLPA pour se défendre, « il faut une législation au Québec contre les SLAPP », soutenant que les règles du Barreau contre les poursuites abusives sont sans effet ici. « Cette législation devra prévoir une immunité relative pour les citoyens, sauf en cas de mauvaise foi, quand ils se battent pour leurs droits ou pour l'environnement. On doit leur donner la même immunité qu'on réserve au gouvernement, qu'on ne peut pas poursuivre, par exemple, s'il a adopté une loi déclarée illégale par la suite. Et il faut aussi rendre accessible la justice aux simples citoyens, car devant une grande entreprise, qui peut facilement déboursier un million pour effrayer et museler des citoyens qui l'attaquent, le simple fait de se défendre devant les tribunaux est carrément hors de prix. La disproportion des moyens est trop grande : on doit réagir contre cela ».
Hugo JONCAS, « Un ferrailleur américain veut bâillonner un groupe écologiste », <i>Les affaires</i> (9 septembre 2006, p. 74).	<ul style="list-style-type: none"> L'entreprise de ferraille (AIM de Lévis) accuse l'AQLPA d'être financée secrètement par un compétiteur et d'agir de façon à nuire à son image. La Cour a alors donné raison à l'AQLPA, qui accusait AIM d'avoir procédé sans permis du ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (MDDEP). Les avis d'infraction se sont ensuite multipliés, et l'injonction a été renouvelée plusieurs fois par la Cour supérieure, qui a également déclaré que les dénonciations d'AIM par l'AQLPA étaient légitimes. Jusqu'au dépôt de la poursuite en diffamation déposée par AIM, le groupe écologiste a donc eu gain de cause sur toute la ligne. Qu'à cela ne tienne : l'entreprise – dont la société-mère exploite aussi des filiales de services environnementaux – a lancé une poursuite en dommages et intérêts de 5M\$ contre 11 personnes et organismes ayant manifesté contre le projet de l'entreprise, incluant l'AQLPA. La poursuite de AIM a toutes les apparences d'une SLAPP.
Hugo JONCAS, « Une loi anti-bâillon? », <i>Les affaires</i> (9 septembre 2006, p. 74).	<ul style="list-style-type: none"> Le Parti vert du Québec (PVQ) réclame une loi « anti-SLAPP » pour empêcher les entreprises et les grandes organisations d'intenter ce qu'il est convenu d'appeler des « poursuites stratégiques contre la mobilisation publique ». Comme dans le cas de la poursuite d'AIM contre l'AQLPA, les organisations poursuivies, même si elles gagnent, doivent payer les honoraires de leurs avocats pour se défendre. Rien dans le Code civil ne garantit le remboursement de ces lourdes dépenses par le demandeur s'il perd. Une situation que le PVQ voudrait voir corrigée. Marc-André Blanchard (GLH) croit plutôt qu'une nouvelle loi sur le libelle et la diffamation est nécessaire. « Elle devrait être plus large qu'une simple loi anti-SLAPP et autoriser la défense de vérité », dit-il. Cet argument, inexistant dans le CcQ, prévoit que les propos du défendeur ne peuvent pas être considérés comme de la diffamation s'ils constituent la vérité. « Au Canada anglais, il s'agit d'une défense valable en vertu de la <i>Common Law</i> », dit M. Blanchard.
Presse Canadienne, « Les écologistes contraints de fermer à Lévis », <i>Le Journal de Québec</i> (9 septembre 2006), p.13.	<ul style="list-style-type: none"> Le président de l'association (AQLPA), André Bélisle, reproche au ministère de l'Environnement d'avoir fermé les yeux dans le dossier d'AIM. M. Bélisle soutient que l'injonction du tribunal aurait dû être réclamée par le ministère de l'Environnement. Julius Grey estime que le gouvernement a l'obligation, pour préserver la

Les poursuites juridiques contre la mobilisation politique (SLAPP)

	<p>démocratie, d'avoir un fonds pour ce genre de poursuite et de s'assurer que les actions punitives par les grandes entreprises contre ceux qui ont intenté des actions ne soient pas admises.</p>
<p>Philip AUTHIER, « Ban lawsuits to silence critics, Greens argue », <i>The Gazette</i> (August 24th 2006), p. A9.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Green Party leader Scott McKay said that a U.S.-style anti-SLAPP law would go a long way to curb what he said is a growing tendency of corporations and developers to try and muzzle dissent from citizens contesting their projects through the courts.
<p>Isabelle LAPORTE, « Le Parti vert réclame une loi « anti-SLAPP » », <i>La Presse</i> (24 août 2006, p. A18).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La Loi québécoise sur l'environnement encourage chaque citoyen à sonner l'alarme en cas d'infraction. Mais à l'heure actuelle, le redresseur de torts risque d'y perdre sa chemise. • D'après le Parti vert, cette loi (loi anti-SLAPP) devrait permettre de filtrer ce type de poursuite et obliger Goliath à payer les frais juridiques de David si ce dernier gagnait sa cause. De plus, il faudra créer un fonds de défense des citoyens et réviser la Charte québécoise pour y inclure la notion de droit à la participation à la vie publique. • D'après Jean-François Girard (président du Centre québécois du droit de l'environnement), une autre option est plausible : demander que celui qui l'intente (Goliath) finance, sous la forme d'une caution, la défense de la personne ou du groupe poursuivi (David). Si l'accusation s'avérait fondée, ces sommes devraient être remboursées.
<p>Josée BOILEAU, « Éditorial : Droit de parole », <i>Le Devoir</i> (19 août 2006), p. B4.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Vu les détails de l'affaire (<i>AIM c. AQLPA</i>), le terme SLAPP est utilisé ici avec prudence, mais il est clair qu'au Québec, depuis peu, des opposants à des projets environnementaux sont fortement incités à se taire. • Si on a enfin compris qu'au nom de l'intérêt public, il fallait protéger les « dénonciateurs » dans l'appareil gouvernemental, ce même souci devrait s'appliquer lorsque ce sont des citoyens qui sonnent l'alarme pour leur communauté.

Annexe 3

Article 20 des *Rules of Civil Procedure*, établie en vertu du *Courts of Justice Act* (R.R.O. 1990, Reg. 194) en matière de jugement sommaire

APPLICABILITÉ

Au demandeur

20.01 (1) Le demandeur peut, après que le défendeur a remis une défense ou signifié un avis de motion, demander, par voie de motion, appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, un jugement sommaire sur la totalité ou une partie de la demande formulée dans la déclaration. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.01 (1).

(2) Le demandeur peut demander, par voie de motion présentée sans préavis, l'autorisation de signifier avec la déclaration un avis de motion en vue d'obtenir un jugement sommaire. L'autorisation peut être accordée en cas d'urgence extraordinaire, sous réserve de directives justes. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.01 (2).

Au défendeur

(3) Le défendeur peut, après avoir remis une défense, demander, par voie de motion appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, un jugement sommaire rejetant en totalité ou en partie la demande formulée dans la déclaration. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.01 (3).

AFFIDAVITS

20.02 Dans un affidavit à l'appui d'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire, une partie peut faire état des éléments qu'elle tient pour véridiques sur la foi de renseignements, comme le prévoit le paragraphe 39.01 (4). Toutefois, dans le cas où la partie ne fournit pas le témoignage de personnes ayant une connaissance directe des faits contestés, le tribunal peut en tirer des conclusions défavorables, s'il y a lieu, lors de l'audition de la motion ou de l'instruction sommaire. R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.02; Règl. de l'Ont. 533/95, art. 2.

MÉMOIRES REQUIS

20.03 (1) Dans le cas d'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire, chaque partie signifie aux autres parties à la motion un mémoire comprenant une argumentation concise exposant les faits et les règles de droit qu'elle invoque. Règl. de l'Ont. 14/04, art. 14.

(2) Le mémoire de l'auteur de la motion est signifié au moins quatre jours avant l'audience. Règl. de l'Ont. 14/04, art. 14.

(3) Le mémoire de la partie intimée est signifié au moins deux jours avant l'audience. Règl. de l'Ont. 14/04, art. 14.

(4) Le mémoire de chaque partie est déposé, avec la preuve de la signification, au greffe du tribunal où la motion doit être entendue, au moins deux jours avant l'audience. Règl. de l'Ont. 14/04, art. 14.

DÉCISION SUR LA MOTION

Dispositions générales

20.04 (1) Lorsqu'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire est appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, la partie intimée ne peut se contenter des simples allégations ou dénégations contenues dans ses actes de procédure. Elle doit préciser, au moyen d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, des faits spécifiques indiquant qu'il y a une question litigieuse. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.04 (1); Règl. de l'Ont. 533/95, art. 3.

(2) Le tribunal rend un jugement sommaire si, selon le cas :

a) il est convaincu qu'une demande ou une défense ne soulève pas de question litigieuse;

b) il est convaincu qu'il est approprié de rendre un jugement sommaire et les parties sont d'accord pour que tout ou partie de la demande soit décidé par jugement sommaire. Règl. de l'Ont. 284/01, art. 6.

Si la seule question litigieuse est le montant de la demande

(3) Le tribunal, s'il est convaincu que la seule question litigieuse porte sur le montant auquel l'auteur de la motion a droit, peut ordonner l'instruction de la question ou rendre un jugement et ordonner un renvoi afin de fixer le montant. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.04 (3).

Si la seule question litigieuse est une question de droit

(4) Le tribunal, s'il est convaincu que la seule question litigieuse porte sur une question de droit, peut trancher cette question et rendre un jugement en conséquence. Toutefois, si la motion est présentée à un protonotaire, elle est déferée à un juge pour audition. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.04 (4).

Demande de reddition de comptes seulement

(5) Si le demandeur est l'auteur de la motion et qu'il demande une reddition de comptes, le tribunal peut rendre jugement sur la demande et ordonner un renvoi pour la reddition des comptes, à moins que le défendeur ne convainque le tribunal qu'une question préliminaire doit être instruite. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.04 (5).

NÉCESSITÉ D'UNE INSTRUCTION

Pouvoirs du tribunal

20.05 (1) Si le jugement sommaire est refusé ou n'est accordé qu'en partie, le tribunal peut rendre une ordonnance dans laquelle il précise les faits pertinents qui ne sont pas en litige et les questions qui doivent être instruites. Il peut également ordonner que l'action soit instruite en étant :

- a) inscrite immédiatement, ou dans un délai déterminé, au rôle des causes devant être instruites par priorité;
- b) inscrite pour instruction suivant la voie normale ou dans un délai déterminé. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.05 (1).

(2) L'instruction est conduite en tenant pour acquis que les faits ainsi précisés sont réputés établis, à moins que le juge du procès n'ordonne autrement afin d'éviter une injustice. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.05 (2).

Pouvoir d'imposer des conditions

(3) Le tribunal, s'il ordonne l'instruction d'une action, en tout ou en partie, peut donner les directives ou imposer les conditions qu'il estime justes, et ordonner notamment :

- a) la consignation de la totalité ou d'une partie de la somme demandée;
- b) le versement d'un cautionnement pour dépens;
- c) la limitation de l'enquête préalable, le cas échéant, à des questions qui n'ont pas été traitées dans les affidavits présentés à l'appui de la motion et dans les contre-interrogatoires sur ceux-ci, et l'utilisation de ces affidavits et contre-interrogatoires à l'instruction comme s'il s'agissait d'interrogatoires préalables. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.05 (3).

Défaut de se conformer à l'ordonnance

(4) Si une partie ne se conforme pas à une ordonnance de consignation ou de cautionnement pour dépens, le tribunal peut, sur motion de la partie adverse, rejeter l'action, radier la défense ou rendre une autre ordonnance juste. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.05 (4).

(5) Si la défense est radiée sur motion présentée en application du paragraphe (4), le défendeur est réputé constaté en défaut. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.05 (5).

CONDAMNATION AUX DÉPENS POUR USAGE ABUSIF DE LA RÈGLE

Rejet de la motion

20.06 (1) Si la motion en vue d'obtenir un jugement sommaire est rejetée, le tribunal fixe les dépens de la motion que peut recouvrer la partie adverse sur une base d'indemnisation substantielle et ordonne à l'auteur de la motion de les payer sans délai, à moins que le tribunal ne soit convaincu que la motion était légitime malgré le rejet. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.06 (1); Règl. de l'Ont. 284/01, par. 7 (1).

Partie de mauvaise foi

(2) Si le tribunal constate qu'une partie à une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire a agi de mauvaise foi ou principalement dans l'intention de causer des retards, le tribunal peut fixer les dépens de la motion sur une base d'indemnisation substantielle et lui ordonner de les payer sans délai. R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 20.06 (2). Règl. de l'Ont. 284/01, par. 7 (2).

EFFET DU JUGEMENT SOMMAIRE

20.07 Le demandeur qui obtient un jugement sommaire peut poursuivre le même défendeur pour d'autres mesures de redressement. R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.07.

SURSIS D'EXÉCUTION

20.08 Le tribunal, s'il constate qu'il devrait être sursis à l'exécution d'un jugement sommaire en attendant le règlement d'une autre question en litige dans l'action, d'une demande reconventionnelle, d'une demande entre défendeurs ou d'une mise en cause, peut ordonner le sursis à des conditions justes. R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.08.

APPLICATION AUX DEMANDES RECONVENTIONNELLES, AUX DEMANDES ENTRE DÉFENDEURS ET AUX MISES EN CAUSE

20.09 Les règles 20.01 à 20.08 s'appliquent, avec les modifications nécessaires, aux demandes reconventionnelles, aux demandes entre défendeurs et aux mises en cause. R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.09.