

La cyberintimidation : Analyse juridique

*Karen D. Levin**

INTRODUCTION

Les cours de récréation ont toujours été des endroits de grand divertissement et de grande peine. La récréation scolaire consiste d'une période de temps où, hors des bornes de l'école et loin des yeux vigilants des enseignants, les enfants sont libres à s'amuser et à se tourmenter. Quand on grandit, le supplice s'aggrave. Les adultes se font asticotés au bureau par des collègues ou des employeurs, ou harcelés dans des bars ou des boîtes de nuit.

L'intimidation n'est pas un concept nouveau. Les enfants s'y familiarisent dès un jeune âge, et les adultes y sont eux aussi exposés par le biais d'actes criminels ou de voies de fait. Ce phénomène social, analysé pour la première fois par Olweus dans les années 1970¹, est un problème sérieux et répandu, ayant des conséquences néfastes, qui empuantit les relations sociales et abuse les plus faibles. Au cours des dernières dix années, le rôle de la technologie dans la vie des individus s'est accru. Auparavant, l'intimidation exigeait une présence et un contact physique, ou bien était perpétrée légèrement par la voie de la poste ou par un coup d'appel téléphonique. Aujourd'hui, par contre, l'ubiquité des téléphones cellulaires et l'accessibilité à l'Internet ont mené à une nouvelle manifestation : l'intimidation par la voie de la technologie, soit la « cyberintimidation. »

Dans ce mémoire va être traitée une analyse juridique de la cyberintimidation. Dans une première partie, nous tenterons de définir le terme « cyberintimidation » et les enjeux qui s'y rattachent. En deuxième lieu, nous examinerons la motivation qui mène à la cyberintimidation, ainsi que la manière dans laquelle l'acte se produit. Troisièmement, nous évaluerons les provisions du droit criminel fédéral, des droits de la personne, et du droit des délits civils afin de déterminer l'efficacité de notre système juridique à détourner la cyberintimidation. Finalement, nous trancherons la question de réforme qui se propose au Canada, la comparant aux réformes qui se produisent aux États-Unis, pour déterminer si la réforme juridique nous sera utile.

I. DÉFINITION

Comme la cyberintimidation est un développement récent, il n'existe, dans aucun dictionnaire scolaire ou juridique, une définition nette et concrète du terme.

* B.A.H. en littérature française (Université Queen's), LL.B. (Université d'Ottawa). Karen D. Levin souhaite remercier la professeure Teresa Scassa pour le soutien et les conseils qui lui ont permis d'explorer son intérêt dans le domaine du droit et technologie à travers la rédaction de cet article. L'auteur voudrait également remercier sa famille et Patrick J. Hall pour leur appui.

¹ David P. Farrington, « Understanding and Preventing Bullying » (1993) 17 Crime and Justice 381 à la p. 381.

Bill Belsey, créateur du premier site Web qui expose et analyse le sujet de la cyberintimidation, est souvent cité comme un expert dans cette matière. Selon lui, la cyberintimidation (*cyberbullying*) implique l'usage récurrent de technologies informatiques pour but de faire du mal intentionnel à autrui². L'élément de l'intention de l'acte est clairement établi dans la définition de Belsey. Ainsi est exclue l'intimidation qui peut se produire « par hasard » ou « par accident »; la notion même de la cyberintimidation suppose un acte posé volontairement et de façon expresse. Bien que la définition de Belsey suppose une récurrence de l'acte, *Le Petit Larousse* ne fait aucune allusion à la récurrence dans la définition du verbe « intimider, » qui se décrit tout simplement comme « inspirer de la crainte, de la peur à »³.

La définition de Shaheen Sharrif et de Leanne Johnny est silencieuse à ce sujet. Elles décrivent la cyberintimidation comme étant « covert, psychological bullying, conveyed through electronic mediums [. . .]. It is verbal (over the telephone or cell phone), or written (flaming, threats, racial, sexual or homophobic harassment) using the various mediums available »⁴. Cette définition soulève des éléments qui sont punissables sous les régimes juridiques provincial et fédéral : les menaces (qui consistent de voies de fait en délits civils, et qui sont prohibées à l'article 254.1 du *Code criminel*⁵); le harcèlement discriminatoire (qui, selon certains, est un délit civil, et qui est interdit à l'article 264 du *Code criminel*); et, l'agression sexuelle (défendue à l'article 271 du *Code criminel* et considérée, selon le cas, comme voie de fait). Ces délits civils et infractions criminelles, ainsi que leur rapport avec la cyberintimidation, seront étudiés en plus grand détail ci-dessous.

Justin W. Patchin et Sameer Hinduja revisitent les concepts de Belsey dans leur définition : « we define cyberbullying as willful and repeated harm inflicted through the medium of electronic text »⁶. Le mot « willful » soulève l'élément de l'intention, et « repeated » la notion de la récurrence. Cependant, Patchin et Hinduja s'écartent de Belsey en soulevant un nouveau constituant de la cyberintimidation : l'intérêt de l'agresseur. Les agresseurs désirent non seulement faire du mal à autrui, selon eux, mais aussi « seek implicit or explicit pleasure or profit »⁷. La cyberintimidation comporte donc un élément de méchanceté et d'abus de pouvoir, constituants qui seront repris ci-dessous lors de l'analyse de la *mens rea* des infractions criminelles.

² La définition exacte de Bill Belsey, qui se trouve en ligne à <<http://www.cyberbullying.org>>, est la suivante : « Cyberbullying involves the use of information and communication technologies to support deliberate, repeated, and hostile behaviour by an individual or group, that is intended to harm others. »

³ s.v. « intimider ».

⁴ « Cyber-Libel and Cyber-Bullying : Can Schools Protect Student Reputations and Free-Expression in Virtual Environments? » (2007) 16 Educ. & L.J. 307 à la p. 312. L.R.C. 1985, c. C-46 [*Code criminel*].

⁶ « Bullies Move Beyond the Schoolyard : A Preliminary Look at Cyberbullying » (2006) 4 Youth Violence and Juvenile Justice 148.

⁷ *Ibid.*

II. MANIFESTATION DE L'ACTE

De nos jours, les téléphones cellulaires sont devenus omniprésents, sans égard aux différents niveaux de revenus des consommateurs. Comme les téléphones cellulaires offrent des fonctionnements différents à ceux que nous retrouvons chez des téléphones de ligne terrestre — comme, par exemple, l'accès aux programmes de messagerie instantanée, la capacité de prendre des photographies, ou la messagerie texte — ils permettent l'intimidation à la fois verbale, écrite, et même photographique de se produire. La tendance à l'utilisation accrue du téléphone cellulaire a été constatée par le Bureau de la consommation du Canada. Selon leurs sondages⁸, 16,8 millions de Canadiens étaient abonnés aux services de téléphone cellulaire par la fin du mois de mars 2006, ce qui indique une croissance soutenue de 11,9 pourcent d'une année à l'autre. Le nombre de Canadiens possédant un téléphone cellulaire est plus augmenté chez les jeunes utilisateurs : ils passent près de deux fois plus de temps au téléphone que les personnes âgées de 55 ans et plus. Et, le nombre de messages individuels envoyés par les Canadiens par la voie de la messagerie texte a augmenté de 174 millions en 2002 à 1,5 milliards en 2005.

L'Internet a également commencé à jouer un rôle de plus en plus important pour les consommateurs, car c'est accessible aux utilisateurs à tout temps, et de n'importe quel endroit. Selon un sondage⁹ de Statistique Canada conduit en 2007, 68 pourcent des personnes qui utilisent l'Internet à partir de leur domicile le font à tous les jours durant un mois type, et 50 pourcent ont déclaré utiliser l'Internet cinq heures ou plus durant une semaine type.

Auparavant, la capacité d'intimider autrui était limitée. À l'école, par exemple, l'intimidation terminait avec le résonnement d'une cloche de récréation, ou quand l'étudiant rentrait chez soi à la fin de la journée. De nos jours, par contre, l'influence accroissant de la technologie a créé une plateforme illimitée pour la cyberintimidation. L'omniprésence des téléphones cellulaires ainsi que l'accessibilité de l'Internet fournissent un moyen de se mettre en contact avec les masses et de créer des liens entre individus. Par conséquent, l'intimidation est rendue presque inévitable.

La cyberintimidation se matérialise de plusieurs façons. Elle se manifeste directement, c'est-à-dire avec une victime spécifiquement visée par son agresseur et un dialogue privé entre victime et agresseur. C'est cette catégorie qui englobe toute communication de messagerie instantanée, courrier électronique (y inclus la messagerie privée sur des sites de réseautage comme Facebook ou MySpace), messagerie texte (*text messaging*), ou transmission traditionnelle de la voix. La cyberintimidation peut également se réaliser indirectement et de façon plus générale. Cette catégorie englobe tout commentaire d'intimidation publié sur un site Web, comme sur un blogue, un forum, ou une « page de profil » sur un site de réseautage, ou envoyé aux masses (*mass messaging*). Cette voie d'intimidation s'accomplit par la communication de commentaires d'intimidation à une audience plus large.

⁸ Le Bureau de la consommation du Canada (BC), « L'expansion des services de téléphonie cellulaire » (22 janvier 2008), en ligne : <<http://www.ic.gc.ca>>.

⁹ Statistique Canada, « Enquête canadienne sur l'utilisation d'Internet » *Le Quotidien* (12 juin 2008), en ligne : <<http://www.statcan.ca>>.

La cyberintimidation est particulièrement répandue parmi les jeunes, car « kids bully anyway and they are more than early adopters of technology; technology is a central pillar in their social infrastructure »¹⁰. De plus, sans supervision ni crainte d'être puni, il n'est pas surprenant que les enfants étalent leur agression par l'usage de la technologie.

Toutefois, les jeunes ne sont pas les seuls à cyberintimider. Comme la technologie facilite l'adoption d'une identité fictionnelle, ainsi que supporte la capacité d'agir à l'anonyme, l'Internet est devenu un endroit dangereux où les agresseurs sexuels et les ravisseurs peuvent flâner librement. La cyberintimidation ne différencie pas entre les agresseurs jeunes ou âgés, et les adultes peuvent également être des cyber-agresseurs. Robert Ralph Innes, par exemple, s'est muni d'une identité fabriquée et a communiqué avec une jeune adolescente par messagerie instantanée, l'encourageant de se filmer dans des positions sexuelles. Innes l'avait enregistrée, et puis a menacé de montrer la vidéo à d'autres si sa victime ne continuait pas à suivre ses ordres¹¹. L'affaire *Innes* n'est qu'un exemple de cyberintimidation, et la jurisprudence s'accroît.

III. CONSÉQUENCES JURIDIQUES

Innes a été condamné pour l'extorsion, le leurre, et la production de pornographie juvénile. Il est notable que, parmi les infractions pour lesquelles était condamné Innes, seul le leurre, prévu au paragraphe 172.1(1) du *Code criminel*, incorpore nécessairement la communication au moyen d'un ordinateur. Il est donc évident que, même si la loi canadienne ou provinciale ne prévoit aucune provision explicite pour la réglementation de la cyberintimidation, elle peut répondre à certains problèmes qui y sont liés.

(a) Droit criminel

Le harcèlement criminel, prévu à l'article 264 du *Code criminel*, prévoit une infraction criminelle qui peut s'appliquer à la cyberintimidation. Selon les définitions notées ci-dessus, la cyberintimidation est un type d'agression qui se rapproche au harcèlement; donc, il n'est pas déraisonnable à croire que les tribunaux se tourneraient vers cette provision pour répondre aux instances aggravées de harcèlement technologique.

Pour établir un cas de harcèlement, comme décrit à l'article 264 du *Code criminel*, il faut que le ministère public démontre, selon le juge Berger, cinq éléments¹². Premièrement, le ministère public doit établir que l'accusé s'est engagé dans la conduite définie au paragraphe 264(2). Deuxièmement, il doit établir que le

¹⁰ Moira MacDonald, « Taking On the Cyberbullies : Hidden behind online names and aliases, they taunt, even lay down death threats » *The Toronto Sun* (16 juillet 2008), en ligne : The Sun <<http://www.torontosun.com>>.

¹¹ *R. v. Innes*, 2007 ABPC 237, 423 A.R. 14; conf. par 2008 ABCA 129, 429 A.R. 164.

¹² Ces éléments ont été énoncés pour la première fois dans l'arrêt *R. v. Sillipp* (1997), 209 A.R. 253, [1998] 2 W.W.R. 653 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 26409 (8 janvier 1998)), et ont été suivis par des tribunaux dans de nombreuses provinces canadiennes. Il faut noter que ces éléments doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable.

plaignant a été harcelé. Être harcelé équivaut : « tormented; troubled; worried, continually or chronically; plagued, bedeviled and badgered »¹³; et, il faut noter que ces mots ne devraient être lus de façon cumulative, mais individuellement¹⁴. Troisièmement, il faut que le ministère public démontre que c'était l'accusé qui a harcelé le plaignant, et qu'il savait, aurait dû savoir, ou a délibérément ignoré que le plaignant se faisait harcelé. Quatrièmement, le ministère public doit établir que la conduite de l'accusé a influencé le plaignant à craindre que sa propre sécurité ou celle de ses proches était menacée. Finalement, le ministère public doit prouver que la crainte du plaignant était raisonnable dans les circonstances.

Ces étapes peuvent poser plusieurs problèmes pour une accusation de harcèlement par la voie de technologies. Les deux premières étapes ne seraient aucunement difficiles à établir. L'agresseur est facilement identifiable : il se peut que la victime connaisse l'identité véridique de son agresseur; ou, il se peut même que la police retrouve l'agresseur en analysant les données de son ordinateur, comme par exemple, en identifiant son adresse IP. D'autant plus, la nature de la technologie permet la sauvegarde des informations. Ainsi, l'accusé peut se faire identifier par des indices dans les messages envoyés à sa victime; et, par la sauvegarde des conversations instantanées ou des courriels électroniques, la deuxième étape est rencontrée.

La troisième exigence pose problème, par contre. Il est possible qu'un cyber-agresseur ne sache pas qu'il harcèle le plaignant. Comme les communications technologiques facilitent la création de nouvelles identités, il se peut qu'un jeune prétende être adulte. Si « l'agresseur » ne sait pas que la personne avec laquelle il parle est mineure, il est bien possible qu'il la harcèle en disant certains commentaires, ou en faisant allusion à certains actes, sans vouloir et même en ignorant que le jeune se fasse harcelé. La *mens rea* du crime — le fait de délibérément ignorer que le plaignant est harcelé, ou le fait de savoir que le plaignant est harcelé — peut donc être plus difficile à établir pour la cyberintimidation que pour le harcèlement.

En outre, les deux derniers volets du test sont problématiques lorsque nous adaptons le même test à la cyberintimidation. Selon le juge Berger, la conduite de l'accusé doit influencer la victime à craindre que sa sécurité ou celle de ses proches soit menacée, et cette crainte doit être objectivement raisonnable. Bien que ces critères soient utiles dans l'instance d'un harcèlement physique et concret, comment est-ce que le plaignant peut raisonnablement craindre sa sécurité si l'agression se passe uniquement par le biais de la technologie? Une insulte ou une menace de sécurité ne peut inspirer une crainte raisonnable si l'agresseur n'est pas physiquement capable de l'effectuer. La cyberintimidation peut s'effectuer lorsque le cyber-agresseur est dans une ville différente que sa victime, voire un pays différent. L'imminence de l'agression est perdue dans une agression technologique, ce qui fait en sorte que la crainte objective soit difficile à prouver. Et, comme toute infraction criminelle exige la preuve hors de tout doute raisonnable, il est improbable que

¹³ R. v. Kosikar (1999), 178 D.L.R. (4^e) 238, 124 O.A.C. 289, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27604 (26 novembre 1999).

¹⁴ R. v. Kordrostami (2000), 47 O.R. (3^e) 788, 130 O.A.C. 63.

ce critère soit utile ou même possible à établir dans un procès pour la cyberintimidation.

Ces étapes, suivies dans de nombreuses analyses sous l'article 264 du *Code criminel* par des juges de différentes juridictions, ne sont donc pas utiles en ce qui a trait à la cyberintimidation. Cependant, il est notable que la Cour suprême du Canada ne s'est jamais prononcée sur ces critères et sur l'efficacité d'une telle analyse. Il est donc possible que, dans le futur, la Cour suprême établisse des critères d'analyse du harcèlement criminel qui peuvent être adaptés à des instances de cyberintimidation.

De plus, tous les tribunaux n'emploient pas la méthode d'analyse du juge Berger. Dans un arrêt récent, le juge Cioni a choisi de ne pas effectuer une analyse sur la base de ces étapes. Dans l'arrêt *R. v. Barnes*¹⁵, le juge Cioni a condamné l'accusé pour « cyber-stalking » sous l'article 264 du *Code criminel*. L'accusé avait infiltré l'ordinateur de la victime, accédé à tous ses mots de passe, et circulé des photographies indécentes d'elle sur l'Internet. Selon le juge, l'accusé avait utilisé l'information trouvée sur l'ordinateur d'une manière agressive : « He disrupted her life with a specific plan of making her pay. It was a mean act. It's devastating and I find it a particular aggravating fact here »¹⁶. L'arrêt *R. v. Barnes* est l'unique arrêt à date de condamner un accusé pour « cyber-stalking » et sert à établir un précédent utile de condamnation pour la cyberintimidation, même si l'arrêt n'a été jugé que dans une cour provinciale.

La *mens rea* de l'infraction prohibant la cyberintimidation pose un problème similaire lorsque nous tentons d'appliquer l'alinéa 264.1(1)(a) du *Code criminel* pour condamner un cyber-agresseur. L'infraction prévoit que « [c]ommet une infraction quiconque *sciemment* profère, transmet ou fait recevoir par une personne, de quelque façon, une menace de causer la mort ou des lésions corporelles à quelqu'un » [nos italiques]. Bien que les tribunaux prennent en considération l'intention d'intimider ou d'évoquer de la crainte, la *mens rea* de l'infraction détaillée au paragraphe 264.1(1) consiste de l'intention que les menaces soient prises au sérieux¹⁷. Il faut donc que les menaces soient analysées non pas objectivement, mais subjectivement. Or, comment prouver à l'Internet ou par l'entremise de la technologie qu'une menace soit sciemment transmise pour être prise au sérieux? Il est certainement possible qu'une personne démontre ses intentions subjectives par l'envoi répétitif de menaces vulgaires ou détaillées; cependant, la plupart des communications par la voie de la technologie sont écrites, et le ton d'un message peut être difficile à décoder. Dans l'arrêt *R. v. Fenton*¹⁸, par exemple, l'accusé était poursuivi sous l'alinéa 264.1(1)(a) du *Code criminel* pour avoir publié des menaces de mort contre le Premier ministre Harper par le biais de son journal intime à l'Internet. Fenton a proféré des menaces, certes, mais la Cour du banc de la Reine de l'Alberta a conclu que Fenton n'avait aucunement l'intention que ces menaces

¹⁵ [2006] A.J. n° 965 (Prov. Ct.)(QL), conf. par 2006 ABCA 295, 71 W.C.B. (2^e) 305.

¹⁶ [2006] A.J. n° 965 au para. 21 (Prov. Ct.)(QL), conf. par 2006 ABCA 295, 71 W.C.B. (2^e) 305.

¹⁷ *R. v. Valle-Quintero* (2002), 165 O.A.C. 275, 169 C.C.C. (3^e) 140.

¹⁸ 2008 ABQB 251, 443 A.R. 275 [*Fenton*].

soient prises au sérieux. Il ne faisait qu'exprimer une opinion, et n'avait pas le désir de réaliser les menaces.

Cette approche a été employée dans l'arrêt récent *R. v. Sather*¹⁹. En l'espèce, la cour a trouvé que, même si objectivement les commentaires de l'accusé semblaient être des menaces sérieuses de causer des lésions corporelles, les commentaires n'étaient jamais subjectivement intentionnés à intimider autrui. En conséquence, l'accusé n'a pas été condamné pour avoir proféré des menaces.

Bien que la *mens rea* soit difficile à établir, l'article 264.1 du *Code criminel* a été amendé au cours du temps pour refléter les valeurs et les besoins d'une société en évolution²⁰. Ainsi, il ne serait pas déraisonnable à supposer que l'article 264.1 du *Code criminel* pourrait être utile pour la poursuite de cyber-agresseurs qui profèrent ces types de menaces.

La formulation de l'infraction supporte cette notion, car elle prohibe quiconque de proférer « une menace. » Le fait que « menace » soit au singulier sert à élargir l'étendu de l'infraction. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait plusieurs menaces pour donner effet à cette infraction; il suffit d'avoir une menace. Ainsi, malgré les différentes définitions de la cyberintimidation analysées ci-dessus et la divergence d'opinions par rapport à la nature répétitive de l'acte, cette infraction peut servir à prohiber la cyberintimidation.

En outre, il est intéressant de noter que cette infraction interdit non seulement la profération d'une menace, mais aussi la transmission de cette menace. Le verbe « transmettre » n'est pas défini dans le *Code criminel*; cependant, *Le Petit Larousse* traduit le verbe comme :

1. Faire parvenir, communiquer ce qu'on a reçu.

2. Permettre le passage, agir comme intermédiaire²¹.

La version anglaise de l'infraction soutient cette définition avec l'usage du verbe « to convey, » qui se définit dans *The Oxford English Dictionary* comme « to transmit, transfer, or cause to pass »²². En conséquence, l'auteur de la menace ne doit pas nécessairement être l'accusé; il se peut que l'émetteur de la menace soit aussi accusé²³.

Nous avons noté ci-dessus que la cyberintimidation se manifeste de deux façons, directement et indirectement. Il est clair, d'après notre analyse des infractions prohibées à l'article 264 et à l'article 264.1 du *Code criminel*, que le harcèlement criminel et la profération des menaces se classifient comme formes de cyberintimidation directe. Ce type de cyberintimidation est dirigé envers une victime spécifique. Or, la cyberintimidation indirecte, qui se manifeste par la communica-

¹⁹ 2008 ONCJ 98, 78 W.C.B. (2^e) 285.

²⁰ *Fenton*, *supra* note 18 au para. 37.

²¹ *s.v.* « transmettre. »

²² 2^e éd. *s.v.* « convey. »

²³ Cette notion pourrait soulever la question de la responsabilité des fournisseurs de services Internet, des compagnies qui fournissent l'accès à l'Internet. Il se peut, en vertu de l'art. 264.1 du *Code criminel*, *supra* note 5, qu'un fournisseur de services Internet soit tenu responsable pour la promulgation ou la facilitation de la cyberintimidation. Cependant, de nos jours, il demeure incertain si l'infraction pourrait être interprétée d'une telle manière.

tion de commentaires d'intimidation à un public plus large, est aussi visée par le *Code criminel*.

L'infraction proscrire au paragraphe 319(1) du *Code criminel* défend la communication de déclarations, en un endroit public, incitant à la haine contre un groupe identifiable, lorsqu'une telle communication est susceptible d'entraîner une violation de la paix. Il est notable que le paragraphe 319(7) du *Code criminel* définit le verbe « communiquer » comme s'entendre de la « communication par téléphone, radiodiffusion ou autres moyens de communication visuelle ou sonore. » La définition inclut expressément la communication par téléphone, donc il n'y a aucun doute qu'une déclaration incitant à la haine par l'entremise d'une téléphone cellulaire serait comprise dans l'interdiction énoncée au paragraphe 319(1). L'inclusion de la phrase « autres moyens de communication visuelle ou sonore » fait en sorte qu'il soit possible que des déclarations haineuses à l'Internet soient elles aussi défendues par l'infraction au paragraphe 319(1). L'Internet comprend des blogues et des sites Web qui peuvent contenir des communications visuelles, telles que des mots, des photographies, ou même des vidéos, ainsi que des communications sonores qui peuvent être transmises en continu (*streamed*). Une « communication, » selon le juge McIntyre, comprend « la transmission de pensées, d'idées, de mots ou de renseignements d'une personne à une autre »²⁴.

Cependant, pour que le paragraphe 319(1) du *Code criminel* constitue une manière efficace de condamner ceux qui cyberintimident à l'Internet, il faut que l'Internet constitue « un endroit public » conformément à la définition qui se retrouve au paragraphe 319(7). À date, il n'y a aucune jurisprudence qui suggère que l'Internet puisse constituer un « endroit public. » Il n'y a, toutefois, aucune jurisprudence qui indique que l'endroit public ne peut être un endroit abstrait, tel que le cyberspace.

À défaut d'élaborer un argument concret sous le paragraphe 319(1), le ministère public pourrait avoir recours au paragraphe 319(2) du *Code criminel* pour poursuivre un cyber-agresseur qui s'attaque à un groupe identifiable. Le cas de Glen David Bahr, par exemple, a été envoyé au procès par le juge M.G. Allen dans l'affaire *R. v. Bahr*²⁵. En l'espèce, l'accusé avait été l'administrateur principal d'un site Web qui encourageait la publication de déclarations offensives et de propagande haineuse.

Il est frappant que la *mens rea* du paragraphe 319(2) du *Code criminel* joue un grand rôle dans la provision. Le paragraphe 319(2) spécifie que l'infraction s'applique seulement à ceux qui fomentent « volontairement » la haine. L'infraction nécessite non seulement l'acte punissable de la communication de déclarations fomentant la haine contre un groupe identifiable, mais aussi l'aspect délibéré incitant cet acte. Inversement, le paragraphe 319(1) ne précise aucunement que la communication de déclarations incitant à la haine doit être intentionnée. Le législateur semble souligner l'acte répréhensible plutôt que l'intention répréhensible au paragraphe 319(1), car le paragraphe 319(1) indique simplement que la communication des déclarations doit « *incite[r]* à la haine » et être « *susceptible d'entraîner* une violation de la paix » [nos italiques].

²⁴ *R. c. Goldman* (1979), [1980] 1 R.C.S. 976 au para. 26.

²⁵ 2006 ABPC 360, 434 A.R. 1.

Ce manque de spécificité au premier paragraphe, bien qu'utile dans la condamnation d'un cyber-agresseur qui prétend ne pas vouloir agresser, risque d'entraîner des conséquences juridiques néfastes. L'Internet abrite des blogues et des sites Web qui peuvent être facilement créés et où est encouragée la publication d'opinions et de pensées. Sans l'élément intentionnel de la communication de déclarations haineuses en un endroit public, le paragraphe 319(1) pourrait servir comme outil de poursuite contre ceux qui ne font que s'exprimer de manière irresponsable ou exagérée, et qui n'ont aucune intention d'entraîner, par leurs commentaires, une violation de la paix.

Le paragraphe 319(2) entraîne certains problèmes juridiques également en ce qui a trait à sa fonction comme outil législatif contre la cyberintimidation indirecte. L'infraction interdit seulement la communication de déclarations faites autrement que dans une conversation privée, car, comme l'explique le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, le Parlement s'est attaché à ne pas s'ingérer dans la vie privée des particuliers²⁶. Mais, quand est-ce que l'on s'ingère dans la vie privée lorsqu'on utilise l'Internet? Si un individu envoie un courriel électronique au grand public, et ce courriel est intercepté ou lu par une tierce partie, est-ce là une ingérence dans la vie privée? Où et comment impose-t-on des limites? À l'Internet, il existe à la fois des clavardoirs publics (*public chatrooms*) et des clavardoirs privés (*private chatrooms*). Mais, si un nombre considérable d'individus s'abonne à un clavardoir privé, est-ce que le dialogue qui y prend lieu consiste d'une conversation privée, écartant donc l'infraction au paragraphe 319(2), ou d'une conversation en public?

Dans l'affaire *Warman c. Kyburz*²⁷, l'intimé avait créé un forum de discussion en ligne, auquel les membres du public devaient s'abonner pour y afficher leurs commentaires. Comme il était simple à s'inscrire et l'abonnement au site était ouvert à tous, le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que la communication dans le forum était une communication publique et non pas privée. Cette décision, n'étant pas basée sur le droit criminel, n'établit pas définitivement la manière dans laquelle la même question serait traitée dans une cour criminelle. Cependant, elle suggère une base utile à l'analyse du paragraphe 319(2) du *Code criminel* : « un message ne devient pas une communication privée simplement parce que les destinataires doivent s'inscrire comme membres ou s'abonner »²⁸.

Les paragraphes 319(1) et 319(2) du *Code criminel* peuvent donc être utiles dans la condamnation de cyber-agresseurs. Cependant, il faudra de la jurisprudence dans la matière pour délimiter la portée de l'article 319 du *Code criminel* et déterminer ses bornes en matière de cyberintimidation.

(b) Droits de la personne

Les éléments prohibés à l'article 319 du *Code criminel* sont notamment reflétés dans une autre loi fédérale, soit la *Loi canadienne sur les droits de la per-*

²⁶ [1990] 3 R.C.S. 697, [1991] 2 W.W.R. 1 au para. 107.

²⁷ 2003 TCDP 18, [2003] D.C.D.P. n° 18.

²⁸ Andrea Slane, « Discours haineux, communications publiques et technologies de communication de pointe » (4 juillet 2006), en ligne : Commission canadienne des droits de la personne <<http://www.chrc-ccdp.ca>>.

sonne²⁹. Cette loi, adoptée en 1977, a pour but de veiller à l'égalité des chances et à l'élimination de la discrimination dans les domaines de compétence fédérale³⁰. Elle protège quiconque au Canada contre la discrimination exercée par tout employeur ou fournisseur de services gouverné par une réglementation fédérale. Bien que toute forme de discrimination puisse se matérialiser dans des communiqués technologiques, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prescrit explicitement, au paragraphe 13(1) de la loi :

Constitue un acte discriminatoire le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3.

Le paragraphe 13(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* précise que le paragraphe 13(1) s'applique également à « l'utilisation d'un ordinateur, d'un ensemble d'ordinateurs connectés ou reliés les uns aux autres, notamment d'Internet, ou de tout autre moyen de communication semblable. » L'article 13 interdit donc la communication publique de propagande haineuse transmise par des moyens technologiques. Cette provision, bien que similaire à celle trouvée à l'article 391 du *Code criminel*, semble *prima facie* être plus efficace. Non seulement précise-t-elle qu'un acte discriminatoire constitue la propagation de commentaires de haine par la voie de la technologie, mais elle note spécifiquement la nature « répétée » de l'acte, ce qui évoque les définitions de la « cyberintimidation » proposées par Belsey et par Patchin et Hinduja, notées ci-dessus.

Dans la décision récente *Warman c. Lemire*³¹ le Tribunal canadien des droits de la personne a trouvé inconstitutionnel le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour violation de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*³². Une révision judiciaire de cette décision a été autorisée³³ mais la Cour fédérale n'a pas encore entendu la cause. Pour les fins de l'analyse suivante, nous présumons, en vertu de l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*³⁴ que le paragraphe 13(1) est en fait constitutionnel.

L'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* applique seulement dans les cas où la haine est dirigée vers des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3, c'est-à-dire, la race,

²⁹ L.R.C. 1985, c. H-6.

³⁰ Commission canadienne des droits de la personne, « Aperçu, à notre sujet : La *Loi canadienne sur les droits de la personne* » (25 octobre 2007), en ligne : Commission canadienne des droits de la personne <www.chrc-ccdp.ca>.

³¹ 2009 TCDP 26, [2009] D.C.D.P. n° 26.

³² Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.) 1982, c. 11.

³³ Voir Commission canadienne des droits de la personne, « Demande de contrôle judiciaire dans l'affaire *Warman c. Lemire* » (1 octobre 2009), en ligne : Commission canadienne des droits de la personne <http://www.chrc-ccdp.ca>.

³⁴ [1990] 3 R.C.S. 892, 75 D.L.R. (4^e) 577.

l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée, ou la déficience. Ainsi, l'article 13 n'a pas une portée assez large pour étouffer tout type de cyberintimidation. Par exemple, l'article 13 ne pourrait être évoqué dans le cas de la cyberintimidation qui s'effectue contre un usager anonyme de l'Internet. Au contraire, il faudrait que le cyber-agresseur sache que sa victime fasse partie d'un groupe identifiable, et que ce groupe soit la raison pour laquelle la victime est agressée.

Pour employer l'article 13, il faut donc établir, premièrement, que la victime appartient à un groupe identifiable; et, deuxièmement, que, dû à cette appartenance, elle est visée. Il incombe donc au demandeur d'établir un élément de causalité, ce qui n'est pas exigé dans une poursuite criminelle sous l'article 391 du *Code criminel*. Le demandeur a donc un fardeau de preuve élevé lorsqu'il cherche à utiliser l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

En raison du fardeau de preuve élevé ainsi qu'en raison des questions de constitutionnalité, l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'est pas nécessairement l'outil le plus efficace pour étouffer la cyberintimidation. Il serait donc plus utile, dans la majorité des cas de propagande haineuse, de recourir à l'article 391 du *Code criminel*.

Pendant, l'article 391 du *Code criminel* comprend aussi des limites. Le paragraphe 319(3) précise que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe 319(2) si, *inter alia*, il établit que les déclarations communiquées étaient vraies; ou, si les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public. Cette rescousse est similaire à celle qui se trouve en délits civils, lorsqu'une personne se retrouve poursuivie en diffamation.

(c) Droit des délits civils

La communication de déclarations diffamatoires, par l'entremise de la technologie, est un exemple de cyberintimidation indirecte qui peut entraîner des conséquences sérieuses en délits civils, notamment un jugement civil pour la diffamation et le paiement de dommages-intérêts pour le préjudice subi par la victime³⁵.

Une action en diffamation est composée de trois éléments : une déclaration diffamatoire, une référence à l'identité du demandeur, et la publication de cette déclaration à une tierce partie. Comme moyen de défense à une poursuite en diffamation, le défendeur peut prouver, *inter alia*, que ses déclarations étaient vraies (car la fausseté des déclarations est présumée en faveur du demandeur) ou que la déclaration diffamatoire était faite dans l'intérêt public.

L'élément de la « publication » des commentaires diffamatoires ne pose aucunement problème dans le cas de la cyberintimidation indirecte, même si ce

³⁵ Il est à noter que la diffamation est seulement un recours utile contre la cyberintimidation si la cyberintimidation s'effectue dans les endroits « publics » de l'Internet. La cyberintimidation directe, par sa nature, ne peut être une « publication » et ne peut donc jamais entraîner un jugement civil en diffamation.

n'est qu'une publication en cyberspace³⁶. Pour cette raison, ce recours en délits civils ne sera pas largement examiné dans ce mémoire.

Dans un arrêt récent, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a expliqué que l'Internet est « a means of publication like no other, given its ability to instantaneously send words throughout the world to the millions who have access to computers »³⁷. Il existe une jurisprudence élaborée qui mène à la conclusion que les déclarations énoncées par le biais de l'Internet peuvent être diffamatoires et mener à la responsabilité délictuelle de leur auteur. L'Internet consiste d'un « medium of virtually limitless international defamation »³⁸. Ainsi, un cyber-agresseur à l'Internet peut être poursuivi en cour pour des commentaires diffamatoires de la même manière que celui qui fait publier des commentaires diffamatoires dans un journal ou dans un livre. La seule différence entre une action en cyber-diffamation et une action en diffamation sera en l'octroi des dommages-intérêts. La communication de commentaires diffamatoires par le moyen de l'Internet est instantanée, interactive, et étendue. Si la communication des commentaires est de nature anonyme, alors il y a une plus grande probabilité que ces commentaires soient crus³⁹. Ainsi, il se peut que, dans l'instance d'une action civile en cyber-diffamation, la cour ordonne le paiement de dommages-intérêts aggravés ou même punitifs⁴⁰.

En revanche, une action en voies de fait n'offre pas nécessairement un recours utile contre des menaces proférées en cyberspace. Une action en voies de fait surgit lorsqu'un agresseur amène une autre personne à craindre l'emploi direct d'une force préjudiciable contre sa personne⁴¹. Des dommages-intérêts seront octroyés lorsque la victime appréhende un contact physique immédiat, même si ce

³⁶ Ceci n'est pas nécessairement exact dans le cas de la « publication » de liens hypertextes (*hyperlinks*). À voir l'arrêt *Crookes v. Wikimedia Foundation Inc.*, 2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4^e) 395; conf. par 2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4^e) 315, autorisation de pourvoi à la C.S.C. autorisée, 33412 (1 avril 2010).

³⁷ *Warman v. Grosvenor* (2008), 92 O.R. (3^e) 663, [2008] O.J. n° 4462 au para. 55 (QL) [*Warman*].

³⁸ Matthew Collins, « The Law of Defamation and the Internet » (Oxford University Press, 2001) au para. 24.02, cité dans l'arrêt *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3^e) 416, 239 D.L.R. (4^e) 577 (C.A.) (QL) [*Barrick Gold*].

³⁹ *Barrick Gold*, *ibid.* au para. 31.

⁴⁰ Comme l'explique la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, 126 D.L.R. (4^e) 129, au para. 187 :

L'évaluation des dommages-intérêts dans une affaire de libelle ressortit à l'ensemble des éléments suivants : la nature et les circonstances de la publication du libelle, le caractère et la situation de la victime du libelle, les effets possibles de la déclaration diffamatoire sur la vie du demandeur, et les actes et motivations des défendeurs. Il s'ensuit qu'il n'y a guère à gagner d'une comparaison exhaustive des montants accordés dans les affaires de libelle.

⁴¹ Louise Bélanger-Hardy et Denis Boivin, *La responsabilité délictuelle en common law*, Cowansville, Yvon Blais, 2005 [*La responsabilité délictuelle*].

contact ne se réalise pas⁴². La victime doit appréhender un contact préjudiciable et imminent, produit de façon directe par l'agresseur. Une simple menace ne constitue pas nécessairement une voie de fait; il faut absolument qu'il y ait une crainte de contact préjudiciable imminent⁴³.

Il n'est donc pas évident que la cyberintimidation puisse être passible de poursuites en voies de fait. La communication par l'entremise de la technologie, par sa nature, élimine la nécessité d'une proximité entre individus. Et, sans la présence de cette proximité, il devient ambigu si une cyber-menace ou une cyber-insulte peut être réellement vue comme « imminente. »

Quoiqu'il n'y ait pas de jurisprudence à ce sujet, une analyse de la part de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Smith c. Jones*⁴⁴ semble éclaircir l'ambiguïté. Dans cet arrêt, la Cour détermine que, lorsqu'une personne identifiable est exposée à un danger « imminent, » il se peut que les communications entre un avocat et son client soient divulguées. L'analyse de l'élément de l'imminence révèle qu'il n'est pas nécessaire que le danger soit forcément réalisable à l'immédiat; au contraire, le sentiment d'urgence, inspiré par la menace de danger « peut se rapporter à un moment quelconque dans l'avenir »⁴⁵. La Cour illustre ce concept avec l'exemple suivant :

[I]l peut y avoir imminence si une personne menace en termes clairs de tuer quelqu'un et qu'elle jure de mettre cette menace à l'exécution dans trois ans, à sa sortie de prison. Si cette menace est proférée avec un acharnement peu rassurant et un foisonnement de détails qui font qu'un passant raisonnable serait convaincu que le meurtre aura lieu, la menace pourrait être considérée comme imminente⁴⁶.

Il suffit donc, pour établir l'imminence d'une menace de danger, qu'il y ait une menace claire, qui puisse être mise à l'exécution, dont une personne raisonnable, à l'entendre, serait convaincue que le danger sera réalisé.

Par analogie, nous pouvons adopter ce même raisonnement dans le cas de la cyberintimidation. Même si une menace proférée par le biais de la technologie ne peut provoquer un danger immédiat, elle pourrait toujours être trouvée imminente et mener à une action civile en voies de fait.

Cependant, toute menace exprimée à l'Internet ne mènera pas à une cause d'action. La Cour supérieure de justice de l'Ontario, dans l'affaire *Warman v. Grosvenor*⁴⁷, a différencié entre les menaces devant être prises au sérieux, et les menaces vides. Elle a conclu que les menaces proférées par le défendeur, en l'espèce, étaient des menaces sérieuses : « They have persistently expressed hatred and anger and have called on others to [. . .] make [the plaintiff] a target of violence »⁴⁸. En outre, la Cour a spécifié que les menaces contre le demandeur avaient

⁴² Bruce Feldthusen, *Canadian Tort Law*, 8^e éd., Markham, LexisNexis Butterworths, 2006 à la p. 46.

⁴³ *Ibid.* à la p. 47.

⁴⁴ [1999] 1 R.C.S. 455, 169 D.L.R. (4^e) 385.

⁴⁵ *Ibid.* au para. 84.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Supra* note 37.

⁴⁸ *Warman*, *supra* note 37 au para. 62.

été proclamées pour une période de deux ans. Pour la Cour supérieure de justice de l'Ontario, il semble donc qu'une action pour voies de fait déclarées à l'Internet est possible lorsque les menaces ou insultes qui sont proférées ne sont pas des menaces générales, mais plutôt des intimidations récurrentes, sérieuses, et malfaisantes, qui devraient être prises au sérieux. De façon intéressante, cette conclusion de la Cour semble résonner les définitions de la cyberintimidation offertes par Belsey et par Patchin et Hinduja, discutées ci-dessus.

Avec le développement de la jurisprudence concernant la cyberintimidation et les causes d'action en voies de fait, il sera nécessaire de développer l'analyse de l'imminence et la manière dont elle se rapporte aux deux types de cyberintimidation, notamment la cyberintimidation directe et indirecte. Il est fort probable que l'imminence des menaces soit plus souvent établie dans des instances de cyberintimidation directe. Comme celle-ci se dirige envers une victime spécifique, souvent une personne connue par l'agresseur, il sera forcément plus facile à établir que le danger menacé puisse être mis à l'exécution, et qu'une personne raisonnable conclurait à la gravité des menaces.

Comme dans le cas de tout délit civil intentionnel, le défendeur peut soulever le consentement du demandeur en sa défense. La défense de consentement est fondée sur l'importance de l'autonomie individuelle, c'est-à-dire, le droit des personnes d'être maîtres de leur corps et de leur patrimoine⁴⁹. La partie défenderesse n'a qu'à prouver que le demandeur avait donné son accord au comportement menant aux voies de fait, et que les circonstances particulières de l'incident ne peuvent écarter le consentement valide du demandeur⁵⁰. Cela dit, bien que nous eussions établi la possibilité d'attaquer la cyberintimidation par l'entremise d'une action civile en voies de fait, la nature même de certaines communications pourrait vicier la poursuite de la partie demanderesse. Dans la situation de sites de réseautage, par exemple, il est souvent nécessaire que l'on approuve qui peut nous contacter. Les utilisateurs ont le choix d'accepter quelqu'un comme un « ami » ou bien de le refuser. Si un utilisateur accepte d'être contacté par un « ami, » et cet « ami » commence à lui envoyer des messages agressifs, est-ce que nous pouvons conclure que l'utilisateur avait implicitement consenti à ce type de communication? Si notre réponse est affirmative, l'utilisateur ne pourrait avoir gain de cause dans une action entamée en voies de fait contre l'« ami. » Cependant, il est possible que la réponse soit négative. Lorsque nous divulguons notre numéro de téléphone à quiconque, nous ne consentons pas à ce que cet individu nous menace ou nous agresse. Il est donc nécessaire, dans des cas de cyberintimidation, de démarquer les bornes du consentement, afin d'établir un équilibre entre la permission de se faire contacter et le consentement de se faire assailli.

IV. RÉFORME

Quoiqu'il y ait certaines provisions et certaines causes d'actions qui puissent restreindre des cas de cyberintimidation, ces options ne sont pas des solutions. Ainsi, plusieurs au Canada revendiquent des changements législatifs. La demande

⁴⁹ *La responsabilité délictuelle*, supra note 41 à la p. 314.

⁵⁰ *Ibid.*

la plus audible est celle de la Fédération canadienne des enseignantes et des enseignants (la « FCE »).

En juillet 2008, les délégués de la FCE ont voté à l'unanimité en faveur d'une résolution qui presse le Ministère de la Justice à criminaliser la cyberintimidation. La FCE soutient que le *Code criminel* est trop silencieux en ce qui concerne les nouvelles technologies, et qu'il est venu le temps de modifier nos lois fédérales⁵¹. Elle désire réviser le *Code criminel*, ainsi que la législation relative au droit du travail, pour inclure la protection contre la cyberintimidation⁵².

De plus, la FCE cherche des changements administratifs. Elle demande au gouvernement fédéral de donner plus d'argent aux forces policières pour qu'elles puissent mieux mener leurs enquêtes à l'Internet; et, elle réclame la création de nouveaux accords collectifs, qui reconnaîtraient le droit des enseignants à travailler dans des lieux sûrs et protégés contre la cyber-agression⁵³.

Bien que les propositions de la FCE ne soient pas encore concrétisées, il est notable qu'un amendement⁵⁴ à la *Loi sur l'éducation*⁵⁵ de l'Ontario, protégeant les étudiants et les enseignants de l'intimidation (et donc possiblement de la cyberintimidation), a été sanctionné en juin 2007. Cet amendement a révisé la *Loi sur l'éducation* pour qu'elle inclue, *inter alia*, une nouvelle provision concernant la suspension et l'expulsion des étudiants. La liste d'activités pour lesquelles un étudiant pourrait être suspendu, énoncée à l'article 306 de la loi, a été modifiée de sorte à inclure l'intimidation. Maintenant, le paragraphe 306(1) de la *Loi sur l'éducation* prévoit ce qui suit :

306. (1) Le directeur d'école examine s'il doit suspendre l'élève qu'il croit s'être livré à l'une ou l'autre des activités suivantes pendant qu'il se trouvait à l'école ou qu'il prenait part à une activité scolaire, ou dans d'autres circonstances où le fait de se livrer à l'activité aura des répercussions sur le climat scolaire :

1. Menacer verbalement d'infliger des dommages corporels graves à autrui.
2. Être en possession d'alcool ou de drogues illicites.
3. Être en état d'ébriété.
4. Dire des grossièretés à un enseignant ou à une autre personne en situation d'autorité.

⁵¹ Lyndsie Bourgon, « Some Teens Want to Criminalize Cyberbullying » *The Globe and Mail* (7 août 2008), en ligne : The Globe and Mail <<http://www.theglobeandmail.com>>.

⁵² Jill Mahoney, « Make Cyber Bullying a Crime Teachers Say » *The Globe and Mail* (11 juillet 2008), en ligne : The Globe and Mail : <<http://www.theglobeandmail.com>>.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Loi modifiant la Loi sur l'éducation en ce qui concerne le comportement, la discipline et la sécurité*, 2^e sess., 38^e Parl., Ontario, 2007 (sanctionnée le 4 juin 2007), L.O. 2007, c. 14.

⁵⁵ L.R.O. 1990, c. E.2.

5. Commettre un acte de vandalisme qui cause des dommages importants aux biens scolaires de son école ou aux biens situés sur les lieux de celle-ci.
6. Pratiquer l'intimidation.
7. Se livrer à une autre activité pour laquelle le directeur d'école peut suspendre un élève aux termes d'une politique du conseil⁵⁶.

Il est considérable que la menace verbale d'infliger des dommages corporels graves à autrui est un élément distinct de la pratique d'intimidation. Cette division suggère que, même si la profération de menaces peut être une forme d'intimidation, l'intimidation incorpore beaucoup plus que la profération de menaces. Ainsi, par analogie, la cyberintimidation comporte beaucoup plus que la profération de menaces interdite à l'alinéa 264.1(1)(a) du *Code criminel*.

Aussi notable est le fait que la *Loi sur l'éducation* dicte qu'un étudiant peut être suspendu pour avoir menacé autrui ou pratiqué l'intimidation pendant qu'il se trouve à l'école, ainsi que dans d'autres circonstances où le fait de se livrer à de telles activités aura des répercussions sur le climat scolaire. La profération de menaces ou l'intimidation qui se fait par l'entremise de la technologie, soit la cyberintimidation, pourrait avoir des répercussions sur le climat scolaire, et pourrait donc mener à la suspension d'un étudiant.

Est intéressant l'usage de l'adverbe « verbalement, » au premier point de la liste ci-dessus, car celui-ci limite la profération de menaces, dans un monde technologique, à celle qui se manifeste au téléphone. Il est frappant que, dans la version anglaise de la loi, il n'y a aucune précision et le premier point de la liste prévoit ce qui suit : « Uttering a threat to inflict serious bodily harm on another person. » Quoique « uttering » puisse suggérer la nature verbale de la menace, la même formulation est utilisée à l'article 264.1 du *Code criminel*, ce qui se traduit en français comme la « profération » des menaces. Et, le mot « profération, » par sa signification, ne nécessite pas un communiqué verbal.

Ainsi, la *Loi sur l'éducation* tente limiter, du moins pour les étudiants en Ontario, les instances d'intimidation, et par conséquent, les instances de cyberintimidation. Cependant, la portée de cette loi est limitée, car elle n'est qu'une loi provinciale, et elle ne fait que gérer les lieux scolaires en Ontario. Il n'est pas clair que ce type d'amendement serait adopté dans tous les territoires et provinces canadiens. Il y a certainement un désaccord important entre académiques juridiques, ainsi qu'entre politiciens, par rapport à la nécessité de réformer nos lois de ce style. Récemment, l'Assemblée législative de l'Alberta a rejeté un projet de loi visant à interdire la cyberintimidation dans les lieux scolaires⁵⁷. Il demeure donc incertain si les provinces et territoires canadiens pourraient adéquatement effectuer une réforme législative, si une telle réforme est trouvée nécessaire, sans l'influence — voire l'ingérence — du gouvernement fédéral.

⁵⁶ *Ibid.* au para. 306(1).

⁵⁷ Voir P.L. 206, *School (Enhanced Protection of Students and Teachers) Amendment Act, 2009*, 2^e sess., 27^e lég., Alberta, 2009 (rejeté le 23 novembre 2009). Voir également Trish Audette, « Law to curb cyber-bullying dies as legislature session ends » *Edmonton Journal* (28 novembre 2009), en ligne : [EdmontonJournal.com](http://www.edmontonjournal.com) <<http://www.edmontonjournal.com>>.

Aux États-Unis, les législateurs ont déjà développé certaines lois qui protégeraient à la fois les enfants et les adultes de la cyberintimidation. En 2007, plusieurs états, notamment Arkansas, Idaho, Iowa, et Washington, ont introduit de nouvelles lois pour limiter la cyberintimidation dans les écoles. Maryland, New York, Rhode Island, et Vermont sont toujours en train de considérer l'adoption de nouvelles lois⁵⁸.

La réforme américaine la plus remarquable s'est produite en Missouri, où le gouverneur Matt Blunt a signé une nouvelle loi, en juin 2008, qui interdit spécifiquement la cyberintimidation⁵⁹. Développé en réponse au suicide de Megan Meier en 2006⁶⁰, cette loi élimine l'exigence législative antérieure qui précisait que le harcèlement se faisait uniquement à l'écrit ou au téléphone. La loi prescrit que le harcèlement est une félonie pour tout adulte qui profère des menaces crédibles, ou qui harcèle autrui par l'entremise de l'Internet, et un forfait (*misdemeanor*) pour tout agresseur de moins de 21 ans.

La loi édicte, au §565.090(1)4), qu'une personne commet le harcèlement lorsqu'elle « [k]nowingly frightens, intimidates, or causes emotional distress to another person by anonymously making a telephone call or any electronic communication. » Il est à noter que cette infraction s'applique uniquement à l'intimidation qui se manifeste lorsque la victime ne connaît pas son agresseur. Bien que cette provision serve à éliminer une forme de cyberintimidation, elle n'est pas tout à fait adéquate, car il est possible que la cyberintimidation, dans certaines circonstances, se réalise lorsque l'agresseur est connu par la victime. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Perrier*⁶¹, l'accusé a été poursuivi pour avoir publié des commentaires obscènes et des photographies inappropriées relatifs à son ancienne amie.

Aussi notable au §565.090(1)4) est l'usage de l'adverbe « [k]nowingly. » Ce mot implique la conscience, voire l'intention, de l'agresseur d'intimider sa victime, et donc incorpore l'élément de la *mens rea* dans la provision. L'inclusion de ce mot soulève des questions importantes concernant la nécessité d'une intention de la part de l'agresseur pour qu'il soit condamné pour la cyberintimidation. Cette notion sera reprise ci-dessous.

Au §565.225(1)3), la loi définit le verbe « harasses » comme incluant : « conduct directed at a specific person that serves no legitimate purpose, that would

⁵⁸ Pour une liste complète de changements législatifs aux États-Unis, consultez l'article « State Action on Cyber-bullying » (6 février 2008), en ligne USA TODAY <www.usatoday.com>.

⁵⁹ États-Unis, SB 818 (HCS SS SCS SBs 818 & 795), *Modifies various provisions relating to stalking and harassment*, 94^e Gen. Assem., Reg. Sess., Mo., 2008 (codifiée).

⁶⁰ Megan Meier, une jeune de 13 ans, s'est suicidée le 16 octobre 2006 à cause de la cyberintimidation perpétrée sur le site de réseautage MySpace. Pour des semaines, Megan avait communiqué avec un étranger qui prétendait être un garçon de 16 ans nommé « Josh. » Lorsque les messages sont devenus abusifs et insultant, Megan s'est suicidée dans sa chambre. Ce n'est qu'après la mort de Megan que l'on a découvert que « Josh » était en fait la mère d'une de ses anciennes amies. Megan et l'amie s'étaient éloignées l'une de l'autre, et la mère de l'amie avait créé le personnage « Josh » pour berner Megan. Le dernier message qu'avait envoyé « Josh, » et la cause suspecte de la suicide de Megan, disait que le monde serait un meilleur endroit sans elle.

⁶¹ (1999), 177 Nfld. & P.E.I.R. 225, 43 W.C.B. (2^e) 95 (Nfld. T.D.).

cause a reasonable person under the circumstances to be frightened, intimidated, or emotionally distressed. » Selon ces extraits, il n'est pas nécessaire que le harcèlement soit répété, comme suggéré dans la définition de Belsey (ci-dessus). Il suffit que le harcèlement soit réalisé (*l'actus reus*) et intentionnel (*la mens rea*), et qu'il cause une personne raisonnable à être émotionnellement troublée.

Étant donné la réforme qui s'effectue aux États-Unis, il n'est pas certain si le gouvernement canadien répondra aux demandes de la FCE et initiera une réforme législative. Bien qu'il y ait certains qui préconisent qu'il y ait un changement juridique qui incorporerait la cyberintimidation, d'autres soutiennent qu'il n'est pas nécessaire de changer la loi, et que la cyberintimidation n'exige aucunement de nouvelles théories ou de nouvelles solutions juridiques. Certes, il y a certaines lacunes dans nos lois en ce qui a trait à la cyberintimidation, mais, selon certains, nos lois ne sont pas complètement dépourvues de provisions efficaces. Dans plusieurs situations, il pourrait être suffisant de procéder par analogie; et, lorsqu'il est nécessaire d'incorporer la cyberintimidation dans certaines lois, la modification des lois pourrait être minime, afin de préserver la liberté d'expression⁶². Bien que nous ne puissions aborder dans ce mémoire une analyse des enjeux associés à la préservation de la liberté d'expression, garantie à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶³, il faut toutefois reconnaître l'importance de cette liberté et les dangers qui y sont associés lorsqu'on tente de la limiter.

D'autres enjeux s'impliquent également à cause de la nature même de la technologie. Comme la technologie est toujours en voie d'évolution, il faut se demander si un changement législatif pourrait véritablement résoudre le problème de la cyberintimidation, ou si ceci ne serait qu'une solution temporaire, voire inefficace.

CONCLUSION

Quoique l'intimidation ne soit pas un concept nouveau, il est évident que la transmutation de l'intimidation en cyberintimidation a créé de nouveaux problèmes auxquels nous devons nous affronter avant que la situation ne s'aggrave.

Bien que nous ayons, sous les régimes juridiques provincial et fédéral, certaines voies d'action qui peuvent limiter les occurrences de la cyberintimidation et même mener à la condamnation de cyber-agresseurs, ces options ne sont pas des solutions et ne peuvent fournir une parfaite justice. Il y a des déficiences sérieuses dans le *Code criminel*, dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et en délits civils qui nous forcent à questionner l'efficacité du droit à s'adapter à un monde qui se dirige de plus en plus vers de nouvelles formes de technologie qui sont en évolution perpétuelle.

La solution qui se présente est une réforme législative qui refléterait la réforme qui se produit présentement aux États-Unis. Cependant, bien qu'une solution possible, elle est loin d'être parfaite. Une définition non disputée du terme « cyberintimidation » n'existe toujours pas de nos jours, ce qui nous mène à ques-

⁶² Michel Racicot et al., « L'espace cybernétique n'est pas une terre sans loi : étude des questions relatives à la responsabilité à l'égard du contenu circulant sur Internet » (Ottawa : Industrie Canada, 1997).

⁶³ *Supra* note 32.

tionner comment un tel acte peut être correctement légiféré. Comme la cyberintimidation comporte plusieurs éléments tirés de divers infractions et délits, il est incertain si la création d'une infraction de cyberintimidation devrait comprendre un fardeau élevé (typique d'infractions criminelles) ou un fardeau basé sur la balance des probabilités (typique en délits civils). D'ailleurs, il n'est pas clair si une telle infraction exigerait la preuve de la *mens rea* et de l'*actus reus*, étant donné que certaines violations notées ci-dessus n'imposent pas une intention de cyberintimider de la part de l'agresseur.

Néanmoins, ces obstacles ne devraient nous dissuader d'entamer des ébauches législatives et de poursuivre des solutions à la cyberintimidation, même si ces solutions ne sont pas toujours parfaites. Car, sans une tentative réelle et sérieuse, nous ne pourrions nous battre proprement contre ce nouveau type d'agression et prévenir correctement ce type d'assaut qui nous laisse tous vulnérables.