

Université de Montréal
Faculté de droit
Centre de recherche en droit public

Liberté d'expression et droit à la vie privée :
anatomie d'une réconciliation judiciaire

par
Pierre TRUDEL

Exposé présenté au séminaire
Les tribunaux, les médias et le droit
de l'Institut canadien d'administration de la justice

Winnipeg
Août 1990

Liberté d'expression et droit à la vie privée :
anatomie d'une réconciliation judiciaire

Par
Pierre Trudel*

Introduction.....	1
1. La liberté d'expression.....	3
1.1 La liberté d'expression comme fondement à la publicité des procès.....	7
1.2 La protection de la vie privée des tiers-innocents comme limite à la publicité des procès.....	8
2. Les contours de la vie privée.....	11
3. Le droit du public à l'information: un facteur de structuration des limites de la vie privée et la liberté d'expression.....	18
Conclusion.....	21

* Professeur au Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, membre du Barreau du Québec.

Liberté d'expression et droit à la vie privée : anatomie d'une réconciliation judiciaire

Introduction

La circulation accélérée de l'information met en cause plusieurs des valeurs qui occupent une place importante dans notre société. Des inquiétudes sont régulièrement exprimées au sujet des périls susceptibles d'en résulter pour la vie privée des personnes. En même temps, les milieux de l'information s'inquiètent d'une tendance à la multiplication des interdits de publier au nom de la protection de la vie privée.

La notion de vie privée est si spontanément présente à l'esprit de chacun qu'il est parfois malaisé d'identifier comment sa protection est assurée par le droit. La perplexité augmente lorsqu'on rappelle l'inévitable hiatus entre ce droit et la liberté de presse. L'accession du droit à la vie privée et de la liberté de presse à la supra-légalité engendre l'obligation de développer une méthode encore plus systématique afin de les analyser dans leurs manifestations diverses.

Les droits fondamentaux sont toujours exprimés dans les lois d'une manière générale. Les parlements sont plus prompts à proclamer les droits fondamentaux qu'à s'employer à mettre au point des techniques d'harmonisation entre ces derniers. Les droits fondamentaux viennent toujours, à un moment ou un autre, en conflit; ils alimentent tout naturellement les arguments de ceux qui veulent défendre les causes qui leur tiennent à coeur. Résoudre les contradictions entre les droits fondamentaux n'est pas une tâche facile et il faut toujours se résigner, à un certain point, à confier aux tribunaux l'ingrate fonction de prononcer les arbitrages entre les valeurs et droits qui viennent en conflit.

Un réflexe souvent exprimé aussi bien dans la communauté juridique que dans les milieux de l'information est d'appeler à des interventions législatives afin de déterminer, par une loi, les limites respectives des libertés et des droits fondamentaux. La croyance selon laquelle il incombe au législateur plutôt qu'aux juges de délimiter les limites respectives de droits aussi fondamentaux que la liberté d'expression et à la vie privée est très répandue. Les appels à l'intervention des parlements proviennent souvent de ceux-là même qui se plaignent, en d'autres occasions, qu'il y a une inflation législative, qu'il y a trop de lois, trop de règlements...

En matière d'articulation des droits fondamentaux, la quête d'une solution législative ne peut que s'avérer vaine car ces libertés et ces droits sont garantis par des textes constitutionnels: leur teneur évolue et échappe dans une grande mesure à la volonté des parlements. C'est aux mécanismes judiciaires qu'il faut s'en remettre pour comprendre comment le milieu juridique finit par harmoniser ces libertés et ces droits qui viennent parfois en contradiction.

D'ailleurs, ce n'est pas uniquement par l'action des parlements que le droit évolue. La tendance à se représenter le législateur comme un sauveur, remplissant le "vide juridique" de ses lois bienfaites procède d'une illusion. Le droit est un ensemble beaucoup plus complexe; il ne peut se réduire à la somme des lois que les parlements adoptent. L'activité des tribunaux, les pratiques qu'adoptent les personnes et les groupes, les représentations que l'on se fait du droit ou de certains droits dans le milieu des juristes contribuent autant, sinon plus que les lois à façonner les principes juridiques à partir desquels les activités humaines sont effectivement régulées.

Les tribunaux développent, au fil des décisions forcément contradictoires, les principes de droit encadrant les situations concrètes dans lesquelles des droits fondamentaux viennent en conflit. C'est de cette façon que se construisent les principes juridiques dans une société qui a choisi d'enchâsser les droits fondamentaux dans la Constitution. Confier aux juges le soin de résoudre les contradictions entre les droits fondamentaux engendre évidemment le risque d'une certaine confusion à court terme. Les juges, comme tous les autres citoyens, peuvent avoir des visions différentes des principes en cause.

Il y a des contradictions entre les décisions judiciaires, choquantes à court terme; celles-ci finissent petit à petit par se résoudre, le plus souvent à la suite de décisions de la Cour suprême ou de l'accumulation de décisions. Les prononcés judiciaires ne proposent pas des solutions universelles et sans nuances : ils visent à résoudre un problème circonstancié qui est soumis au juge. Le processus judiciaire est en continuelle évolution: les juges changent, leurs conceptions évoluent, les problèmes qui leur sont soumis et la façon dont leur sont posées les questions expliquent la complexité des principes qu'ils finissent par développer. Ces principes sont autant, sinon plus importants que ceux qui se trouvent dans les lois pour appréhender l'état du droit sur une question controversée; ils sont essentiels lorsqu'on s'intéresse à la façon dont sont résolues les contradictions entre les droits fondamentaux.

Les droits mis en cause dans la circulation de l'information ont tous un caractère interrelié. Lorsqu'ils sont appelés à résoudre une ou plusieurs contradictions entre les droits fondamentaux comme la liberté d'expression et le droit à la vie privée, les tribunaux doivent d'abord identifier la nature et les limites de chacun des droits et des libertés en cause, ils se livrent ensuite à une démarche de structuration des limites respectives des droits en cause afin de les harmoniser.

Dans un premier temps, nous situons l'étendue de la liberté d'expression en particulier en ce qu'elle constitue le fondement du caractère public des procès. Le droit à la vie privée peut également prétendre à une protection supra-légale; il faudra identifier ses contours pour enfin montrer comment les tribunaux ont identifié les limites respectives du droit à la vie privée et de la liberté d'expression. Nous verrons que c'est en mettant au point des facteurs de structuration des limites de ces deux droits que les tribunaux ont pu identifier leur portée.

1.- La liberté d'expression

Il faut convenir que la tendance de la Cour suprême est de considérer que la sphère protégée par la liberté d'expression est très large; celle-ci s'étend, en principe, à l'ensemble des activités visant à transmettre une signification. Dans *Procureur général du Québec c. Irwin Toy*, la Cour suprême retient une interprétation englobante du champ de la liberté d'expression; elle la définit comme "la garantie que nous pouvons communiquer nos pensées et nos sentiments de façon non-violente, sans crainte de la censure."¹ Elle explique que l'expression possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments sont inextricablement liés. Ces deux éléments- le contenu et la forme de l'expression- sont l'objet de la protection constitutionnelle.

Le message est le contenu de l'expression. Une activité humaine ne peut être écartée du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. Ainsi donc, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification,

¹ [1989] 1 R.C.S., à la p. 970

elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie de la liberté d'expression. Le contenu de l'expression peut être transmis par une variété infinie de formes tels les écrits, les discours, les gestes. Toutefois, la violence, bien que reconnue par la Cour suprême comme une forme d'expression, ne reçoit pas de protection².

Certes, l'existence de la liberté d'expression au nombre des principes généraux du droit canadien n'a jamais fait de doute³. Le droit de discuter et de critiquer les comportements et les décisions de ceux et celles qui sont investis de responsabilités publiques est bien établi. Dès 1938, dans le *Renvoi sur les lois d'Alberta*, le juge en chef Duff, s'appuyant alors sur le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, déclare que la constitution canadienne doit reposer sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni et qu'on y prévoit l'existence d'un Parlement fonctionnant " sous le feu de l'opinion publique et de la libre discussion".⁴ L'efficacité de ces institutions, écrit-il tient à la possibilité de discussions libres; il ajoute que:

Il ne peut y avoir aucun doute que ces institutions tirent leur efficacité de la libre discussion des affaires, des critiques, réponses et contre-critiques, des attaques contre la politique et l'administration et des défenses et contre-attaques, de l'analyse et de l'examen le plus libre et le plus complet de chaque point de vue énoncé sur les projets de politiques.⁵

Pour sa part, dans la même décision, le juge Cannon met l'accent sur la nécessité que le public soit tenu informé des matières d'intérêt public, préfigurant en quelque sorte l'émergence de la notion de droit du public à l'information. Il écrit que:

La liberté de discussion est essentielle dans un État démocratique, pour éclairer l'opinion publique; on ne peut la restreindre sans toucher le droit du peuple d'être informé, en ce qui concerne les matières d'intérêt public (...)⁶

2 *SDGMR v. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.

3 E.A. TOLLEFSON, "Freedom of the Press" dans O.E. LANG (ed.) *Contemporary Problems of Public Law in Canada, Essays in Honour of Dean F.C. Cronkite*, Toronto, University of Toronto Press, 1968, 49; Jerome A. BARRON, "The Constitutional Status of Freedom of Speech and Press in Canada: The History of a Quiet Revolution" [1963] 58 *Northwestern U.L.R.* 73.

4 *Renvoi sur les lois de l'Alberta*, [1938] R.C.S.100, p.133. Traduction française dans François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M.,1982,p. 1274 et1275.

5 *Ibid.*, p.133 traduction française dans François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M.,1982,p. 1274 et 1275.

6 *Ibid.*, p. 136, CHEVRETTE et MARX, *op.cit.*, p. 1279; Le juge Rand avance les mêmes idées dans l'arrêt *Saumur v. City of Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299 à la p. 330, CHEVRETTE et MARX, *op.cit.* p.1303 lorsqu'il écrit qu'en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

Avant 1982, il n'y a pas de décisions judiciaires invalidant des mesures législatives pour le seul motif qu'elles venaient en contradiction avec la liberté d'expression, de la presse et des autres moyens de communication. C'est plutôt des démonstrations à l'effet que les mesures attaquées ne pouvaient, en raison de leur caractère étroitement relié au processus démocratique, être qualifiées de mesures relatives à la propriété et aux droits civils que les tribunaux ont été amenés à invalider celles qui se trouvaient en conflit avec la liberté d'expression. Avant son accession à la supra-légalité, la liberté de presse a principalement été invoquée à titre de principe d'interprétation⁷.

Ce sont les institutions parlementaires, notamment les assemblées populaires qu'élit l'ensemble de la population des provinces et du Dominion, qui exercent le gouvernement: cette forme de gouvernement repose en définitive sur l'expression de l'opinion publique, réalisée grâce à la discussion et au jeu des idées.

⁷ Voir Pierre TRUDEL, *La liberté d'information - Règle supra légale et principe d'interprétation*, Ottawa, Fondation du Barreau canadien, s.d. (1984), p.16. *Re Pacific Press and The Queen*, (1977) 37 C.C.C. (2d) 487; L'arrêt *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435; 27 N.R. 117 est l'une des indications les plus claires de la sensibilité judiciaire pour la liberté de presse. Cette décision est de loin la plus élaborée qu'ait rendue à ce jour la Cour suprême sur la nature et les effets de la liberté de presse, considérée comme principe d'interprétation des lois. Le *Vancouver Sun* avait refusé de publier une petite annonce faisant la promotion du journal de la Gay Alliance. Une plainte fut portée auprès de la Commission chargée de l'application du *Human Rights Code* de Colombie Britannique qui en vint à conclure que le journal avait contrevenu à la loi en refusant, par discrimination et sans motif légitime, d'offrir à l'Alliance des services ordinairement offerts au public, la publication d'annonces classées. Pour les juges majoritaires, il faut interpréter la disposition du *Human Rights Code* interdisant la discrimination dans l'offre de services habituellement offerts au public d'une manière qui ne limite pas la liberté de presse. La disposition de la loi qui était en cause n'a pas pour effet de prescrire la nature et l'étendue des services offerts au public. Aussi, s'agissant d'un journal, c'est à lui de déterminer les services qu'il offre et il lui est loisible de définir ses services en harmonie avec sa politique rédactionnelle. En l'espèce, le *Vancouver Sun* réprouvait l'homosexualité, il avait donc le droit de définir les services offerts au public en harmonie avec sa politique éditoriale. L'arrêt *Gay Alliance* offre, pour la première fois au Canada, une définition de la liberté éditoriale, c'est à dire la nature et la portée des pouvoirs des dirigeants des médias dans la définition de leur politique rédactionnelle. C'est une conception qui fait découler la liberté éditoriale du droit de propriété qu'exercent les dirigeants sur l'entreprise de presse. En ce sens, la liberté éditoriale apparaît comme une variante de la liberté d'entreprise. Sur cet arrêt voir: W.W. BLACK, "Case Comment-Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun", [1979] 17 *Osgoode Hall. L. J.* 649; Harry KOPYTO, "The Gay Alliance case reconsidered", [1980] 18 *Osgoode Hall. L.J.* 639; Jeff RICHSTONE et J. Stuart RUSSELL, "Shutting the Gate : Gay Civil Rights in the supreme Court of Canada", (1981) 27 *Mc Gill L.J.* 92.

Depuis 1960, la liberté de la presse est reconnue formellement par la *Déclaration canadienne des droits*⁸. Cependant, cette reconnaissance dans une loi du Parlement fédéral n'a pas engendré de changements significatifs dans l'attitude des tribunaux à l'égard de la liberté d'expression. Les tribunaux ont souvent fait référence à la liberté d'expression dans des décisions où ils confirmaient des mesures destinées à la limiter⁹. Cette démarche pouvait se comprendre lorsque cette liberté avait un caractère résiduaire, c'est à dire qu'elle n'existait que dans la mesure où le législateur ne l'avait pas restreinte. Comme cette liberté a accédé à la supra-légalité, il n'est plus possible de se limiter à une telle approche¹⁰. Ce n'est pas parce que le Parlement ou une législature adoptent une mesure que celle-ci est nécessairement une limite valide à la liberté désormais constitutionnalisée¹¹. A l'égard des règles de *Common Law*, le juge Mc Intyre déclare, dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery*¹², que "les tribunaux sont évidemment liés par la Charte comme ils le sont par toute autre règle de droit". Il ajoute, dans le même arrêt que les tribunaux doivent expliquer et développer les principes de *Common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution.

Depuis 1982, lorsque la Cour suprême a eu à déterminer la compatibilité de certaines mesures entravant la publication d'informations judiciaires avec la liberté d'expression, elle a affirmé très fermement l'importance de cette liberté et surtout la nécessité de ne pas ignorer son statut supra-légal. Dans l'arrêt *Canadian Newspapers c. A.-G. for Canada*¹³, il s'agissait de décider de la compatibilité avec la liberté d'expression des dispositions du *Code Criminel* prohibant la publication du nom de la victime d'une agression sexuelle¹⁴. Le juge en chef Holland de la Cour d'appel d'Ontario reprenait la notion de liberté d'expression énoncé dans l'arrêt *Southam (no.1)*, celle qui réfère à "(...)the dissemination of expression of thought, belief or opinion through the medium of the press." Afin de

8 *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art 1.

9 Par exemple, voir *L.c. Editions de la cité*, (1960) C.S. 485 où le juge écrit, à la page 489 que "[...] liberté de presse et liberté d'information sont, comme toutes les libertés individuelles, limitées par les principes de la responsabilité civile." Egalement dans *CKOY v. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2, le juge Spence, rendant le jugement majoritaire, se dit prêt à "présumer qu'on peut inclure la radiodiffusion dans la définition du mot 'presse'" mais prend soin de rappeler "que la liberté de presse n'est pas un absolu."

10 Voir Clare BECKTON, "La liberté d'expression", dans Gérald A. BEAUDOIN et Walter S. TARNOPOLSKY (éds.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur-SOREJ, 1982, 93-115. Joseph Eliot MAGNET, *Constitutional Law of Canada-Cases notes and materials*, (3rd ed.), Toronto, Carswell, 1987, pp. 287 et ss.

11 Sous réserve de la faculté du Parlement et des législatures d'adopter une loi mettant de côté les libertés fondamentales en conformité avec l'article 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

12 [1986] 2 R.C.S. 573 à la p. 601.

13 [1985] 16 D.L.R. (4th) 642.; 44 C.R. (3d) 97 (C.A. Ont.).

14 Il s'agissait de l'article 442(3) du *Code criminel* maintenant, art. 486(3).

résoudre cette question, le juge Howland appliquait le test de l'arrêt *MacIntyre*¹⁵ afin de déterminer si les limites à l'accès aux procédures judiciaires étaient justifiées dans les circonstances. Il écrit que "(...) curtailment of public accessibility can only be justified where there is present the need to protect social values of superordinate importance." La sensibilité d'un adulte, qu'il soit accusé ou témoin, n'est pas en soi un fondement valable pour limiter la faculté de rapporter ce qui se passe devant un tribunal ou l'accès aux audiences.

En renversant cette décision, la Cour suprême du Canada s'est attachée à montrer que la limitation prescrite par les dispositions du *Code Criminel* constituait une limite raisonnable et justifiable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette conclusion découlait de l'analyse de la mesure attaquée à la lumière des tests élaborés depuis l'arrêt *Oakes*¹⁶.

Dans *Re Edmonton Journal et PG Alberta*, le juge Cory écrit qu':

On voit que la liberté d'expression est d'une importance fondamentale dans une société démocratique. Il est également essentiel dans une démocratie et fondamental pour la primauté du droit que la transparence du fonctionnement des tribunaux soit perçue comme telle. La presse doit être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent sous les pénétrants regards du public¹⁷.

En somme, la majorité de la Cour suprême marque clairement dans cette décision que la liberté d'expression est le fondement du caractère public des procès. Le principe était sans doute déjà bien établi au Canada. Il n'était pas toujours facile d'en identifier le fondement précis, le fil conducteur permettant de dégager les tenants et aboutissants du principe du caractère public des procès¹⁸.

1.1- La liberté d'expression comme fondement à la publicité des procès

En rappelant l'importance de la liberté de presse, le juge Lamer, dans *Canadian Newspapers Co. c. Canada (P.G.)*, déclare qu'on ne peut y toucher à la légère. Il constate qu'en l'espèce, la disposition attaquée du *Code criminel* ne s'applique qu'aux agressions sexuelles et que les seuls renseignements cachés au public sont ceux relatifs à l'identité du plaignant. Nous sommes loin des raisonnements tenus dans beaucoup de décisions, rendues avant cette affaire, qui semblaient postuler que les mesures prohibant la publication de

15 [1982] 1 R.C.S.175, pp 186-7.

16 *R.c. Oakes*, [1986]1 R.C.S. 103.

17 *Re Edmonton Journal et PG Alberta*, [1989] 2 R.C.S. 1326

18 Sur cette question, voir : Pierre TRUDEL, "Liberté de presse ou procès public et équitable? À la recherche du fondement au droit d'accéder aux audiences et de diffuser des informations judiciaires", [1989] 49 *R. du B.*, 251.

renseignements divulgués lors d'un procès constituaient en quelque sorte des limites naturelles à la liberté de la presse¹⁹.

Dans sa formulation, le principe du caractère public de la justice, tel qu'il est reconnu en *Common Law* ²⁰ est largement tributaire d'un autre principe, autant sinon plus fondamental: celui du caractère équitable du procès. Il importe que le procès rende justice à tous ceux qui y sont impliqués. Les justifications au principe du caractère public des procédures judiciaires font échos à son rôle comme garantie du caractère équitable des procès. Adrian Popovici résume ainsi les justifications classiques du principe:

La publicité du procès est d'abord un frein aux abus et à l'arbitraire éventuels du pouvoir judiciaire. Le juge qui exerce ses fonctions ouvertement aura tendance à être plus consciencieux et à inspirer plus de confiance aux justiciables. La publicité du procès assure une certaine véracité des témoignages: il est plus difficile de mentir avec la conscience de trouver un contradicteur au courant des faits; de plus, la publicité du procès peut attirer l'attention de témoins jusqu'alors inconnus des parties. Enfin, on a souligné l'aspect didactique, pédagogique de la publicité du procès.²¹

Dans l'arrêt *P.-G. Nouvelle Écosse c. MacIntyre*,²² la Cour suprême, par la plume du juge Dickson a rappelé les fondements sur lesquels repose le caractère public de la justice de même que la supériorité de ce principe à l'égard de valeurs comme la vie privée des personnes impliquées dans les procédures. Le juge Dickson écrit en effet que:

19 *Re Global Communications Ltd. and A.G. Canada*, (1984) 44 O.R. (2d) 609; *Re Forget and R.*, (1982) 65 C.C.C. (2d) 373. (C.A. Ont.); *Southam c. De Bogyay*, [1983] C.S.1062; *Southam c. Brassard*, [1987] 59 C.R. (3d) 161 [C.S.]; *R. c. C.R.B. et al.*, [1982] 30 C.R.(3d) 80 [Ont. H.C.]

20 Le principe est reconnu en Grande-Bretagne, voir *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417. En droit canadien, voir *O'Connor c. Waldron*, [1932] R.C.S. 183; *Burton c. Regina City Policemen*, [1945] 3 D.L.R. 437; *McPherson c. Mc Pherson*, [1936] A.C. 177; *R. c. Greenwood*, [1948] 90 C.C.C. 244; *Rideout c. Rideout*, [1950] 96 C.C.C. 293. Pour ce qui est du droit québécois, voir *Continental Casualty c. Combined Insurance*, [1967] B.R. 814; *Bélanger c. Commission de révision du Comté de Sauvé*, [1973] C.S. 814; *Brown c. R.*, [1969] B.R. 67.

21 Adrian POPOVICI, "Secret et procédure", [1974] 34 *R. du B.* 306, pp 308-309. Dans *Bélanger c. Commission de révision du comté de Sauvé*, (1973) C.S. 814, p. 818, le juge Deschênes parle de la publicité des procès comme étant liée à la sauvegarde de la liberté du sujet et la santé de l'administration de la justice. Voir aussi Pierre E. AUDET, "La publicité des procès et l'accessibilité aux archives judiciaires", [1984] 1 *Les Cahiers de l'IQAJ* 26; Sylvie LATOUR "La publicité des procès : règle ou exception", (1984) 19 *R.J.T.* 107.

22 [1982] 1 R.C.S. 175.

Je prends d'abord l'argument relatif à la vie privée. Ce n'est pas la première fois qu'on soulève cet argument devant les tribunaux. On a maintes fois soutenu que le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos. Il est aujourd'hui bien établi cependant que le secret est l'exception et que la publicité est la règle. Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu'on exclut le public des procédures judiciaires.²³

Plus loin, le juge Dickson ajoute que: "A mon avis, restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance. C'est notamment le cas de la protection de l'innocent"²⁴.

La vie privée peut donc constituer une limite au droit de rapporter ce qui se passe devant les tribunaux.

1.2- La protection de la vie privée des tiers-innocents comme limite à la publicité des procès

Dans leur travail de délimitation des limites au caractère public de la justice, les tribunaux reconnaissent la nécessité de protéger la vie privée des personnes impliquées, notamment celles qui sont visées par ricochet par les débats ayant lieu devant le tribunal, les tiers-innocents ou les victimes. Par exemple, l'arrêt *Canadian Newspapers c. A.-G. for Canada*²⁵ avait à décider de la compatibilité avec la liberté d'expression des dispositions du *Code Criminel* prohibant la publication du nom de la victime d'une agression sexuelle²⁶.

La Cour suprême du Canada s'est attachée à montrer que la limitation prescrite par les dispositions du *Code Criminel* constituait une limite raisonnable et justifiable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans un premier temps, appliquant les critères énoncés dans *R. c. Oakes*²⁷ et *R. c. Edward Books and Arts Ltd.*²⁸ le juge Lamer qui rédige le jugement unanime de la cour n'a pas d'hésitation à reconnaître l'importance de l'objectif poursuivi par la mesure, soit d'encourager les victimes d'agression sexuelle à porter plainte en leur épargnant le traumatisme occasionné par la gêne et l'humiliation qui pourrait résulter de la trop grande publicité. Il s'en exprime ainsi:

23 *P.G. (Nouvelle Écosse) c. MacIntyre*, [1982]1 R.C.S.175, p. 185.

24 *Ibid.*, pp. 186 et 187.

25 [1985] 16 D.L.R. (4th) 642.; 44 C.R. (3d) 97 (C.A. Ont.).

26 Il s'agissait de l'article 442(3) du *Code criminel* maintenant, art. 486(3).

27 *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

28 *R. c. Edward Books and Arts Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 713.

En incitant les victimes à dénoncer les auteurs d'agression sexuelle, on en facilite la poursuite et la condamnation. En dernière analyse, l'objectif général visé par l'interdiction de publication prévue au par. 442 (3) est de réprimer le crime et d'améliorer l'administration de la justice²⁹.

Pour apporter une réponse à la question de savoir si les moyens choisis pour atteindre l'objectif sont raisonnables et si leur justification peut se démontrer, la Cour applique le test de proportionnalité par lequel elle soupèse les différents intérêts en jeu. Rappelons que cette exigence de proportionnalité implique l'existence d'un lien rationnel entre les moyens et l'objectif, la nécessité de réduire au minimum les atteintes à la liberté invoquée ainsi que l'établissement d'un équilibre entre les effets des mesures législatives et l'objectif poursuivi. C'est sans peine que la Cour reconnaît l'existence du lien rationnel entre la mesure attaquée et l'objectif visé. Sur la question de savoir si l'interdiction impérative de publier l'identité du plaignant est la mesure portant le moins possible atteinte à la liberté de presse, compte tenu des objectifs poursuivis, la Cour répond que seule la certitude de la non publication pourra garantir aux victimes qu'ils ne verront pas leur identité révélée à la suite d'une plainte. Cette certitude doit exister au moment où l'on décide de dénoncer. Ainsi, une disposition accordant un pouvoir discrétionnaire au juge de décider s'il imposera ou non l'interdiction de publication se révélerait inefficace car elle n'offrirait pas cette certitude à la victime.

S'il est vrai que la liberté d'expression doit constituer le principe conducteur des décisions relatives au droit de diffuser des informations sur un procès, qu'en est-il du droit à la vie privée?

Il est de plus en plus certain que le droit à la vie privée bénéficie d'une certaine protection constitutionnelle en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁰. La notion de vie privée procède assurément d'un souci de protéger la vie, la liberté et la sécurité des personnes. Aussi, il est impossible d'écarter de l'article 7, la notion de vie privée à tout le moins dans certaines de ses manifestations les plus fondamentales.

Dans *La Reine c. Morgentaler*³¹, le juge Wilson opte pour une interprétation de l'article 7 qui inclut certains des éléments les plus essentiels de la vie privée. Elle écrit:

A mon avis, le respect du pouvoir décisionnel de l'individu dans des domaines d'importance personnelle aussi fondamentaux que traduit la jurisprudence américaine nous renseigne aussi sur la Charte canadienne. D'ailleurs, comme le juge en chef le rappelle dans l'arrêt *R. v. Big M Dug Mart Ltd.* la foi en la valeur et en la dignité humaine 'constitue [...] le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la Charte'. Je conclus donc que le droit à la liberté énoncé à

29 *Canadian Newspapers Co c. Canada (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 122.

30 Cette disposition prévoit que : "Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale."

31 [1988]1 R.C.S. 30

l'article 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée³².

C'est sans doute dans l'affaire *R c. Dymeni*³³ que l'on trouve l'énoncé le plus détaillé sur l'ampleur de la protection dont jouit la vie privée dans notre droit constitutionnel. Le juge La Forest³⁴ affirme l'existence du droit à la vie privée en matière d'information et ce, non seulement en ce qui a trait au droit du citoyen de s'opposer à une intrusion physique dans son domicile³⁵ ou sur sa personne³⁶ mais aussi au droit de sauvegarder sa dignité. Reprenant à son compte le rapport *L'ordinateur et la vie privée*³⁷, il retient que "l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend." Le juge La Forest ajoute:

Dans la société contemporaine toute spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiels par ceux à qui ils sont divulgués³⁸.

Le juge La Forest ajoute une remarque à propos du caractère du droit à la vie privée: "Nous ne pouvons nous permettre de ne faire valoir ce droit qu'après qu'il a été violé." En effet, une fois faite la divulgation, la réparation à l'atteinte ne peut être que partielle. Cela est inhérent aux droits de nature informationnels³⁹. Une fois diffusée, l'information est repartageable à l'infini. Le fait qu'un détenteur partage l'information ne lui en fait pas

32 [1988]1 R.C.S., à la p. 171

33 [1988] 2 R.C.S. 417

34 Le juge La Forest écrivait aussi au nom du juge Dickson, mais ses collègues Beetz, Lamer et Wilson n'ont ni contredit ni acquiescé à ses propos. De son côté, le juge McIntyre est dissident.

35 *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S., 145

36 *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S., 945

37 CANADA, *Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des communications et le ministère de la justice, L'ordinateur et la vie privée*, Ottawa, Information Canada, 1972.

38 [1988] 2 R.C.S., pp. 429 et 430

39 Sur cette question voir France ABRAN, *La valeur heuristique des modèles de Shannon et de Moles pour le cadre juridique de l'information*, Mémoire de maîtrise en sciences de la communication, Université de Montréal, Août 1987.

perdre la détention. Seul le secret permet vraiment d'assurer l'exclusivité sur des informations.

Dans *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*⁴⁰, le juge Cory, rendant le jugement majoritaire n'a pas d'hésitation à reconnaître que la protection de la vie privée revêt une importance considérable à tel point qu'il semble certain que ce soit là en soi un besoin urgent et réel dans une société libre et démocratique. C'est le caractère trop englobant des dispositions législatives attaquées qui amène les juges majoritaires à conclure qu'elles ne sont pas conçues de manière à porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression.

Des mesures moins radicales que les interdictions générales de publier certains types de renseignements pourraient facilement protéger la vie privée des témoins et des enfants. Le juge Cory déclare même que:

Par exemple, le juge du procès pourrait exercer son pouvoir discrétionnaire et interdire toute publicité ou tenir des audiences à huis-clos dans les rares circonstances qui l'exigent pour protéger la vie privée des parties, de leurs enfants ou des témoins.⁴¹

Le juge Cory continue en ajoutant qu'il:

[...] est évident qu'en vue de garantir un procès équitable et de protéger la vie privée des particuliers, la cour peut toujours utiliser son pouvoir de surveillance à l'égard de ses dossiers et accorder des ordonnances restrictives dans les cas appropriés.⁴²

Avec une telle approche, c'est dans le champ de la discrétion judiciaire qu'est renvoyée l'articulation qui doit être faite entre les impératifs résultant de la liberté de presse et celles découlant du respect de la vie privée des personnes. Les mesures législatives ne sauraient définir trop largement le droit à la vie privée, par exemple en interdisant la divulgation de catégories entières d'informations comme c'était le cas en cette espèce. Il est donc essentiel de dégager les contours de la vie privée puisque c'est ce droit qui peut être invoqué au soutien d'ordonnances judiciaires de non-publication.

2.- Les contours de la vie privée

Affirmer l'existence du droit à la vie privée est une chose, délimiter ses contours s'avère généralement beaucoup plus difficile. S'il ne fait pas de doute que le droit à la vie privée est protégé en droit canadien, même à titre de droit constitutionnel, il n'en demeure pas moins nécessaire d'identifier comment l'on arrive à décider qu'une information donnée fait ou non partie de la vie privée d'une personne.

40 [1989] 2 R.C.S. 1326

41 [1989] 2 R.C.S. à la p. 1346-47,

42 *Ibid*, p. 1350

Pour déterminer s'il y a atteinte à la vie privée, il faut montrer qu'une divulgation d'information ou une intrusion porte sur un élément de la vie privée. D'où la nécessité de circonscrire le domaine de la vie privée.

C'est vers la fin du dix-neuvième siècle que la notion de vie privée apparaît comme une catégorie juridique autonome. L'importance accrue qu'elle prend dans plusieurs systèmes juridiques occidentaux invite à y voir une conséquence de la multiplication des technologies permettant de traiter toujours plus d'information, rendant de ce fait possible des intrusions ou des divulgations autrefois inconcevables. Peter Burns écrit que "modern concern with privacy is the product of the rise of the middle class which in turn is the result of the drift from village to urban life during the industrial revolution."⁴³

Aux Etats-Unis, Warren et Brandeis⁴⁴ ont, dès la fin du dix-neuvième siècle, préconisé le développement d'un "right of privacy" afin de protéger les personnes des intrusions diverses que rendaient désormais possible les nouvelles technologies de l'information. Cet article avait été publié après que la presse eut fait grand état du mariage de la fille de Warren. Juristes influents, l'approche qu'ils ont développé devait finir par s'imposer, à tel point que la Cour suprême, après quelques décisions où elle en a nié l'existence à titre de droit constitutionnel, devait le consacrer dans l'arrêt *Griswold v. Connecticut*⁴⁵.

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948⁴⁶ est le premier texte international reconnaissant le droit à la vie privée en tant que droit de la personne. L'article 12 déclare que:

Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, [...]. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions de telles atteintes.

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁷ garantit la protection de la vie privée et familiale entendue au sens large. L'article 8 proclame que:

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est

43 Peter BURNS, "The Law and Privacy : The Canadian Experience" (1976) 54 *Can. Bar. Rev.*,1, p.4.

44 E. A. WARREN , L. BRANDEIS, "The Right to Privacy" (1890) *Harv. L. R.* 193.

45 381 U.S. 479, p. 485

46 *Déclaration universelle des droits de l'homme* , dans André MOREL, *Code des droits et libertés*, 3e éd., Montréal Éditions Thémis, 1989, p. 255

47 *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Nations-Unies, *Recueil des traités*, vol. 213 (1955), p. 221. MOREL, *Op.cit.*, p. 323.

prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

La protection de la vie privée est également reconnue par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁴⁸ adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies. L'article 17 de ce pacte dispose que:

Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance [...]
Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

La notion de vie privée n'est pas, comme telle, reconnue en *Common Law*, bien que certains "torts" offrent une certaine protection pour des intérêts qui sont rattachés à la notion de vie privée⁴⁹. Certaines provinces canadiennes ont adopté des législations accordant un "Right to privacy". L'expression est utilisée dans certains textes législatifs tels les dispositions du *Code Criminel* sur l'écoute électronique⁵⁰. La législation sur la protection des renseignements personnels protège les informations détenues dans les fichiers des organismes publics⁵¹. L'un et l'autre de ces textes ont une application limitée bien que très importante. Ils ne confèrent pas un droit général à la vie privée, se bornant à en protéger certains aspects.

D'origine principalement jurisprudentielle, le droit à la vie privée s'est développé d'abord comme principe de droit civil. Il est désormais revêtu d'une force accrue en contexte québécois puisqu'il est reconnu dans la *Charte des droits et libertés de la personne*. Cela

48 Nations-Unies, *Recueil des traités*, vol. 999 (1976), p. 187; MOREL, *Op.cit.*, p. 271.

49 Peter BURNS, "Privacy and the Common Law : A Tangled Skein Unraveling?", dans D. GIBSON (ed) *Aspects of Privacy Law*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 21; R.Dale GIBSON, "Legal Protection of Privacy", dans R. St. J. MACDONALD et John P. HUMPHREY (ed) *The practice of freedom, Canadian Essays on Human Rights and Fundamental Freedoms*, Toronto, Butterworths, 1979, p. 179; Peter BURNS, "The Law and Privacy: The Canadian Experience" (1976) 54 *Can. Bar. Rev.*, 1

50 *Loi modifiant le Code Criminel*, S.C. 1973-74, c. 50, art 2, insérant les articles 178.1 à 178. 23 formant la partie IV.1 "Atteintes à la vie privée". Voir à ce sujet A. JODOUIN, "Le secret de la vie privée en droit pénal canadien". (1974) 5 *R.G.D.* 43, pp. 69-70.

51 *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21. Pour le Québec, voir la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1 commentée et annotée dans Yvon RENAUD, Patrick A. MOLINARI et Pierre TRUDEL, *Accès aux documents des organismes publics & protection des renseignements personnels*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 409 p.

n'a pas pour effet d'en changer la nature. C'est toujours aux principes de droit civil qu'il faut se référer pour en cerner le sens, la portée et les types de recours disponibles afin de protéger ces droits. En adoptant l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, le législateur québécois a consacré un droit⁵² qui était déjà largement élaboré par la doctrine et la jurisprudence⁵³.

Les contours de la notion de vie privée restent imprécis. Il n'existe pas de notion de vie privée qui soit consignée dans un texte de loi. On a défini la vie privée comme étant "le droit de l'individu à une vie retirée et anonyme⁵⁴" ou "le droit d'être laissé seul à vivre sa propre vie avec un minimum d'interférences des autres⁵⁵". Patrick Glenn identifie ainsi les situations comportant des atteintes à la vie privée:

Pour l'instant, le mieux qu'on puisse dire est que deux façons générales d'agir ont été jugées incompatibles avec le droit au respect de la vie privée. La première, c'est l'intrusion injustifiable qui a comme effet de porter un renseignement personnel à la connaissance de l'intrus ou tout simplement de gêner la victime. C'est la solitude de l'individu qui semble atteinte par cette intrusion, une condition de séparation des autres membres de la société, ou de la plupart des autres

52 Avec les amendements de 1982 à la *Charte des droits et libertés de la personne*, le droit à la vie privée et à la réputation ont acquis un statut supra-légal. Non seulement ces droits peuvent-ils toujours être protégés dès lors qu'ils sont l'objet d'une atteinte fautive, mais ils ne peuvent être contredits par une loi ou un règlement que dans la mesure permise par l'article 9.1 de cette *Charte des droits et libertés de la personne*. Voir André MOREL, *Code des droits et libertés*, 3e éd, Montréal, Éditions Thémis, 1989.

53 Du caractère supra-légal des droits énoncés aux articles 4 et 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, il découle que toutes les autres règles de droit, lois et règlements ne peuvent enfreindre les droits garantis, sauf évidemment dans la mesure prévue par les dispositions limitant la portée de ces droits et libertés. Il est donc possible d'attaquer une loi ordinaire au motif qu'elle ne respecte pas le droit à la vie privée des personnes, ou encore leur droit à la réputation. De plus, avec leur inclusion dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, le droit à l'honneur et à la réputation ainsi que le droit à la vie privée ont de ce fait acquis un degré d'autonomie accru. L'article 49 de la Charte permet d'obtenir la cessation des atteintes illicites et la réparation du préjudice moral et matériel en résultant. La même disposition permet en outre d'obtenir des dommages exemplaires. Il y a donc une certaine possibilité de détacher de la notion de faute la protection de ces droits de la personnalité. Alors, ce ne serait plus sur le caractère fautif du comportement de celui qui s'est livré à une atteinte à ces droits qu'il faudrait s'interroger mais plutôt sur l'illicéité de l'atteinte. Cela suppose la délimitation du champ de l'un ou l'autre de ces droits, notamment en relation avec d'autres droits, libertés et valeurs tels le droit à l'information du public et la liberté d'expression.

54 Robert BADINTER, "Le droit au respect de la vie privée", *J.C.P.* 68 I. 2136, no.8.

55 *Ibid.*

membres de la société. En deuxième lieu, et encore en l'absence de faits justificatifs, il y a l'atteinte à la vie privée qui provient de la diffusion de renseignements ou d'images. En ce cas, la prohibition de l'acte de diffusion protège l'anonymat de la personne, une situation qui est celle de ne pas être identifiable. Dans l'élaboration du droit au respect de la vie privée il faudra déterminer avec précision les cas où un acte d'intrusion ou de diffusion est justifiable et s'il y a d'autres façons d'agir qui doivent être limitées ou restreintes⁵⁶.

Il n'est donc pas étonnant que l'expression "protection de la vie privée" soit souvent employée pour désigner toutes les règles de droit ayant pour finalité de protéger la vie personnelle et familiale. Il y a dans le droit civil et dans le droit pénal de nombreuses règles qui peuvent, de manière diverse, avoir cet effet. Cela met bien en lumière que c'est un faisceau d'intérêts des personnes que vise à protéger le droit à vie privée.

Le domaine de la vie privée regroupe certains types d'information qui y sont, en principe, rattachées. Il connaît aussi des variantes selon les qualités et la situation des personnes. L'on identifie traditionnellement deux grands volets à la vie privée. Il y a d'abord le volet objectif. Ce volet réfère aux faits et aux aspects de la vie d'une personne qui sont inclus dans un domaine protégé. Mais la contenance concrète de ce domaine varie suivant les personnes, la position qu'ils occupent dans la société et suivant d'autres circonstances. C'est le volet subjectif de la vie privée, celui qui prend en considération les personnes visées.

S'agissant du volet objectif, l'on peut poser qu'*a priori*, la vie privée s'oppose à la "vie publique". Si l'on s'accorde pour reconnaître que toute personne doit pouvoir soustraire sa vie privée aux ingérences et aux divulgations, l'on s'accorde tout aussi bien pour dire que la vie publique des personnes doit être ouverte et transparente.

Cela laisse deviner qu'il y a certains types d'informations référant à des aspects de la vie d'une personne qui sont inclus dans le "domaine" de la vie privée. Ce sont en quelque sorte des données objectives. Des renseignements se rattachant à des aspects de la vie qui sont fréquemment associés à l'intimité.

En opposant la vie privée à la vie publique, on met aussi en lumière le fait que cette dernière concerne les informations pertinentes à sa participation à la vie de la cité. *A contrario*, serait du domaine de la vie privée ce qui est étranger à cette participation.

C'est peut être pour cette raison que la plupart des décisions de justice ayant eu à déterminer ce qui fait partie du champ de la vie privée concernaient des vedettes ou des personnes ayant autrement défrayé la manchette. Kaiser rappelle que "les éléments de la vie privée des simples particuliers sont rarement l'objet d'une décision de justice, parce

56 H. Patrick GLENN, "Le droit au respect de la vie privée" (1979) 39 *R. du B.* 879, 881. Voir aussi H.P. GLENN, "Le secret de la vie privée en droit québécois", (1974) *R.G.D.* 24

qu'ils ne sont pas souvent l'objet d'investigations ni de divulgations.⁵⁷ Toutefois, ajoute cet auteur, lorsqu'il a été décidé qu'une divulgation ou une recherche d'information est illicite, parce qu'elle a pour objet un élément de la vie privée, fut-ce d'une vedette, il en découle, à plus forte raison que ce type d'information fait partie de la vie privée des simples particuliers".

La rareté de décisions judiciaires rendues au Québec complique la tâche de celui qui voudrait illustrer les applications contentieuses des principes reliés à la protection de la vie privée. Cependant, l'abondance du contentieux développé en France, pays d'où sont issus les principes de droit civil applicables au Québec⁵⁸, permet de pallier à la carence jurisprudentielle qui caractérise le droit québécois en ce domaine.

Les tribunaux ont tout de même pu, au fil des décisions, identifier certains des éléments qui font partie, en principe, de la vie privée. C'est ainsi que les origines de la personne et l'intimité du foyer furent rapidement placés au nombre des informations faisant partie de la vie privée. Par exemple, dans *Robbins c. Canadian Broadcasting Corporation*⁵⁹, la Cour condamne un télédiffuseur pour avoir publicisé l'adresse et le numéro de téléphone du demandeur dans le dessein de lui nuire. Le demandeur a reçu, à la suite de la diffusion de l'émission, une avalanche d'appels souvent disgracieux. Le tribunal n'a pas eu d'hésitation à déduire la faute de l'animateur de l'émission et condamne l'entreprise à verser une somme de 3,000\$ de dommages-intérêts. La révélation publique des détails permettant de rejoindre Robbins dans l'intimité de son foyer a été, dans cette affaire assimilée à une faute, d'autant plus que l'intention de nuire était évidente.

La décision *Société F.E.P. c. Époux Tenenbaum* de la Cour d'appel de Paris arrive à une solution semblable mais dans une situation où l'élément fautif est beaucoup moins facile à constater. Dans cette affaire, un journal avait révélé, dans un texte élogieux, les coordonnées du domicile du chanteur Jean Ferrat. Ce dernier alléguait que cette divulgation non autorisée lui avait fait perdre son droit à la tranquillité. La Cour lui donne raison en déclarant que "cette révélation constitue une immixtion d'autant plus inopportune dans la vie privée des époux Tennenbaum que l'auteur de l'article reconnaît que ceux-ci 'se cachent bien' et qu'ils mènent une vie simple refusant de se conduire 'comme les autres chanteurs arrivés' "⁶⁰.

La divulgation de renseignements comme le lieu du domicile n'est évidemment pas, en soi, une atteinte à la vie privée. Cette divulgation est essentielle à un grand nombre de rapports juridiques. Ce qui constitue l'atteinte, c'est la divulgation en dehors de la volonté de

57 Pierre KAYSER, *La protection de la vie privée - Protection du secret de la vie privée*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, Presse Universitaires d'Aix Marseille, 1984, p.153.

58 La protection de la vie privée dans la mesure où elle touche les rapports entre les personnes ressort au champ de la propriété et des droit civils au sens de l'alinéa 13 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est admis que le droit français peut servir à éclairer le droit québécois en ces matières.

59 [1958] C.S. 152, 12 D.L.R. (2d) 35

60 *Soc. F.E.P. c. Époux Tenenbaum*, D. 1970, 466

l'intéressé ou en l'absence d'une situation où l'on admet que les nécessités de l'information du public doivent l'emporter sur le droit à la vie privée.

Les intrusions suivies de divulgations ne sont pas davantage autorisées même si une personne a antérieurement consenti à des révélations du même type dans le passé. Dans l'affaire *Dame Bardot c. Société Beaverbrook*, la société défenderesse avait fait prendre des photos au télé-objectif de la demanderesse alors qu'elle se trouvait dans l'intimité de son foyer. Le tribunal a rejeté l'argument suivant lequel madame Bardot avait, dans sa carrière, consenti à de telles divulgations et qu'elle avait en quelque sorte renoncé à son droit à la vie privée. Le tribunal conclut plutôt que "la simple tolérance, même prolongée ne peut faire présumer ni d'une renonciation au droit de la personne sur son image, ni d'une assimilation de sa vie privée à sa vie publique."⁶¹

La révélation de l'état de santé d'une personne sans son consentement est aussi une atteinte à la vie privée⁶², ce, indépendamment de la protection à laquelle un patient a droit en vertu des règles relatives au secret professionnel. Il en va de même pour les révélations touchant les interventions médicales subies par une personne. Dans *Dame Huet c. Boizeau*⁶³, on avait révélé qu'une animatrice de télévision devait la forme actuelle de son nez aux prodiges de la chirurgie esthétique. Une telle révélation touche à des questions intimes et constitue de ce fait une atteinte à la vie privée. De la même façon, ainsi que l'a illustré l'affaire *Carole Laure c. Soc. V.M. Productions*⁶⁴ l'exposition publique contre le gré d'une personne de parties de son corps constitue aussi une atteinte à la vie privée.

Une auteure⁶⁵ voit dans la vie conjugale et amoureuse le domaine principal de la vie privée. La publication de renseignements relatifs aux ascendants, conjoints, descendants d'une personne⁶⁶, l'annonce de fiançailles⁶⁷, de divorce⁶⁸, de liaisons amoureuses et d'autres péripéties de la vie sentimentale⁶⁹ ont été constamment assimilés à des atteintes à la vie privée.

61 *Dame Bardot c. Sté Beaverbrook*, J.C.P. 66.I.14521.

62 *S.A.R.L France Editions et Publications v. Dame Nagaux*, *Gaz.Pal.*, 1966. 2. 187.

63 *D.* 1974. I. 766.

64 *D.* 1974. I. 767.

65 Monique CONTAMINE-RAYNAUD, "Le secret de la vie privée" dans *L'information en droit privé*, Paris, L.G.D.J. (Bibliothèque de droit privé CLII), 1978, 401, 426, n° 20.

66 *Soc Presse Office "Lui" c. De Villalonga*, *D.* 1976. I 421.

67 *Dame Catherine Dorléac, dite Deneuve c. Soc. d'Editions Parisiennes Associées*, *Gaz. Pal.* 1970. 2. 150.

68 Monique CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 426.

69 *Ibid.*

Certaines informations qui sont, par leur nature publique, comme le nom ou l'origine ethnique, ont pourtant été incluses dans le champ de la vie privée. Il en est ainsi pour ceux qui décident de faire carrière sous nom d'emprunt⁷⁰, ou lorsque le demandeur cache ses origines ethniques par crainte de représailles⁷¹.

La totalité de la vie professionnelle des individus ne saurait entrer dans le champ de la vie privée. Robert Badinter faisait observer à cet effet qu':

il est assez aisé en effet de définir ce qu'est pour chacun de nous la part de notre vie qui se déroule nécessairement en présence du public, notre participation publique à la vie de la cité. Ainsi en est-il de toute activité professionnelle dans la mesure où elle implique des rapports constants avec autrui, clients, fournisseurs, collègues, patrons ou employés⁷².

La frontière entre vie privée et vie professionnelle est marquée d'un plus grand flottement jurisprudentiel. Lindon⁷³ propose de distinguer entre les agents d'exécution et autres employés subalternes dont on ne voit pas ce qui autoriserait les tiers à publier des indications sur leur carrière. Il en irait autrement, selon lui, des personnes recherchant la clientèle ou la faveur du public. Le public, en ces cas, "peut avoir le droit d'être informé sur le côté professionnel de leur existence"⁷⁴. La même solution est admise pour les artistes.

La vie privée ne se définit pas seulement comme une liste d'informations appartenant à une ou plusieurs catégories. La notion se définit à partir d'un test plus subjectif, s'ajoutant à la démonstration qu'une divulgation porte bien sur une information qui, à priori, se situe dans le champ de celles qu'on inclut dans la vie privée. Les qualités et la situation des personnes permettent de considérer certaines variantes. C'est le volet subjectif de la notion de vie privé. Ce volet subjectif est l'assise à partir duquel les tribunaux et la doctrine ont pu structurer les limites de la vie privée. Pour opérer cette structuration, ils ont eu recours à la notion de droit du public à l'information.

3.- Le droit du public à l'information: un facteur de structuration des limites de la vie privée et la liberté d'expression

Il existe un ensemble d'informations qui, en des circonstances données, sont incluses dans le champ protégé de la vie privée. Cet ensemble est délimité par les nécessités qu'impose l'exercice d'autres droits et libertés, comme la liberté d'expression. De ces nécessités résultent les limites au droit à la vie privée. Mais il devient alors nécessaire d'identifier

70 *Soc. F.E.P. c. Époux Tenenbaum*, précité, note 62.

71 *Chabert c. Dame Germain dite Manouche*, *Gaz. Pal.* 1975.3.180.

72 Robert BADINTER, "Le droit au respect de la vie privée", *J.C.P.* 68. I. 2136, n° 13.

73 Raymond LINDON, *Les droits de la personnalité*, Paris, Dalloz, 1974, p. 16, n° 56.

74 *Ibid.*

comment les tribunaux procèdent afin de déterminer les limites respectives des divers droits qui sont en interaction.

Il est difficile de déterminer avec précision la limite séparative de la vie privée et des activités publiques. Une telle délimitation est cependant possible si l'on est prêt à admettre son caractère nécessairement relatif. C'est en ayant recours à des facteurs de structuration entre la vie privée et les autres valeurs qu'ils doivent protéger que les tribunaux parviennent à identifier cette limite séparative.

La plupart du temps, le champ d'un droit ou d'une liberté est défini par les limites découlant des impératifs d'un autre droit ou d'une liberté invoquée à son encontre. Afin de délimiter l'étendue de la liberté des médias de faire état de faits rattachés à la vie privée des personnages occupant des charges publiques, les tribunaux vont identifier la nature des droits en cause, le rapport hiérarchique existant entre eux et les facteurs devant être pris en considération pour délimiter les limites respectives des droits. Il en va de même en ce qui a trait à l'équilibrage entre la liberté d'expression et la protection de la vie privée des justiciables.

Ce faisant, le juge participe à la structuration des limites respectives de la liberté d'expression et du droit à la vie privée. Pour y arriver, il devra souvent faire appel à des standards ou à des notions floues comme l'intérêt du public, le droit du public à l'information ou les "nécessités de l'information du public". Ces notions jouent un rôle capital dans la portée concrète des droits relatifs à l'information puisqu'elles contribuent à structurer les limites de ces droits; c'est pourquoi nous les appelons facteurs de structuration. Le domaine de l'un ou l'autre de ces droits et libertés est en quelque sorte le fruit des délimitations des autres. Nadeau & Nadeau écrivent à cet égard que:

Là où commence le droit d'un autre finit le mien. Droits et obligations sont corrélatifs. La contrepartie des droits de quelqu'un est constituée par les obligations que lui imposent les droits d'un autre. D'où il suit que la relativité des droits individuels vient précisément de la présence de droits semblables appartenant aux autres individus.⁷⁵

Le juge Albert Mayrand proposait une analyse similaire dans *Dubois v. Société St-Jean Baptiste*⁷⁶ lorsqu'il écrivait qu'entre le droit à l'honneur et à la réputation et la liberté d'expression, il n'y a aucune contradiction "car les droits de la personne sont relatifs; ils trouvent tous leurs limites dans les droits d'autrui."

⁷⁵ André NADEAU et Richard NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée., 1971, p. 228 cité par l'honorable juge Pierre Bergeron dans *Gingras v. Entreprises Télécapitale Ltée- Division C.H.R.C.*, J.E. 85-620.

⁷⁶ (1983) C.A. 247 renversant la décision de première instance *Dubois v. Société Saint-Jean-Baptiste* [1982] C.S. 190. Dans cette décision, le juge Mayrand est dissident mais les principes qu'il met de l'avant ne sont pas contestés par les juges de la majorité.

Pierre Kaiser a constaté que le droit au respect de la vie privée trouve ses limites dans ce qu'il appelle les nécessités de l'information du public⁷⁷. Il a déjà été montré que le droit à l'information est l'un de ces facteurs de structuration⁷⁸. L'analyse des principales décisions judiciaires canadiennes dans lesquelles les tribunaux se sont livrés à cet exercice permet d'identifier le droit du public à l'information comme étant l'un des standards utilisés afin de déterminer, à l'occasion d'un conflit, les limites spécifiques de la liberté d'expression et les droits qui viennent en limiter l'exercice, tels le droit à la vie privée et à la réputation. Appelés à déterminer les frontières de la liberté d'expression et celle d'autres droits comme le droit à l'honneur, à la réputation ou à la vie privée, les tribunaux font appel à ce qui leur paraît aller dans le sens des intérêts du public. Le droit du public à l'information compris comme référant à l'intérêt du public à être informé a constitué un facteur de structuration des limites à la liberté d'expression.

Au nombre des limites intrinsèquement comprises dans la notion de vie privée, il y a donc celles découlant des "nécessités de l'information du public". En raison de la nature de leur participation aux activités de la société, les informations relatives à certains aspects de la vie de certains individus n'entrent pas d'emblée dans le domaine de leur vie privée, le public ayant un intérêt légitime à en être informé⁷⁹.

Cet élément "subjectif" de la vie privée permet de tenir compte des nécessités de l'information publique de même que des autres valeurs qui sont forcément en cause dans la délimitation du droit à la vie privée. Toute la question revient donc à celle de déterminer quelles sont les divulgations qui sont licites et celles qui ne le sont pas? Pierre Kayser expose ainsi le fondement de la distinction:

Comment expliquer la licéité des investigations et des divulgations relatives aux activités publiques et leur illicéité quand elles ont trait à la vie privée? Les premières ressortissent du domaine de la liberté de l'information parce que le public a un intérêt légitime à les connaître.⁸⁰

77 Pierre KAISER, *op. cit.*, no.133.

78 Pierre TRUDEL, Jacques BOUCHER, René PIOTTE, Jean-Maurice BRISSON, *Le droit à l'information*, Montréal, P.U.M., 1981, pp. 217 et ss.

79 Pierre KAYSER, *op.cit.*, pp. 143 et ss. Cet auteur passe en revue les justifications avancées afin d'identifier les frontières entre les activités publiques d'une personne et celles ressortissant à sa vie privée. Il rejette la doctrine suivant laquelle les personnes qui ont des activités publiques renonceraient en quelque sorte à leur droit à la vie privée. Une telle façon d'analyser la distinction entre activités publiques et activités privées ne tient pas car si c'est un consentement qui explique que certaines divulgations peuvent être faites impunément, un tel consentement pourrait être retiré ou explicitement refusé. Or, la jurisprudence et la doctrine n'admettent pas qu'une personne se livrant à des activités publiques puisse valablement s'opposer à des divulgations sur des aspects de ses activités reliées à sa vie publique.

80 Pierre KAYSER, *op.cit.*, p. 145

L'intérêt du public à être informé devient alors une notion de référence aidant à déterminer, dans le contexte judiciaire, si le comportement attaqué va au-delà de ce que permet chacun des droits se trouvant invoqués au soutien des prétentions de l'une et l'autre partie⁸¹. Ainsi, les droits à la réputation et à la vie privée d'une personne vont trouver leurs limites dans l'intérêt que le public a de prendre connaissance de certains aspects de sa personnalité afin, par exemple, de juger s'il y a lieu de continuer de lui accorder sa confiance⁸². La liberté d'expression sert d'ailleurs de fondement à ces limites nécessaires au droit à la vie privée.

Ce qui est perçu comme devant rester dans le champ de la vie privée n'est pas identique dans toute les sociétés. Les américains ne voient que fort peu d'objections à dévoiler les rapports d'impôt des candidats à des charges publiques tandis que les français ont traditionnellement considéré l'état de fortune des personnalités politiques comme un élément de leur vie privée. La ligne de séparation varie donc selon l'espace. Elle varie aussi dans le temps. Au Québec, l'avènement de la *Charte des droits et libertés de la personne*, en posant le principe de la non-discrimination fondée sur des motifs tels l'orientation sexuelle, les opinions politiques, la condition sociale a justifié une plus grande sensibilité à l'égard des informations pouvant mener à des discriminations se fondant sur de tels facteurs.

Mais c'est surtout en fonction des personnes que la distinction varie le plus. Ainsi, les candidats à une fonction électorale ou celles exerçant une activité publique ou jouissant de la notoriété voient se restreindre le domaine de leur vie privée. Il en va de même pour les justiciables. Kayser⁸³ reconnaît que c'est assurément à leur égard que l'abaissement du mur de la vie privée soulève le plus de difficultés.

Dans le cas des justiciables, il est manifeste que seules les informations raisonnablement susceptibles de contribuer à la meilleure compréhension par les membres du public des enjeux en cause dans une affaire instruite devant un tribunal pourront être divulguées sans qu'il y ait atteinte à la vie privée. Une règle de droit qui exigerait des justiciables qu'ils en divulguent plus que nécessaire pour de telles fins constituerait une limite déraisonnable et non-justifiable au droit à la vie privée.

Les informations auxquelles le public doit pouvoir accéder sont celles qui, compte tenu des circonstances, sont nécessaires pour assurer que le fonctionnement du système judiciaire demeure soumis à la surveillance et la critique de l'opinion publique. Ces informations contribuent à garantir que les tribunaux fonctionnent dans le cadre des principes établis par le droit, qu'il n'y a pas de justiciables qui, en raison de leur position sociale ou de

81 Voir en général : Pierre TRUDEL, "Liberté d'information et droit du public à l'information", dans Alain PRUJINER et Florian SAUVAGEAU (dir.), *Qu'est-ce que la liberté de presse?*, Montréal, Boréal, p.174, à la p. 180; Pierre TRUDEL, *Droit de l'information et de la communication Notes et documents*, Montréal, Editions Thémis, 1984, pp. 13 et ss.

82 Voir à ce sujet la décision *Ené v. Le Soleil*, (1978) C.de D. 257, [1976] C.S. 1801. La référence à l'intérêt public pour délimiter le droit d'une personne à s'opposer à la diffusion de son image est aussi faite dans *Field v. United Amusement Corp.*, (1971) C.S. 283.

83 Pierre KAYSER, *op.cit.*, p. 174

certaines traits de leur personnalité, subissent un traitement privilégié ou défavorable. Par contraste, des détails intimes qui ne contribuent pas à apprécier le fonctionnement du système judiciaire n'ont pas à être révélés uniquement pour satisfaire les appétits de voyeurisme de certains médias. La tendance que montre la Cour suprême canadienne à reconnaître une place à la vie privée au nombre des droits constitutionnellement protégés laisse conclure que les tests américains développés afin de départager les intérêts de la vie privée des justiciables et ceux liés à la liberté de presse⁸⁴ ne seront pas reçus ici. Des décisions fondées sur des règles de droit permettant de prononcer des ordonnances non-publication, ne seraient raisonnables et justifiables que dans la mesure où elles visent à protéger la confidentialité d'informations répondant à ces critères.

Malgré les croyances très ancrées dans certains milieux journalistiques à l'effet que le public ne s'intéresse qu'aux aspects superficiels des phénomènes et le relatif dédain pour la couverture des aspects peu spectaculaires, il faut constater la vigueur des réflexes déontologiques d'un grand nombre de professionnels de l'information. Sauf de rares exceptions, on peut poser que ce n'est pas à la légère que les journalistes sérieux vont diffuser des informations qui peuvent porter préjudice au droit à la vie privée des personnes. Dans la plupart des cas, on a l'impression que ces diffusions n'ont lieu qu'après une réflexion sérieuse sur les nécessités de l'information du public. C'est sans doute en prenant mieux connaissance de cette déontologie professionnelle pratiquée par les journalistes chevronnés que les tribunaux pourraient raffiner les tests par lesquels ils articulent les valeurs liées à la liberté d'expression et celles liées au respect de la vie privée.

Conclusion

La recherche d'un équilibre entre les impératifs de la protection de la vie privée et l'exercice de la liberté d'expression est une quête difficile. Comme c'est de droits fondamentaux qu'il s'agit, ces questions sont souvent marquées d'une forte dose d'émotivité. Il ne se passe pas une journée sans que l'on entende "chanter" les vertus des droits et des libertés. Tout comme pour la vertu, nul n'est contre le droit à la vie privée et la liberté d'expression. Tous les affirment, bien peu s'intéressent aux moyens de résoudre les contradictions. Les politiciens se garderaient bien de poser des gestes ayant l'apparence d'une atteinte aux droits individuels. L'exaltation des droits et libertés fait partie de la boîte à images essentielle de tout bon politicien.

La recherche juridique des vingt dernières années nous a permis de mieux comprendre que la loi ne peut tout régler; elle ne doit pas non plus être envisagée en dehors du contexte de son application. Les approches positivistes rudimentaires ne rendent pas compte des réalités complexes auxquelles on tente de faire face par le recours au droit. En particulier, on commence de plus en plus à reconnaître l'importance des pratiques professionnelles dans les mécanismes d'articulation des droits et des valeurs. Le droit à la vie privée et la liberté d'expression renvoient à des réalités fluctuantes; préconiser "une loi" sur l'articulation entre ces deux valeurs fondamentales de notre société, c'est prier pour un remède qui pourrait bien s'avérer pire que l'inconvénient d'avoir à analyser les principes que les tribunaux et les praticiens du monde de l'information développent. À plus forte raison si le mal auquel on cherche à remédier est l'imprécision des notions. Pour ce genre de maux, il vaut mieux se doter d'outils afin de comprendre le fonctionnement du droit, des

84 Sur ces questions, voir Irwin KRAMER, "The Full-Court Press: Sacrificing Vital Privacy Interest on the Altar of First Amendment Rhetoric", [1989] 8 *Cardozo Arts & Entertainment L.R.*, 113.

pratiques journalistiques et des processus menant aux décisions judiciaires. Il faut aussi investir dans la meilleure connaissance des techniques par lesquelles on tente d'articuler les droits fondamentaux.