

LA ZONE DE PROTECTION ACCORDÉE À L'INTIMITÉ AU CANADA

par Pierre Patenaude **

SOMMAIRE

I. LA ZONE IRRÉDUCTIBLE D'INTIMITÉ	121
II. LA ZONE DE PROTECTION EFFICACE MAIS LIMITÉE	123
A. LES COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES	123
1. Entre client et aviseur légal.....	123
2. Entre conjoints	124
3. Ministre du culte et pénitent	125
B. AUTRES ACTIVITÉS PROTÉGÉES	125
1. Par des lois fédérales.....	125
2. Par des lois provinciales.....	128
a) La Charte des droits et libertés de la personne .	128
b) Les "Privacy Acts".....	129
III. LA PROTECTION SUBSIDIAIRE	131
A. LES DÉLITS DANS LES PROVINCES DE COMMON LAW	131
B. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTUELLE AU QUÉBEC	135
CONCLUSION	137

* Avocat, professeur agrégé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke; doyen, Faculté de droit, Université de Moncton; rapporteur général. L'auteur remercie son assistant, Me André Rochon, pour sa participation à la préparation de ce texte.

Le but de notre étude est de dégager les éléments qui caractérisent le domaine fondamental d'intimité au Canada.

En premier lieu, il nous semble essentiel que, pour être considéré comme fondamental, un droit soit expressément reconnu. Cette reconnaissance peut se faire au moyen d'une clause générale ou encore, en dressant une liste détaillée de droits. Le droit ainsi consacré devra être protégé efficacement et, pour ce faire, la protection légale devra s'exercer avant, pendant et après l'atteinte.

La protection *a priori* se justifie facilement par le fait que bien souvent, en matière d'intimité, le préjudice matériel est quasi inexistant et les dommages moraux difficiles à évaluer: elle s'exercera par *l'injonction*. Il demeure cependant que de nombreuses atteintes sont imprévisibles: la protection *a posteriori* est donc indispensable. Et cette protection doit être telle qu'elle comporte en même temps une force dissuasive. Alors, la protection s'avérera efficace.

La protection *a posteriori* s'effectue au moyen de poursuites civiles ou pénales. En matière civile, la reconnaissance du droit à l'intimité *per se* enlève la nécessité d'avoir à faire la preuve d'un préjudice. Aussitôt que l'atteinte au droit est prouvée, le tribunal peut automatiquement présumer l'existence d'un dommage¹. Le fardeau de la preuve du demandeur se trouve ainsi grandement simplifié grâce à une telle présomption. Quant au défendeur, c'est-à-dire celui qui a attenté à l'intimité, il devrait, au civil comme au pénal, voir sa tâche compliquée par une limite des défenses disponibles. De la même façon, plus les exceptions à un droit seront nombreuses, moins ce droit sera absolu. Il sera donc indispensable de restreindre les exceptions qui permettent les atteintes à l'intimité.

Sur le plan de la réparation, si une atteinte donne ouverture à des dommages-intérêts compensatoires pour le préjudice matériel et moral subi, et si des dommages exemplaires ou punitifs sont prévus lors d'atteintes intentionnelles ou malicieuses, la protection est alors adéquate et la dissuasion réelle. De même, si les sanctions pénales sont judicieuses.

Voyons donc quelle est la situation canadienne à son égard.

1. Pierre PATENAUDE, *La protection des conversations en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1976, pp. 39 et ss.

I. LA ZONE IRRÉDUCTIBLE D'INTIMITÉ

Il semble que le seul domaine juridique qui fasse encore partie de la zone irréductible d'intimité au Canada soit celui de la protection du contenu des lettres missives², encore que ce droit soit actuellement très fortement attaqué³.

En effet, d'importantes mesures de dissuasion sont prévues afin de protéger efficacement les lettres confiées à la poste: ainsi, le voleur ou receleur de courrier pourra écoper d'un emprisonnement de 10 ans⁴; de même, le fait d'arrêter un transport de courrier avec l'intention de voler les lettres ou d'y accomplir une fouille rend son auteur passible de l'emprisonnement à perpétuité⁵; en outre, la *Loi des postes*⁶ prévoit une série d'infractions supplémentaires⁷ concernant l'ouverture du courrier et le fait de retarder la livraison des lettres. Enfin, la censure du courrier par les employés du ministère des postes est prohibée⁸: le courrier ne sera ouvert que si l'on soupçonne une personne d'utiliser la poste pour commettre une infraction et à la condition que cette personne consente à l'ouverture de son courrier⁹.

(Le Parlement canadien étudie actuellement un projet de loi qui permettrait l'ouverture du courrier lorsque nécessaire pour enquête policière concernant la possession de drogues ou stupéfiants; cette atteinte au droit fondamental devrait être autorisée *a priori* par un juge de la Cour supérieure. Les règles s'appliquant à l'ouverture du

2. David A. CORNFIELD, "The Right to Privacy in Canada", (1967) 25 *U.T.F.L.R.* 103, 111-117; Jeffrey Allan TALPIS, "Le secret des affaires", (1974) 5 *R.G.D.* 82, 99:

"Le secret du courrier est si bien gardé que même le ministre ou ses fondés de pouvoir ne semblent pas avoir le droit d'ouvrir ou de prendre connaissance du contenu d'un envoi postal".

3. *Bill C-26*, Première lecture, le 7 février 1978; 3ème Session, 30 *Légis*, 26-27 *Eliz. II*, 1977-78.

4. Code Criminel, art. 314.

5. Code Criminel, art. 304; Jeffrey A. TALPIS, *loc. cit. supra*, note 2, 99: "Le fait d'ouvrir illégalement ou volontairement un sac postal ou une lettre confiée à la poste constitue un acte criminel que la possession en ait été obtenue en les trouvant ou autrement. *On ne retrouve aucun cas d'ouverture de lettre qui ait fait l'objet de sanction dans notre jurisprudence.* On retrouve cependant des cas de vol de lettres ou d'autres envois postaux". (Les italiques sont de nous).

6. *Loi des postes*, S.R.C. 1970, c. P-14.

7. *Loi des postes*, S.R.C. 1970, art. 58 à 78.

8. André JODOUIN, "Le secret de la vie privée en droit pénal canadien", (1974) 5 *R.G.D.* 43, 59.

9. *Ibid.*

courrier y sont quasi identiques à celles concernant l'audio-surveillance des citoyens)¹⁰.

Notons cependant que seules les lettres jouissent d'une telle protection; en effet, l'article 6 de la *Loi des Postes* accorde au ministre des postes le pouvoir d'édicter des règlements qui détermineront ce qui constitue un objet non transmissible par la poste¹¹ et l'article 5(1) (R) de cette même loi prévoit que le ministre a le pouvoir de:

"Décider dans un cas particulier si les conditions auxquelles un objet transmissible peut être envoyé par la poste ont été observées, et, à cette fin, ouvrir tout courrier, autre que des lettres confiées à la poste".

Incidentement, certaines dispositions des règlements faits sous l'autorité de la *Loi sur les pénitenciers*¹² permettent d'ouvrir le courrier qui entre ou qui sort de ces établissements. Cependant, il se pourrait que ces règlements soient *ultra vires* à cause de l'article 43 de la *Loi des postes*¹³ ainsi libellé:

"Nonobstant les dispositions de quelque autre statut ou loi, nul objet ne peut être réclamé, saisi ou détenu pendant qu'il est en cours de transmission par la poste, sauf de la manière prévue par la présente loi ou les règlements".

La *Loi de faillite*¹⁴ prévoit aussi la possibilité pour le syndic de demander au tribunal que les lettres du failli lui soient livrées. Cette disposition ne permet cependant pas au syndic d'ouvrir ces lettres: en effet, l'article 17 de la *Loi de faillite* permet tout simplement au "Tribunal ... de décréter que ... les lettres confiées à la poste ... adressées au failli ... soient ré-expédiées, envoyées ou livrées au syndic ...". On n'y mentionne pas le droit, pour ce dernier, de prendre connaissance de la teneur des missives. D'ailleurs, seulement les droits patrimoniaux font partie de l'actif d'un failli, le syndic n'ayant aucune juridiction sur les droits personnels.

10. *Op. cit. supra*, Bill C-26.

11. L'article 5(1) (p) de la *Loi sur les postes* permet au ministre de décider de ces mêmes questions *dans tout cas particulier*.

12. *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, c. P-6.

13. David A. CORNFIELD, *loc. cit. supra*, note 2, 111.

14. La *Loi de faillite*, S.R.C. 1970, c. B-3, art. 17.

II. LA ZONE DE PROTECTION EFFICACE MAIS LIMITÉE

De nombreux aspects de l'intimité sont considérés fondamentaux en droit canadien mais ne peuvent être traités comme faisant partie de la zone irréductible d'intimité, parce qu'ils ne sont pas protégés de façon absolue. En raison de certaines limites, cette zone d'intimité n'est pas irréductible. Afin de dégager ces domaines, nous examinerons, en premier lieu, quelques communications privilégiées au Canada, puis, nous verrons certains mécanismes de protection de la vie privée en droit fédéral et dans les droits provinciaux.

A. Les communications privilégiées

1. Entre client et aviseur légal

En matière de secret professionnel, seule la communication privilégiée entre un aviseur légal et son client semble reconnue à la fois dans les champs de compétence fédérale et dans chacune des dix provinces canadiennes¹⁵. En matière pénale, M. le juge Lagarde a dégagé les caractéristiques de ce genre de communications privilégiées:

“Les communications orales, documentaires ou par gestes, qui ont lieu entre un client et un ‘aviseur légal professionnel’ agissant alors dans les limites ordinaires de son mandat professionnel, sont à tout jamais sauf si le client ne renonce à son privilège, à l’abri de toute divulgation, que le tribunal pourrait exiger du client ou de l’aviseur légal, pourvu que ces communications a) se rapportent à un sujet légal et y soient pertinentes; b) soient faites confidentiellement et c) ne soient pas faites dans la poursuite d’une fin illégale”¹⁶.

Seul le client a le droit de décider si une communication doit être révélée ou non¹⁷. Ajoutons que le privilège peut porter sur une communication faite par le client, l’avocat ou un tiers que l’avocat aurait consulté dans l’intérêt du client¹⁸. Et, lorsqu’il existe, le

15. Jean-Louis BAUDOIN, “Le secret professionnel en droit québécois”, (1966) 4 *Coll. I. Dr. Comp.* 7; Jean-Louis BAUDOIN, “Le secret professionnel en droit québécois et canadien”, (1974) 5 *R.G.D.* 7, 13 et 16.

16. Irénée LAGARDE, *Droit pénal canadien*, 2e éd., t. 3, Wilson & Lafleur, Montréal, 1974, 2649; voir également Edwin A. TOLLEFSON, “Privileged Communications in Canada” (Common Law Provinces), (1966) 4 *Coll. I. Dr. Comp.* 32, 38 à 40.

17. Jean-Louis BAUDOIN, “Le secret professionnel en droit québécois”, (1966) 4 *Coll. I. Dr. Comp.* 7, 13; Edwin A. TOLLEFSON, *loc. cit. supra*, note 16, 37.

18. *Ibid.* Voir également Irénée LAGARDE, *op. cit. supra*, note 16, t. 2, 2653.

privilège se perpétue même après la cessation des fonctions de l'aviseur légal¹⁹.

Malgré tout, le privilège de communication entre client et aviseur légal ne met pas les dossiers de ce dernier à l'abri des perquisitions: le privilège pourra être soulevé au procès par une objection à la preuve, basée sur l'existence du secret²⁰. Cependant le juge ne sera pas tenu d'accepter cette objection et pourra admettre ce dossier en preuve.

2. Entre conjoints

L'article 4(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*²¹ protège la vie privée des conjoints:

"Nul mari ne peut être contraint de divulguer une communication que sa femme lui a faite durant leur mariage. Nulle femme ne peut être contrainte de divulguer une communication que son mari lui a faite durant leur mariage".

Il faut toutefois noter que si le conjoint n'est pas *contraignable*, il peut toujours témoigner de son plein gré... même à l'encontre de la volonté de l'accusé²².

Toutes les provinces canadiennes possèdent un texte législatif semblable à l'article 4(3) de la *Loi sur la preuve*²³. En matières criminelles, le privilège couvre les *communications* mais non les *constatations*²⁴; et il semble que si des tiers participent à la communication ou la captent, il n'y a pas matière à privilège²⁵. Enfin, le privilège cesse avec la dissolution du mariage, qu'elle se

19. Edwin A. TOLLEFSON, *loc. cit. supra*, note 16, 37.

20. James A. FONTANA, *The Law of Search Warrants in Canada*, Butterworths, Toronto, 1974, pp. 150-151; Jean-Louis BAUDOIN, "Le secret professionnel en droit québécois et canadien", (1974) 5 R.G.D. 7, 13-16.

21. *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10.

22. André JODOUIN, "Le secret de la vie privée en droit pénal canadien", (1974) 5 R.G.D. 43, 67.

23. Code de Procédure Civile, art. 307; Jean-Louis BAUDOIN *loc. cit. supra*, note 17, 16; Edwin A. TOLLEFSON, *loc. cit. supra*, note 16, 33.

24. Irénée LAGARDE, *op. cit. supra*, note 16, t. 2, 2247: "Mais s'il s'agit d'une 'constatation' faite par un conjoint, même sans aide, cette constatation ne constitue pas une 'communication' si des tiers auraient pu, dans les mêmes circonstances, vérifier les mêmes faits".

25. *Ibid.*

fasse par la mort, l'annulation ou le divorce²⁶. On peut donc constater les limites de ce privilège.

3. Ministre du culte et pénitent

Sauf au Québec où le secret du prêtre ou de tout autre ministre du culte est protégé par l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne²⁷, le privilège de communication entre "ministre du culte" et "pénitent" n'a aucune reconnaissance légale au Canada. Dans les provinces de *Common Law*, la protection vient du pouvoir discrétionnaire accordé au juge d'admettre ou de refuser une preuve²⁸. Il s'agit donc d'une protection *de facto*. En matières criminelles, la situation est la même que dans les provinces anglaises²⁹. Enfin, sous réserve de ce qui précède, il semble que, dans le cas du prêtre catholique-romain, même le confident ne puisse délier le confesseur de son obligation au secret³⁰.

B. Autres activités protégées

1. Par des lois fédérales

Il est de connaissance générale que le régime constitutionnel du Canada est de type fédératif. Le partage des compétences se fait donc entre le pouvoir fédéral et les dix provinces. Notons immédiatement que le droit privé de neuf de ces provinces s'inspire de la *Common Law* alors qu'au Québec le système est de droit civil. Quant au droit pénal, il est de juridiction fédérale: voyons donc la protection accordée à la vie privée par le Code Criminel. Ensuite nous verrons l'incidence de quelques autres lois fédérales sur l'intimité.

La partie IV.I du Code Criminel³¹, intitulée *Atteintes à la vie privée* contient les dispositions qui visent à réglementer l'écoute et la diffusion des conversations privées. En un mot, l'interception est justifiée lors de lutte contre le crime et est permise en cas d'urgence, ou lorsque d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont

26. Irénée LAGARDE, *op. cit. supra*, note 16, t. 3, 2665.

27. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6.

28. Jean-Louis BAUDOIN, *loc. cit. supra*, note 17, 14; Edwin A. TOLLEFSON, *loc. cit. supra*, note 16, 41 à 43.

29. Irénée LAGARDE, *op. cit. supra*, note 16, t. 3, 2659.

30. Jean-Louis BAUDOIN, *loc. cit. supra*, note 17, 14.

31. *Atteintes à la vie privée*, S.R.C. 1970, c. C-34.

échoué ou ont peu de chances de réussir³². À noter que *dans tous les cas*, l'interception doit être autorisée *a priori*³³.

En matière de protection proprement dite, deux mesures ont été décrétées par le législateur. D'une part, une preuve obtenue au moyen d'une interception illégale est inadmissible en règle générale³⁴. Des modifications récentes au Code pénal canadien rendent effective cette prohibition en imposant au juge la règle de l'exclusion³⁵. D'autre part, le Code pénal prévoit la possibilité pour un justiciable d'obtenir jusqu'à \$5,000.00 de dommages-intérêts en cas d'interception ou de divulgation illégale de conversations privées³⁶. On s'interroge toutefois sur la constitutionnalité de cette dernière disposition³⁷.

De nombreuses autres dispositions du Code Criminel tendent, à titre accessoire, à protéger l'intimité des canadiens. Tel est le cas des articles 306 à 311 du Code pénal prohibant l'introduction par effraction et les articles 38 à 42 C. Cr. qui donnent au possesseur la possibilité de défendre ses biens mobiliers et immobiliers contre le vol et les intrusions³⁸. Les articles 361 à 363 C. Cr. sanctionnent la supposition de personne, protégeant donc dans une certaine mesure le nom, l'image et la réputation des justiciables³⁹.

Mentionnons aussi l'article 173 C. Cr. qui prohibe la flânerie et le vagabondage, la nuit, sans excuse légitime, près d'une maison d'habitation⁴⁰.

Mais, lors des poursuites pénales, la preuve à faire pour obtenir une condamnation est lourde, et les moyens de défense si nombreux⁴¹ que la protection de l'intimité s'en trouve diminuée.

32. Code Criminel, art. 178.13.

33. Code Criminel, art. 178.12. Les articles 178.1 à 178.23 C. Cr. déterminent dans quels cas et selon quelles conditions les communications privées peuvent être interceptées.

34. Code Criminel, art. 178.16.

35. S.C. 1976-77, c. 53, art. 10; voir Peter BURNS, "Electronic Eavesdropping and the Federal Response: Cloving a Hybrid!", (1975-76) 10 *U.B.C.L.R.* 36, 46-47.

36. Code Criminel, art. 178.21.

37. À ce sujet, voir Peter BURNS, *loc. cit. supra*, note 35, 52 à 59. Pour une critique générale de cette partie V.I du Code Criminel, voir (D-6).

38. André JODOUIN, *loc. cit. supra*, note 22, 53 à 55.

39. *Id.*, 52.

40. *Id.*, 54.

41. Voir par exemple, en matière d'introduction par effraction, André JODOUIN, *loc. cit. supra*, note 22, 53: "Bien que la preuve de l'introduction par effraction ou

Outre le privilège des communications entre mari et femme, la *Loi sur la preuve au Canada* offre d'autres protections à l'intimité. Ainsi, sauf exception, le conjoint d'un accusé n'est pas compétent ni contraignable à témoigner pour la poursuite sans le consentement de la personne accusée⁴². Mais les exceptions sont nombreuses⁴³ et s'appliquent surtout en cas de crimes sexuels ou contre la personne du conjoint. La protection peut donc manquer là où elle serait nécessaire.

De plus, l'article 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* émet le principe suivant:

"Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit".

Le témoin peut toutefois obtenir la protection de la loi et sa réponse ne pourra être invoquée ni être admissible en preuve contre lui dans une procédure criminelle exercée par la suite, hors le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage⁴⁴.

Bref, le droit au secret n'est pas très respecté, si ce n'est par l'application discrétionnaire que fait le juge de la règle de la

de la présence illégale crée une présomption d'intention criminelle, l'accusé sera acquitté s'il soulève un doute dans l'esprit du tribunal qu'il n'avait pas cette intention".

42. *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, art. 4(1) et (2).

43. Ces exceptions sont les suivantes: en cas d'accusations d'avoir contribué à un délit commis par un mineur, d'induire un enfant à quitter la maison, etc., de viol ou tentative de viol, de rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de 14 ans, de rapports sexuels avec une personne faible d'esprit, d'inceste, de séduction, de sodomie ou bestialité, de grossière indécence, d'avoir causé le déflorément, de corruption d'enfants, d'actions indécentes, de vagabondage, de proxénétisme, de refus de pouvoir, d'abandon d'enfant, de rapt d'une personne du sexe féminin, de bigamie, d'avoir feint un mariage, de polygamie, de célébration du mariage sans autorisation, de vol ou de recel de biens appartenant au conjoint, de conspiration pour induire une femme à commettre l'adultère ou la fornication, d'une tentative d'avoir des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de 14 ans ou d'une tentative de sodomie ou de bestialité.

L'alinéa 4 du même article mentionne la réserve suivante: "Rien au présent article ne touche au cas où le conjoint d'une personne accusée d'une infraction peut, d'après la *common law*, être appelé comme témoin sans le consentement de cette personne..."

44. *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, art. 5(2).

pertinence d'une preuve, règle qui lui permet de défendre qu'une question soit posée⁴⁵. Tout ceci a mené M. le professeur Jodouin à la conclusion suivante:

"On voit donc que les règles de preuve n'ont que faire d'un secret qui pourrait dans certains cas, empêcher que justice soit rendue. Exceptionnellement, on le respectera, lorsque la valeur que le secret protégé est une valeur jugée aussi fondamentale que l'issue même du procès"⁴⁶.

Seule la protection contre l'écoute électronique est renforcée par la règle de l'exclusion de la preuve illégalement obtenue.

En somme, les tribunaux constituent des lieux de prédilection pour qui veut entendre des secrets⁴⁷. Sur cette question des témoignages, ajoutons qu'en matière fiscale on protège les citoyens⁴⁸. Ainsi, par exemple, l'article 241 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴⁹ défend de divulguer des renseignements obtenus par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions et ce, nonobstant toute autre loi. (Exception faite des poursuites pénales ou relatives à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*).

2. Par des lois provinciales

a) La Charte des droits et libertés de la personne au Québec

Au Québec, la Charte des droits et libertés de la personne⁵⁰ consacre l'existence d'un droit subjectif à l'intimité⁵¹. À cette reconnaissance générale se joignent des dispositions consacrant la protection explicite de la dignité, l'honneur et la réputation⁵², la

45. André JODOUIN, *loc. cit. supra* note 22, 68.

46. *Id.*, 69.

47. Les audiences des tribunaux sont en principe publiques mais il est possible d'obtenir le huis clos (art. 441, 442 et 465 (1) (j) C.Cr.) dans certains cas, ou encore, d'obtenir des ordonnances de non-publication de certaines procédures.

48. Cette question aurait intérêt à être étudiée sous tous ces aspects. Voir cependant, Jean-Louis BAUDOIN, *loc. cit. supra*, note 20, 16; André POUPART, "Le secret fiscal au Canada", (1974) 5 R.G.D. 71, 80-81.

49. *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63.

50. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6.

51. Article 5 de la Charte: "Toute personne a droit au respect de sa vie privée"; voir Pierre PATENAUDE, *La protection des conversations en droit privé*, Paris, L.J.D.G., 1976, pp. 33 à 41.

52. Article 4 de la Charte.

demeure⁵³ et enfin, le secret professionnel dont le respect doit être assuré d'office par les tribunaux⁵⁴. Il est à noter que cette liste n'est pas limitative⁵⁵.

Sur le plan des droits judiciaires, la Charte accorde aux tribunaux la possibilité de décréter le *huis clos* dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public. La Charte étend la *protection de la loi* contre les témoignages incriminants⁵⁶ aux matières civiles et couvre non seulement les témoignages rendus devant les tribunaux mais également ceux portés devant un coroner, un commissaire-enquêteur en matière d'incendies, une commission d'enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires⁵⁷.

L'article 49 de la Charte contient les dispositifs utiles à la protection des droits reconnus. La victime peut demander l'émission d'une *injonction* sans devoir apporter la preuve de l'existence d'un préjudice⁵⁸, et obtenir la cessation d'une atteinte ou même empêcher qu'elle ne se produise. Le demandeur peut également obtenir des dommages-intérêts ayant pour but de compenser pour le préjudice moral ou matériel occasionné par l'atteinte. En plus, le deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte prévoit la possibilité pour la victime d'obtenir des *dommages exemplaires* en cas d'atteinte illicite et intentionnelle d'un droit protégé par la Charte. Mais il faut indiquer que le droit aux dommages exemplaires est exceptionnel et qu'il n'est prévu que pour assurer une complète protection des droits garantis par la Charte. Ces trois moyens préviennent les atteintes, les empêchent de se poursuivre si elles ont commencé et voient à la réparation des dommages causés: la protection est totale.

b) Les "Privacy Acts" de certaines provinces de *Common Law*

Devant l'impuissance de la *common law* de reconnaître un droit subjectif à l'intimité⁵⁹, trois provinces anglophones du Canada se

53. Article 7 de la Charte.

54. Article 8 de la Charte.

55. Article 50 de la Charte: "La Charte doit être interprétée de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne qui n'y est pas inscrit".

56. Voir *supra*.

57. Article 56 de la Charte.

58. Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 36: la seule condition d'exercice serait de prouver l'atteinte au droit.

59. Peter BURNS, "The Law and Privacy: The Canadian Experience", (1976) 54 *Can. Bar Rev.* 1, 12; Morris MANNING et Cecil BRANSON, "Wiretapping: The Morality

sont dotées d'une loi créant un *tort* général d'atteinte à la vie privée. Ce sont la Colombie-Britannique⁶⁰, le Manitoba⁶¹, la Saskatchewan⁶². Dans les trois cas, l'atteinte à la vie privée constitue un délit sans avoir à faire la preuve d'un dommage. Sous ces trois lois également, quelques exemples d'atteintes sont fournis, qui ne sont pas *limitatifs*, créant de ce fait des *présomptions* d'atteintes à la vie privée⁶³. Mais, une fois de plus, l'efficacité des dispositions est réduite par la reconnaissance de plusieurs moyens de défense utilisables à l'encontre d'une action pour atteinte à la vie privée.

C'est ainsi que sous les trois juridictions sont reconnus, comme moyen de défense, le consentement de la victime à l'atteinte, la légitime défense et la défense du droit de propriété, le fait que l'atteinte résulte d'une action autorisée ou requise en vertu d'une loi en vigueur dans la province, ou par un tribunal, ou encore, que l'atteinte résulte de la conduite d'un agent de la paix dans l'exécution et les limites de ses fonctions et que le geste ne soit pas disproportionné par rapport au crime où à l'enquête, et ne soit pas commis au moyen d'un trespass⁶⁴. En matière de publication, les trois provinces acceptent la défense fondée sur le fait que la publication reprochée est faite conformément au droit provincial sur les privilèges et la diffamation⁶⁵. En Colombie-Britannique, on accepte la défense selon laquelle le sujet publié est d'intérêt public ou représente l'expression honnête d'une opinion basée sur un sujet d'intérêt public⁶⁶. Au Manitoba et en Saskatchewan, une publication faite en ayant des motifs raisonnables de croire qu'il était d'intérêt public que la publication se fasse et le commentaire honnête sont des défenses admises⁶⁷. Enfin la loi manitobaine accepte la défense basée sur le fait que l'on ne savait pas ou ne pouvait raisonnablement savoir que le geste, la conduite ou la

of Snooping", in *Canadian Lawyer*, October 1977, Toronto, H.P. Publications Ltd., 1977, pp. 24, 25; Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 43 à 45 et 53-54; Hugh ROWAN, "Privacy and the Law", (1973) *L.S.U.C.S.L.* 259, 261.

60. *The British Columbia Privacy Act*, S.B.C. 1968, c. 39.

61. *The Manitoba Privacy Act*, S.M. 1970, c. 74.

62. *The Saskatchewan Privacy Act*, S. Sask. 1974-75, c. 80.

63. S.B.C. 1968, c. 39, art. 2(3); S.M. 1970, c. 74, art. 3; S. Sask. 1973-74, c. 80, art. 3.

64. S.B.C. 1968, c. 39, art. 3; S.M. 1970, c. 74, art. 5; S. Sask. 1973-74, art. 4.

65. *Ibid.*

66. S.B.C. 1968, c. 39, art. 3(2).

67. S.M. 1970, c. 74, art. 5(f) et S. Sask. S. 1973-74, art. 4(2).

publication reprochée porterait atteinte à l'intimité de quelqu'un⁶⁸. Les moyens de défense légalement admis sont donc assez nombreux pour rendre très *relative* la protection accordée par ces lois.

Sur le plan des recours disponibles, M. le professeur Burns résume bien la situation en ces quelques mots:

"Both this legislation (Saskatchewan Act) and the Manitoba Act grant the court a wide discretion as to remedies including damages, accounting of profits, an order to restore articles or documents and any other relief which appears necessary. Such a provision is absent from the British Columbia legislation"⁶⁹.

De plus, sous les trois lois, l'attribution des dommages se fait suite à une analyse *objective* des faits de la cause, c'est-à-dire, compte tenu de toutes les circonstances⁷⁰. À toutes ces considérations, il faut ajouter les coûts élevés d'une action en justice et les hésitations légitimes des justiciables à rendre publiques les atteintes à leur intimité. L'on comprend donc facilement que l'efficacité de ces lois ne soit pas encore démontrée⁷¹.

III. LA PROTECTION SUBSIDIAIRE

Nous avons vu que les *Privacy Acts* de certaines provinces et la Charte des droits de libertés de la personne du Québec sont venus apporter une protection supplémentaire à la vie privée. Ces lois rendent subsidiaire la protection déjà accordée par la *common law* et le droit civil général québécois: elles ne la rendent cependant pas caduque.

A. Les délits dans les provinces de *common law*

Là où une loi spécifique protégeant l'intimité a été adoptée, c'est-à-dire en Colombie-Britannique, au Manitoba et en Saskatchewan, la protection accordée par les torts est devenue accessoire à celle accordée par un "privacy act". Mais, dans les six autres provinces de *Common Law* du Canada, c'est-à-dire en Ontario, en Alberta, à Terre-Neuve, à l'Ile-du-Prince-Édouard, au Nouveau-Brunswick et en

68. S.M. 1970, c. 74, art. 5(b).

69. Peter BURNS, "The Law and Privacy: The Canadian Experience", (1976) 54 *Can. Bar Rev.* 1, 37.

70. S.B.C. 1968, c. 39, art. 2(2); S.M. 1970, c. 74, art. 4(2) et (3); S. Sask. 1973-74, 80, art. 6. Voir également sur cette question, Peter BURNS, *loc. cit. supra*, note 69, 32 et 37.

71. Peter BURNS, *loc. cit. supra*, note 69, 38.

Nouvelle-Écosse, le mécanisme classique des torts demeure le principal moyen pour protéger la vie privée⁷².

Il demeure cependant que le droit de la responsabilité délictuelle de *common law* ne reconnaît pas le droit à l'intimité *per se*⁷³ et qu'une grande faiblesse de la *common law* canadienne en cette matière réside dans sa réticence à octroyer des dommages-intérêts pour préjudice purement moral⁷⁴. De plus, sous certains torts, les conditions d'actions sont tellement restreintes que la protection de l'intimité devient à toute fin pratique illusoire.

En effet, l'efficacité de la protection de l'intimité obtenue par le biais des torts de *trespass to land*⁷⁵, *trespass to chattels*⁷⁶, *trespass to the person*⁷⁷, *conspiracy*⁷⁸, *passing-off*, *unfair trading*, *appropriation of personality*, etc.⁷⁹ dépend de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts punitifs:

"Theoretically, punitive damages may prevent antisocial behaviour in three ways: first, by deterring the defendant from repetition of the tortious behaviour, secondly, the example made of the

72. Voir entre autres, Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 52-53.

73. Peter BURNS, *loc. cit. supra*, note 69, 12; Morris MANNING et Cecil BRANSON, *loc. cit. supra*, note 59, 24-25; Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 43 à 45 et 53-54; Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 261.

74. Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 49 à 51; Thomas A. QUEMMER, *Dictionnaire juridique*, Paris, Éditions de Navarre, 1969, p. 108: "Exemplary damages: dommages-intérêts pour préjudice moral (à titre d'exemple) (se dit aussi punitive, ...)". Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 266.

75. Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 265-266. De plus, parce que seul le possesseur peut poursuivre et que ce tort est limité aux intrusions physiques, l'efficacité du *trespass to land* est limitée en matière de protection de la vie privée. Peter BURNS, *loc. cit. supra*, note 69, 16; Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 46-47. Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 265.

76. Dans le cas de *trespass to chattels* également, l'action doit être prise par le possesseur.

77. Peter BURNS, *loc. cit. supra*, note 69, 16-17; Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 267-268; et le *trespass to the person* n'est utile qu'à l'encontre d'interférences physiques.

78. Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 273: "The plaintiff will have to establish that he suffered damages as a result of an agreement of two or more persons to object of which was to injure the plaintiff, and either that the defendants were not acting in the protection or furtherance of their own proper interests, or that they were using means that were criminal or tortious". Et l'auteur poursuit un peu plus loin: "Once again the effectiveness of the remedy might well depend upon the availability of exemplary damages".

79. Peter BURNS, *loc. cit. supra*, note 69, 22-23; Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 275-276. Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 32 et 48.

defendant may dissuade others from similar conduct, and thirdly, the availability of punitive damages may encourage the injured party to seek a remedy in court, rather than resorting to private vengeance⁸⁰.

En effet, puisque les juges de *Common Law* hésitent à octroyer des sommes compensatoires pour dommages purement moraux, il résulte qu'il est souvent impossible de remettre les parties dans l'état où elles étaient avant le délit⁸¹, d'où la nécessité plus grande de mettre l'accent sur la phase préventive.

De même, plusieurs "*torts*" sont d'une efficacité réduite en matière de protection de l'intimité à cause des limites imposées au droit d'action. Tel est le cas du *trespass to land* et du *trespass to chattels* alors que seul le possesseur peut prendre action⁸². Or, pour être possesseur, il faut l'intention (*animus possidendi*) et l'exercice de ce droit à l'exclusion de toute autre personne⁸³. Ainsi, le locataire d'une chambre d'hôtel et l'abonné à un service téléphonique ne sont pas protégés puisqu'ils ne sont pas possesseurs. Même l'épouse du possesseur ne peut poursuivre pour *trespass* à moins de posséder conjointement⁸⁴.

Le *trespass to the person* n'est utile qu'à l'encontre d'interférences physiques⁸⁵. Pour le délit de nuisance, seul le possesseur peut prendre action et le dommage doit être actualisé⁸⁶. Dans le cas

80. Allen M. LINDEN. *Studies in Canadian Tort Law*, Toronto, Butterworths, 1968, p. 412.

81. Pierre PATENAUDE. *op. cit. supra*, note 51, 32 et 48.

82. *Supra*, notes 6-7.

83. Pierre PATENAUDE. *op. cit. supra*, note 51, 46.

84. *Ibid.*

85. Voir *supra*, note 8.

86. Voir Peter BURNS. *loc. cit. supra*, note 69, 17 à 19, plus spécifiquement à la page 17: "Private nuisance is usually associated with some indirect invasion of the plaintiff's occupational interest in land which unreasonably interferes with his enjoyment of it. Subject to one exception it is largely confined to physical interference, which reveals its basic limitation for our purpose. This exception relates to watching and besetting a man's house or business with the purpose of compelling him to pursue, or not the pursue a particular course of conduct". Relativement à cette exception, M. le professeur Burns commente une cause ontarienne dans laquelle on a accordé, sur la base de délit de nuisance, \$2,000.00 à un demandeur qui se plaignait de ce que les bateaux de *Toronto Harbour Police* aient suivi sa propre embarcation durant trois mois, lorsque celui-ci évoluait dans le port de Toronto. Le demandeur a également obtenu une injonction afin de faire cesser cet "espionnage". Cette cause est également commentée in Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 268-269. Voir aussi Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 47 et 48.

de l'*injurious falsehood*, il faut établir que l'exposé a été fait de façon malhonnête ou inconvenante ou qu'il a été fait dans le but d'infliger une perte pécuniaire⁸⁷. *Wilful infliction of nervous suffering*⁸⁸ doit avoir des répercussions physiques pour être utilisable⁸⁹. Enfin, le "tort" de *breach of confidence* n'est accessible qu'à la personne qui a droit à ce que sa confiance soit respectée⁹⁰.

Donc, des critères d'action trop rigoureux risquent d'empêcher le demandeur d'établir son droit. Dans le même ordre d'idées, des moyens de défense trop nombreux peuvent enlever au demandeur l'espoir d'obtenir réparation. Il en est ainsi sous "*defamation*" où le défendeur peut soulever avec succès la défense de vérité ou que les paroles reprochées étaient l'expression d'une opinion honnête basée sur des faits véridiques, ou bien constituaient des commentaires sur un sujet d'intérêt public⁹¹.

En somme, la protection du droit à l'intimité est très relative en *Common Law* canadienne. Mais, vu la pression actuelle, on peut s'attendre à d'intéressants développements notamment grâce à une ouverture à l'attribution de dommages punitifs et l'assouplissement de certains critères d'action⁹². Ainsi, dans des affaires concernant la diffamation, la *Common Law* semble permettre l'octroi de compensation pour dommages moraux⁹³.

87. Peter BURNS, *loc. cit. supra*, note 69, 19-20; Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 272.

88. Par exemple, annoncer faussement à une femme que son époux est décédé dans un accident d'automobile.

89. Peter BURNS, *loc. cit. supra*, note 69, 20; Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 272.

90. Peter BURNS, *loc. cit. supra*, note 69, 23-24; Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 49; Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 298-301.

91. Peter BURNS, *loc. cit. supra*, note 69, 19; Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 45; Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 269-270.

92. Voir Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 51; Hugh ROWAN, *loc. cit. supra*, note 59, 266 à 269, 272, 276, 301, 302 et 303: "The most likely ways in which the common law can adopt itself to deal with invasions of privacy appears to be:

- a) by retraining and expanding (where necessary) the doctrine of explanatory damages;
- b) by extending the ambit of the law relating to the deliberate infliction of mental suffering;
- c) by developing the law of unfair trading;
- d) by developing the law of breach of confidence; and
- e) by developing the law of restitution".

93. *Need v. Western Broadcasting*, (1975) 65 D.L.R. (3d) 574.

B. La responsabilité civile délictuelle au Québec

Avant l'adoption de la Charte des droits et libertés de la personne, la vie privée était protégée par le mécanisme général de la responsabilité civile délictuelle⁹⁴, sur la base de l'article 1053 du Code civil du Québec:

“Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par son imprudence, négligence ou inhabileté”.

La protection de l'intimité fut consacrée par cinq jugements importants: dans une première cause⁹⁵, l'affaire *Deschamps v. Automobile Renault Canada Ltée*, le tribunal accorda au demandeur, un comédien bien connu, une injonction afin d'empêcher que sa photographie ne soit utilisée par la défenderesse⁹⁶ dans un but publicitaire. D'une part, la Cour reconnut que Deschamps avait un droit de propriété dans son nom et son image⁹⁷ et que le caractère public de la profession du demandeur, non plus que la tolérance traditionnelle des comédiens face à la publicité ne pouvaient constituer un consentement implicite à l'usage de son nom ou image⁹⁸. D'autre part, le tribunal admit qu'une atteinte à la vie privée pouvait être justifiée dans certains cas de reportage et de discussion sur des sujets ou des personnalités publiques⁹⁹. Enfin, le jugement reconnut la possibilité d'offrir un consentement exprès ou implicite à une atteinte à la vie privée¹⁰⁰.

Dans l'affaire de *Field v. United Amusement Corporation Ltd.*¹⁰¹, le tribunal reconnut la défense d'intérêt public¹⁰². Monsieur le professeur Glenn voit dans ces deux causes “la suggestion nette

94. Voir Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 30 et seq.

95. C.S. Montréal, no 05-818-140-77, 24 février 1972, rapportée à (1978) *Cahiers de droit* 937.

96. H. Patrick GLENN, “Le secret de la vie privée en droit québécois”, (1974) 5 *R.G.D.* 24, 30.

97. *Ibid.*

98. *Id.*, 33.

99. *Id.*, 34.

100. *Ibid.*

101. *Field v. United Amusement Corporation Ltd.*, (1971) C.S. 283.

102. *Id.*, 285: “En soi, il n'y a pas de violation d'intimité ou de vie privée à publier la photographie d'un individu, sans son consentement, et l'intérêt public peut, à l'occasion constituer une immunité relative”.

que l'intérêt public comprend non pas simplement la discussion des affaires publiques, mais aussi ce qui est *intéressant* pour le public et donc sujet d'information"¹⁰³.

Deux ans plus tard, dans l'affaire *Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Limited*¹⁰⁴, on reconnut le droit à l'image. "Mais il reste que nul ne doit s'arroger le droit de faire paraître la photographie de quelqu'un, comme dans le présent cas, sans son autorisation: la publication d'une photo comme celle concernée dans la présente cause pourrait laisser croire que le demandeur consent à se servir de ce moyen pour augmenter son revenu, ce qui pourrait ne pas être apprécié de tous"¹⁰⁵.

Et le tribunal condamna la défenderesse à verser la somme de \$300.00 au demandeur pour préjudice moral.

Déjà en 1958, les tribunaux québécois avaient reconnu le droit à l'intimité¹⁰⁶ dans la cause de *Robbins v. Canadian Broadcasting Corporation*¹⁰⁷. Enfin, il ne faudrait pas passer sous silence l'affaire de *Cooperberg v. Buckman*¹⁰⁸ dans laquelle des dommages moraux furent accordés à un débiteur qui avait été harcelé jour et nuit par un créancier:

"In such a case, in the absence of proof of actual pecuniary loss, the Court is not called upon or even permitted by law to award punitive damages but moral damages may be granted for the violation of a right such as the *peaceful* enjoyment of one's home without unjust disturbance and the Court may award an arbitrary amount"¹⁰⁹.

Le droit de la responsabilité civile délictuelle ne permettait pas alors l'octroi de dommages punitifs¹¹⁰, lacune comblée depuis par la Charte des droits et libertés de la personne. De plus, il était nécessaire pour la victime de prouver préjudice réel¹¹¹ alors que

103. H. Patrick GLENN, *loc. cit. supra*, note 96, 34.

104. *Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Limited*, (1973) C.S. 389.

105. *Id.*, 392.

106. Voir Peter BURNS, *loc. cit. supra*, note 69, 38 et 39; David A. CORNFELD, *loc. cit. supra*, note 2, 108 et 109; H. Patrick GLENN, *loc. cit. supra*, note 96, 33; Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 30.

107. *Robbins v. Canadian Broadcasting Corporation*, (1958) C.S. 152.

108. *Cooperberg v. Buckman*, (1958) C.S. 427.

109. *Ibid.*

110. Jean-Louis BAUDOIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, P.U.M., 1973, no 113, p. 89.

111. Pierre PATENAUDE, *op. cit. supra*, note 51, 30.

depuis l'adoption de la Charte, dès que l'atteinte à la vie privée est prouvée, le préjudice est présumé¹¹².

Il demeure cependant que, malgré les limites inhérentes au droit de la responsabilité civile délictuelle québécois, l'intimité y était protégée déjà d'une manière beaucoup plus efficace qu'elle ne l'était dans les provinces de *Common Law*.

CONCLUSION

Il ressort de cette étude que seul le contenu des lettres missives est protégé de façon absolue en droit canadien. Encore faut-il cependant mentionner que cette inviolabilité est battue en brèche et qu'un projet de loi est actuellement à l'étude qui permettrait, dans certains cas, d'ouvrir les lettres personnelles pour en prendre connaissance.

Les relations client-aviseur légal et entre conjoints jouissent aussi, mais à un degré moindre, d'une importante garantie d'intimité; il en est de même des conversations privées. Cependant l'existence d'exceptions permettant la divulgation de la teneur ou la captation des propos réduit le degré de protection légale accordée à ces rapports interpersonnels.

Enfin, le droit à la vie privée est consacré au Québec alors qu'il s'impose avec peine dans les juridictions de *Common Law*; c'est particulièrement dans ces provinces qu'une adaptation du droit aux exigences fondamentales dans le domaine de la protection de la vie privée s'impose: une reconnaissance formelle d'un *tort of privacy* y est urgente. Pour les trois provinces qui ont déjà un *Privacy Act*, il serait opportun d'y retirer plusieurs des moyens de défense, de façon à rendre efficaces ces dispositions législatives.

112. *Id.*, 39.