

Il était une fois en 2014... le droit à la vie privée

Mylène Lemieux*

Introduction	707
1. L'affaire « matricule 728 » : la distinction entre les gestes posés dans la sphère privée et ceux posés dans la sphère publique de la vie du personnage public caricaturé ou parodié	708
1.1 La Cour supérieure	708
1.2 La Cour d'appel	711
2. Les affaires Google Street View et Hammedi : la capture et la diffusion de l'image d'une personne alors qu'elle se trouve dans un lieu privé versus un lieu public	714
2.1 L'affaire Google Street View : la capture d'une image dans un lieu privé	721
2.2 L'affaire Hammedi : la capture d'une image dans un lieu public	724

© Mylène Lemieux, 2015.

* Avocate au cabinet Gowling Lafleur Henderson s.e.n.c.r.l., s.r.l. L'auteure désire remercier M^e Mark Bantey et M^e Florence Lucas pour leurs conseils dans le cadre de la rédaction de cet article.

[Note de la rédaction : ce texte a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

3. L'affaire Magnotta, alias « Jimmy » : la première reconnaissance par un tribunal canadien d'un privilège de confidentialité entre un chercheur et un participant	726
Conclusion	734

Introduction

Le présent article retrace essentiellement le choix personnel de l'auteure parmi les différents développements juridiques survenus au cours de l'année 2014 en matière de vie privée. Les droits à l'image, à l'anonymat, à la dignité, à la réputation et à la vie privée seront notamment abordés. Les commentaires et les questionnements contenus au présent article ne visent qu'à alimenter la réflexion des lecteurs et ne lient que son auteure.

Notre article est intitulé « Il était une fois en 2014... le droit à la vie privée ». Ce choix reflète notre constat bien subjectif selon lequel les jugements rendus en matière de droit à la vie privée au Québec présentent un cadre factuel et traitent d'enjeux si fascinants qu'ils se lisent davantage à la manière d'une histoire que d'un jugement. En effet, au-delà des principes juridiques et de l'analyse rigoureuse des tribunaux québécois, ces jugements contiennent d'abord et avant tout des histoires. Ces histoires touchent les individus impliqués d'une manière personnelle et « privée » qui va au-delà du droit et de l'analyse juridique. Par le biais de cet article, nous tenterons donc de vous raconter, et ce, dans le plus grand respect des parties impliquées, ces histoires qui ont marqué le Québec en 2014 en matière de droit à la vie privée.

Nous traiterons d'abord des jugements issus de l'affaire « matricule 728 » dans lesquels la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec ont établi une distinction claire entre les gestes posés par un personnage public faisant l'objet d'une caricature ou d'une parodie dans le cadre de sa vie publique et de sa vie privée. Par la suite, nous aborderons deux décisions rendues en matière de droit à l'image. La première, l'affaire Google Street View, concerne la capture et la diffusion d'une image d'une personne alors que celle-ci se trouve dans un lieu privé. À l'opposé, la seconde, l'affaire Hammedi, porte sur la capture et la diffusion d'une image d'une personne alors que celle-ci se trouve dans un lieu public. Finalement, nous discuterons du jugement rendu dans l'affaire Magnotta, alias « Jimmy » qui fait désormais jurisprudence en ce qu'il constitue la première recon-

naissance par un tribunal canadien d'un privilège de confidentialité entre le chercheur et le participant à une recherche ou une étude.

1. L'affaire « matricule 728 » : la distinction entre les gestes posés dans la sphère privée et ceux posés dans la sphère publique de la vie du personnage public caricaturé ou parodié

L'humour, sous toutes ses formes, est un art qui a toujours été apprécié du grand public. Il occupe depuis toujours une place privilégiée dans notre société. L'humour peut prendre plusieurs formes. La caricature et la parodie en sont des exemples. Que ce soit au cinéma, dans la littérature, à la télévision, dans la presse écrite ou au théâtre, la caricature et la parodie parsèment notre quotidien. La caricature et la parodie peuvent être abordées sous divers angles ; elles peuvent être personnelles, politiques, religieuses ou artistiques.

Le Petit Robert 2013 propose la définition suivante du terme « caricature » : « Dessin, peinture qui, par le trait, le choix des détails, accentue ou révèle certains aspects (ridicules, déplaisants) » Quant à la « parodie », elle est définie comme une « [i]mitation burlesque (d'une œuvre sérieuse). »

Il est essentiel de se questionner : jusqu'où peuvent aller ces formes d'expression que sont la caricature et la parodie ? À quel point peut-on tourner une personne ou une chose au ridicule, critiquer cette dernière ou tomber dans l'exagération ? Peut-on rire de tout et de tout le monde ? Quelles sont les frontières qui séparent l'humour d'une atteinte aux droits d'un individu, que ce soit le droit à la vie privée, à la dignité ou à la réputation ? Existe-t-il un droit à l'humour au Québec ?

1.1 La Cour supérieure

La Cour supérieure du Québec a rendu une décision importante relativement aux balises imposées à la caricature et à la parodie en droit québécois¹. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel du Québec en 2014².

1. *Trudeau c AD4 Distribution Canada inc*, 2013 QCCS 2678.

2. *Trudeau c AD4 Distribution Canada inc*, 2014 QCCA 1740.

Les faits de cette affaire peuvent être relatés de la manière suivante.

Une policière travaillant pour le service de police de la Ville de Montréal (SPVM) intente une poursuite à l'encontre du distributeur, du producteur, ainsi que de l'actrice principale d'une œuvre cinématographique parodique (les « Défendeurs »). Elle réclame, dans un premier temps, une ordonnance interdisant ou restreignant la diffusion d'un film « pornographique » qui porterait atteinte à sa dignité et à sa vie privée et, dans un deuxième temps, des dommages compensatoires et punitifs de l'ordre de 100 000 \$.

La policière, qui porte dans le cadre de son travail le numéro d'identification « matricule 728 », est devenue tristement célèbre au cours de l'année 2012 en raison de divers incidents dans lesquels elle a été impliquée et qui ont fait l'objet d'une vaste couverture médiatique. En effet, deux vidéos des incidents en question ont été largement diffusées dans les médias et sur Internet. La policière a fait l'objet de nombreuses chroniques, commentaires, ainsi que de caricatures.

Vers la fin de 2012, les Défendeurs conçoivent et produisent un film intitulé « 728 Agente XXX ». Le film est décrit comme une parodie inspirée de faits réels mettant en vedette une policière. Le film comprend notamment des dialogues qui reprennent des expressions dont la policière aurait pu se servir.

Le jugement de la Cour supérieure du Québec rapporte le témoignage de la policière selon lequel elle a subi un état de choc et de perturbation d'être ainsi associée à un film pornographique. Elle a également fait part de sa crainte de susciter des réactions de la part de ses collègues de travail. La policière dénonce une utilisation sans autorisation préalable de son image et de sa ressemblance à des fins commerciales. Elle prétend que cela constitue une atteinte illégitime à sa vie privée.

Les Défendeurs invoquent la liberté d'expression et le droit de parodier et de caricaturer un personnage public. Selon ces derniers, la policière est la seule à blâmer pour les gestes et les paroles qui l'ont désormais rendue célèbre. Qui plus est, les Défendeurs soulignent au tribunal le fait qu'ils ont bien pris soin de ne pas utiliser l'image ou le nom de la policière dans le cadre de leur parodie érotique.

Un fait particulier de cette affaire est que les parties ont admis qu'il n'y a pas eu utilisation non autorisée de l'image ou du nom de la policière étant donné que son nom n'a pas été mentionné dans le film et que sa photographie n'est pas apparue dans ce dernier. Toutefois, la policière soutient que l'identification « matricule 728 » lui est propre et a couramment été utilisée pour la désigner. Ainsi, selon elle, la simple utilisation du « matricule 728 » permet de l'identifier et de l'associer aux faits et gestes qu'elle a posés.

Le tribunal devait déterminer si le « matricule 728 » fait partie intégrante de l'image de la policière et si, par conséquent, il ne pouvait être utilisé sans son autorisation. À cette question, le tribunal répond par la négative :

[38] Notons que le droit fondamental en cause ici est le « droit à la vie privée », qu'on a parfois décrit comme un droit à l'anonymat. Or, le numéro matricule 728 ne fait pas partie de la vie privée de la demanderesse, mais bel et bien de sa vie publique. Elle est une policière, une agente de la paix et c'est à ce titre qu'on lui a attribué le numéro matricule 728. Dès qu'elle quittera ces fonctions, elle cessera d'être le numéro matricule 728. C'est le service de police qui décerne le numéro matricule à un agent et qui le reprend à son départ.

[39] Il est vrai qu'elle est maintenant fort bien connue, célèbre même, de telle sorte que la référence au « matricule 728 » permet de la reconnaître, mais ce phénomène est entièrement lié à ses faits et gestes comme policière. Ces gestes n'ont pas été posés dans la sphère de la vie privée et ne relèvent pas de la vie privée. [Les italiques sont nôtres.]

Dans le cadre de son jugement, le tribunal rappelle avec raison son rôle et les limites qui lui sont imposées dans son exercice de pondération du droit à la liberté d'expression et du droit à la vie privée :

[44] Il n'appartient pas aux tribunaux d'adjudger du mérite artistique ou du simple mérite de l'œuvre produite par AD4 ou de distinguer les mauvaises caricatures des bonnes ou de sanctionner les parodies qui seraient de mauvais goût.

[45] Dans la sphère publique, la liberté d'expression autorise et permet la critique, le commentaire, le débat, la contestation, par des procédures ou des manifestations ou par l'humour ou la caricature ou la parodie, des faits et gestes de ceux qui nous

gouvernement ou qui, comme les policiers, se trouvent en position d'autorité.

1.2 La Cour d'appel

Voici maintenant ce que la Cour d'appel du Québec a jugé lors de l'appel logé par la policière demanderesse.

Dans un premier temps, la policière soutient que la Cour supérieure a erré en concluant qu'il n'y avait pas eu usurpation de son image ou de son nom. En effet, elle avance qu'elle a présenté une preuve non contredite selon laquelle la référence au « matricule 728 » dans le titre même du film permettait de l'identifier. Selon elle, cette identification était suffisante pour établir une atteinte à son droit à l'image et à son nom. Quant à ce premier moyen, la Cour d'appel juge que les références à l'identité de la policière ne pouvaient à elles seules donner lieu à une réparation, considérant que celle-ci devait établir une atteinte à ses droits à la vie privée et à la dignité et non simplement un lien entre elle et le film.

Dans un deuxième temps, la policière soutient que la Cour supérieure a erré en refusant de lui accorder la protection de son droit à la vie privée en tant que personnalité publique. Relativement à ce deuxième moyen d'appel, la Cour conclut que la demanderesse fait une mauvaise lecture du jugement puisque le tribunal de première instance n'a pas exclu toute protection du droit à la vie privée ou à la dignité des personnalités publiques, mais a plutôt conclu que la policière n'avait pas établi une atteinte à ses droits.

La Cour d'appel rappelle que la liberté d'expression autorise la caricature ou la parodie d'un personnage public et que le film constitue une caricature ou une parodie ayant trait aux activités de la demanderesse à titre de policière se trouvant en position d'autorité.

Ainsi, la Cour d'appel écrit que le film porte sur l'aspect public de sa vie professionnelle, et non pas sur sa vie privée. Le jugement en appel confirme également la conclusion de la Cour supérieure selon laquelle la caricature de sa vie de policière présentée dans cette parodie est tellement invraisemblable qu'elle ne peut diminuer sa réputation ou sa dignité aux yeux du public.

Dans un troisième temps, la policière soutient que la Cour supérieure a commis une erreur en traitant le film comme une cari-

cature ou une parodie puisqu'il s'agit plutôt de pornographie. Elle avance que le simple fait d'associer une personne, sans son consentement, à de la pornographie constitue une atteinte à sa dignité et à son honneur. Quant à ce troisième moyen, la Cour d'appel reprend la conclusion de la juge de première instance selon laquelle il n'appartient pas aux tribunaux de distinguer les bonnes caricatures de celles qui sont de mauvais goût. Le caractère pornographique du film n'empêche pas que l'on puisse le qualifier de caricature ou de parodie. Ainsi, toute œuvre de nature pornographique faisant référence à un personnage public n'aura pas nécessairement comme conséquence une atteinte à sa dignité.

Que retient-on de cette saga judiciaire entourant le « matricule 728 » ? Malgré un nombre limité de jugements rendus au Québec portant sur des caricatures ou des parodies, il est déjà bien établi en droit québécois que la liberté d'expression permet la parodie ou la caricature d'un personnage public.

Ce que nous retenons de l'affaire « matricule 728 », c'est d'abord la distinction claire établie par le tribunal entre les gestes posés dans la sphère privée et ceux posés dans la sphère publique de la vie du personnage public caricaturé ou parodié. Pour invoquer avec succès une atteinte à la vie privée, la caricature ou la parodie doit porter sur des faits et gestes qui relèvent de la sphère privée. C'est ainsi qu'une parodie comportant des références et des allusions aux gestes posés et aux paroles prononcées par une policière dans l'exercice de ses fonctions constitue un exercice légitime du droit à la liberté d'expression.

Par ailleurs, il convient de retenir de cette affaire qu'une œuvre pornographique qui implique ou se réfère à un personnage public n'est pas automatiquement considérée comme une œuvre portant atteinte à la dignité. En outre, le caractère pornographique d'une œuvre n'exclut pas pour autant la parodie ou la caricature. Ainsi, la liberté d'expression, dont une composante est la création artistique, justifie le recours à une certaine dose d'exagération, de provocation et de critique.

Finalement, il est à noter que la policière fonde son recours uniquement sur une atteinte à ses droits à la dignité et à la vie privée, dont une composante est le droit à l'image. Ainsi, son action en justice ne repose pas sur une atteinte à son droit à la réputation. Ceci nous apparaît étonnant considérant les principes élaborés dans le

jugement rendu dans l'affaire *Perron c Éditions des Intouchables inc*³ sous la plume de l'honorable Danièle Mayrand :

[41] *La protection conférée par la Charte et le C.C.Q. par le droit à l'image ne comprend pas la protection contre la caricature.*

[42] L'image en soi est distincte de la caricature. D'ailleurs, par définition, la caricature constitue une représentation qui, par la déformation ou l'exagération de détails, tend à parodier et ridiculiser le modèle. L'image constitue plutôt la reproduction visuelle de figures qui évoquent ou font reconnaître la réalité (cinéma, photographie, télévision).

[43] Si le droit à l'image comprend la caricature, cela signifie que tous les médias hebdomadaires doivent obtenir, à l'avance, le consentement de toute personne faisant l'objet d'une caricature. *Cette proposition est incompatible avec la doctrine et la jurisprudence relatives au droit à l'image et également incompatible avec le fait que lorsqu'il est discuté de « caricature » par la doctrine et les tribunaux, cela s'inscrit dans un contexte de diffamation et non du droit à l'image [...]*

[44] Décider autrement équivaut à empêcher la parution de quelque caricature que ce soit pour ceux qui les publient, à moins d'obtenir le consentement préalable de la « victime ».
[Les italiques sont nôtres.]

La jurisprudence québécoise, malgré qu'elle soit peu abondante en la matière⁴, démontre que les juges tolèrent l'humour et qu'ils considèrent que celui-ci participe à la liberté d'expression et du droit à la critique. Les propos de l'honorable Louis Lacoursière en conclusion du jugement rendu dans l'affaire *Blanc c Éditions Bang Bang inc*⁵ expriment bien cette idée de tolérance :

[82] M^{me} Blanc est un personnage public. Son choix d'assumer au grand jour son état de transgenre n'est certes pas une invita-

3. *Perron c Éditions des Intouchables inc*, JE 2003-1736 (QC CS) aux para 41 à 44.
4. Voir notamment *Rosenberg c Lacerte*, 2013 QCCS 6286 ; *Blanc c Éditions Bang Bang inc*, 2011 QCCS 2624 ; *Girard c Desmeules*, 2011 QCCS 6764 ; *Fontaine c Distribution Transcontinental*, JE 2004-154 (CQ CS) (appel rejeté : 2005 QCCA 974) ; *Perron c Éditions des Intouchables inc*, JE 2003-1736 (QC CS) ; *Éthier c Boutique à coiffer Tonic inc*, JE 99-298 (QC CS) ; *Arthur c Gravel*, 1991 CanLII 3107 (QC CA).
5. *Blanc c Éditions Bang Bang inc*, 2011 QCCS 2624 au para 82.

tion à la ridiculiser gratuitement ou sans justification. Par ailleurs, il ne la met pas à l'abri de commentaires, remarques, ironie et humour, protégés par la liberté d'expression, dont sont l'objet tous les personnages qui choisissent d'œuvrer sur la scène publique, en particulier dans le domaine de l'opinion.

Ainsi, les tribunaux québécois semblent plutôt tolérants, voire favorables, à l'humour, et ce, surtout lorsqu'il est question d'un personnage public. De fait, ceux-ci ont plus souvent jugé que la caricature ou la parodie n'avait pas d'effet réellement dommageable, mais visait plutôt à critiquer, faire rire ou à alimenter un débat public.

De plus, il est clair que les tribunaux québécois ne doivent jamais se faire l'arbitre du « bon » ou du « mauvais » goût. L'honorable Claude Dallaire l'exprime d'ailleurs en ces termes dans *Rosenberg c Lacerte*⁶ :

[10] Le défi est de taille car en effectuant la rétrospective de ces textes, nous ne devons pas devenir un maître-éditeur à qui reviendrait la fonction de critiquer le bon goût et le style littéraire des articles soumis. Nous ne devons encore moins devenir le supporteur officiel des thèses politiques ou sociales sous-jacentes aux propos présentés par l'une ou l'autre des parties.

Les jugements rendus par la Cour supérieure du Québec⁷ et par la Cour d'appel du Québec⁸ dans l'affaire « matricule 728 » confirment ce principe. Cette déférence dont font preuve les tribunaux québécois nous apparaît fondamentale, et ce, chaque fois que le droit à la liberté d'expression, qui participe au libre exercice de la vie démocratique en société, est en jeu.

2. Les affaires Google Street View et Hammedi : la capture et la diffusion de l'image d'une personne alors qu'elle se trouve dans un lieu privé versus un lieu public

Au Québec, la décision de principe portant sur le droit à l'image demeure le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans *Aubry c Vice-versa*⁹. Rappelons-nous qu'il s'agissait de la publication dans une revue à vocation artistique, dont le tirage a été de 722

6. *Rosenberg c Lacerte*, 2013 QCCS 6286 au para 7.

7. *Trudeau c AD4 Distribution Canada inc.*, 2013 QCCS 2678 au para 45.

8. *Trudeau c AD4 Distribution Canada inc.*, 2014 QCCA 1740 au para 28.

9. *Aubry c Vice-versa*, [1998] 1 RCS 591 (*Vice-versa*).

exemplaires, d'une photo d'une adolescente de 17 ans, alors que celle-ci se trouvait sur les marches extérieures d'un édifice de la rue Ste-Catherine à Montréal.

Il est important de noter certains éléments déterminants relativement à cette affaire. D'abord, l'adolescente n'était pas une personnalité publique. Par ailleurs, elle se trouvait dans un lieu public au moment où sa photo a été prise. Finalement, celle-ci n'a jamais consenti à la prise et à la diffusion de son image. Dans une décision rendue à sept magistrats contre deux, le plus haut tribunal du pays a conclu à une violation du droit à l'image de l'adolescente.

Ce que nous retenons de cet arrêt se résume fort simplement comme suit : le fait de capter, puis de diffuser l'image d'une personne reconnaissable, sans son consentement, constitue une atteinte à la vie privée lorsque cette personne est le sujet principal de la photo, à moins que l'intérêt public de cette image ne soit démontré.

Dans son exercice de pondération des droits à la vie privée et à la liberté d'expression, la Cour suprême du Canada a défini le critère de l'intérêt public comme suit :

[57] Le droit du public à l'information, soutenu par la liberté d'expression, impose des limites au droit au respect de la vie privée dans certaines circonstances. Ceci tient au fait que l'expectative de vie privée est réduite dans certains cas. Le droit au respect de la vie privée d'une personne peut même être limité en raison de l'intérêt que le public a de prendre connaissance de certains traits de sa personnalité. L'intérêt du public à être informé est en somme une notion permettant de déterminer si un comportement attaqué dépasse la limite de ce qui est permis.

[58] L'intérêt public ainsi défini est donc déterminant, dans certains cas. La pondération des droits en cause dépend de la nature de l'information, mais aussi de la situation des intéressés. C'est une question qui est dépendante du contexte. Ainsi, il est généralement reconnu que certains éléments de la vie privée d'une personne exerçant une activité publique ou ayant acquis une certaine notoriété peuvent devenir matière d'intérêt public. C'est le cas, notamment, des artistes et des personnalités politiques, mais aussi, plus globalement, de tous ceux dont la réussite professionnelle dépend de l'opinion publique. Il peut aussi arriver qu'un individu jusqu'alors inconnu soit appelé à

jouer un rôle de premier plan dans une affaire qui relève du domaine public, par exemple, un procès important, une activité économique majeure ayant une incidence sur l'emploi de fonds publics, ou une activité qui met en cause la sécurité publique. L'on reconnaît également qu'il y a exonération de responsabilité du photographe et de ceux qui publient sa photographie lorsque par son action, même involontaire, un simple particulier se trouve accidentellement et accessoirement dans la photographie. La personne est alors, en quelque sorte, projetée sous les feux de la rampe. Nous n'avons qu'à penser à la photographie d'une foule durant un événement sportif ou une manifestation.

[59] Une autre situation où l'intérêt public prédomine est celle où une personne paraît de façon accessoire dans la photographie d'un lieu public. L'image saisie dans un lieu public peut alors être considérée comme un élément anonyme du décor, même s'il est techniquement possible d'identifier des personnes sur la photographie. Dans cette hypothèse, vu que l'attention de l'observateur imprévu se portera normalement ailleurs, la personne « croquée sur le vif » ne pourra s'en plaindre. La même solution s'impose à l'égard d'une personne faisant partie d'un groupe photographié dans un lieu public. Cette personne ne peut s'opposer à la publication d'une telle photographie si elle n'en est pas le sujet principal. En revanche, le caractère public du lieu où une photographie a été prise est sans conséquence lorsque ce lieu sert simplement à encadrer une ou plusieurs personnes qui constituent l'objet véritable de la photographie.¹⁰

Pour plusieurs, cet arrêt datant de 1998 présente une conception trop large du droit à l'image et une conception trop étroite du droit à la liberté d'expression et de la notion d'intérêt public, qui restreignent considérablement la liberté d'expression des professionnels de l'image. Les réactions et les critiques suscitées par l'arrêt *Vice-Versa* sont fort bien résumées par les auteurs Baudouin, Deslauriers et Moore¹¹ :

1-274 – Arrêt *Vice-Versa* – L'arrêt *Vice-Versa* a relancé le débat sur le fragile équilibre entre le droit à l'image d'un individu et le droit du public à l'information, corollaire du droit à la liberté

10. *Vice-Versa*, supra note 9 aux para 57 à 59.

11. Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoit Moore, *La responsabilité civile*, Volume I : principes généraux (Cowansville, Yvon Blais, 2014), aux pp 268-269 (références omises).

d'expression. Cette décision a suscité une critique quasi unanime en doctrine pour qui l'arrêt constitue une atteinte démesurée à la liberté d'expression. On lui reproche essentiellement, d'une part, d'avoir envisagé le tout sous l'angle de la vie privée alors qu'il s'agissait d'une situation de vie publique, la victime se trouvant à l'extérieur de chez elle, et d'autre part d'avoir refusé de considérer la photographie comme purement artistique comme une information socialement utile.

Pour notre part, nous croyons que la décision de la Cour suprême permet d'en arriver à un juste équilibre entre le droit des uns et des autres. En effet, si le principe qui veut que la diffusion d'une photographie sans le consentement de la personne soit fautive peut sembler, à première vue, sévère, le fait qu'il souffre de plusieurs exceptions mentionnées par l'arrêt en atténue sensiblement la portée.

La diffusion d'une photographie, sans le consentement, constitue une atteinte fautive au droit à l'image, composante du droit à la vie privée. En effet, le droit à la vie privée peut s'exercer même en public, la preuve étant que l'on reconnaît généralement que, même à l'extérieur, une certaine sphère d'intimité doit être respectée.

Un auteur s'est inquiété du lourd fardeau que doivent maintenant supporter les photographes puisqu'ils doivent démontrer, à titre de fait justificatif, qu'il était dans l'intérêt public de publier la photographie.

Sur le plan théorique, ces inquiétudes paraissent justifiées. En pratique, elles risquent toutefois de ne pas se matérialiser, compte tenu du fait que les sommes accordées pour réparer le préjudice sont très modestes et ne favorisent pas ainsi le recours aux tribunaux.

Aujourd'hui, l'article 36 du *Code civil du Québec*, qui met en œuvre l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* consacrant le droit de toute personne au respect de sa vie privée, prévoit ce qui suit :

36. Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants :

[...]

3^o Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés ;

[...]

5^o Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public ;

[...]

Il est à noter que l'article 36 du *Code civil du Québec* n'était pas en vigueur au moment des faits ayant mené au jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vice-Versa*.

Nous avons constaté qu'un défi se pose avec l'article 36 du *Code civil du Québec*. En effet, celui-ci ne définit pas les termes « information légitime du public ». Par conséquent, il revient aux tribunaux d'interpréter cette exception. Ceci peut représenter certaines difficultés et mener à certaines disparités considérant qu'il s'agit, à notre avis, d'une exception assez subjective et malléable en fonction de diverses circonstances.

Ainsi, à titre illustratif uniquement, voici certains exemples où les tribunaux québécois ont eu à interpréter l'exception relative à l'information légitime du public.

- La publication d'une photo d'archives permettant d'identifier un gardien des services correctionnels en uniforme debout devant la porte de l'établissement carcéral qu'il garde accompagnant un article concernant l'opposition des citoyens du voisinage à un projet d'agrandissement du bâtiment abritant la prison n'a pas été considérée comme l'utilisation d'une image aux fins de l'information légitime du public :

[39] En ce qui concerne l'argument des défenderesses à l'effet qu'elles étaient justifiées de publier la photographie en raison de l'intérêt dominant du public en matière de droit à l'information, outre le fait, insuffisant en soi, que le demandeur était un agent des services correctionnels et que la photographie le montre dans l'exercice de ses fonctions, aucun élément de preuve additionnel ne permet de conclure en ce sens.

[40] En effet, *pour les fins du contenu de l'article publié le 25 janvier 2008, la photographie permettant l'identification du demandeur n'était aucunement pertinente.*

[41] De plus, les défenderesses n'ont pas démontré que le métier exercé par le demandeur constituait une activité publique telle que son droit au respect de la vie privée était surpassé par le droit du public à l'information justifiant ainsi leur décision de publier la photographie. *Elles n'ont pas démontré qu'elles ont utilisé l'image du demandeur aux fins de l'information légitime du public.*¹² [Les italiques sont nôtres.]

- La publication d'une photographie d'une femme en bikini alors qu'elle participait à un festival de musique populaire dans le cadre d'un photoreportage sur l'événement en question dans le Journal de Québec a été jugée comme l'utilisation d'une image aux fins de l'information légitime du public :

[18] Alors était-il légitime pour le public d'être informé de la tenue de ce festival de la manière utilisée par l'intimé dans son édition du 4 juillet 1999, soit par la publication, sur deux pages complètes, d'une dizaine de photos illustrant l'ambiance joyeuse et estivale qui prévalait sur ce site ? La réponse doit être positive.

[19] Car à notre avis, il s'agissait là d'un événement d'intérêt public justifiant de le reproduire de manière animée par plusieurs photos. Ce qui avait manifestement comme but d'informer le public au sens de l'article 36, précité.

[...]

[21] La photo reprochée par la requérante constitue en l'espèce la reproduction imagée d'un fait au même titre que le serait la description littéraire d'un événement d'intérêt public. Et comme il a déjà été décidé, la photo publiée au soutien d'un article portant sur un fait d'actualité n'est pas protégée par le droit à l'image.¹³

- La publication d'une photographie d'un accusé lors de sa comparution au palais de justice accompagné de sa conjointe afin d'illus-

12. *Goulet c The Gazette*, 2010 QCCQ 8057 aux para 39-41 (appel accueilli en partie sur la question de l'octroi de dommages punitifs : 2012 QCCA 1085),

13. *Lessard c Journal du Québec (Corporation Sun Media)*, (2000), AZ-50077744 (QC CQ) aux pp 4-5.

trer un article portant sur les procédures judiciaires entourant l'accusé n'a pas été considérée comme faisant partie de l'information légitime du public étant donné que rien ne justifiait que sa conjointe apparaisse sur la photographie en question :

Il ne fait pas de doute que le public a droit à l'information et avait droit de savoir que le maniaque ou désaxé sexuel Boivin avait été arrêté et avait comparu. Surtout dans un cas comme celui-là, il était même d'intérêt public que sa photo soit montrée, dans le but d'éviter une possible répétition. Or, curieusement, on ne montre Boivin que de côté, alors que la demanderesse est montrée de face et de côté. Ce n'est pas elle l'accusée ; elle est plutôt une victime. Quel est l'intérêt du public à savoir qui est la compagne de Boivin ? Le Tribunal ne trouve aucune justification. C'est une erreur, et de la part de Pigeon de prendre telle photo, et de la part du journal de la publier.

Non seulement ce n'est pas d'intérêt public, mais encore faut-il faire la différence entre le droit du public à l'information et la curiosité et le mauvais goût. Le tribunal, reprenant les propos de Jean- Louis Baudouin :

Le public a le droit de savoir et d'être informé, le nier est nier la liberté d'expression démocratique. On oublie cependant de dire que souvent le soi-disant intérêt public se résume à l'intérêt commercial et financier du moyen d'information. Nombre de journaux, pour s'assurer d'un tirage rentable ont besoin d'informations spectaculaires à la une. On mélange et on confond bien souvent avec beaucoup de facilité intérêt public et curiosité du public.¹⁴ [Les italiques sont nôtres.]

Il convient de noter qu'un facteur déterminant relativement à cette affaire est le fait que le photographe ait avoué qu'ordinairement, il ne publie que la photo de l'accusé. Le photographe a aussi admis que, dans cette affaire, il n'avait pas eu le temps de cadrer la photographie, mais qu'il aurait dû le faire.

- La publication d'une photographie d'un col bleu au service de la voirie dans le cadre d'un reportage sur les cols bleus à l'emploi de la Ville de Montréal, alors que ceux-ci étaient en négociations pour le renouvellement de leur convention collective, dans le Jour-

14. *Thomas c Publications Photo-Police Inc*, (1997), AZ-97031284 (QC CQ) aux pp 16-17 (appel rejeté : (2001), AZ-01019617 (QC CA).

nal de Montréal a été jugée aux fins de l'information légitime du public :

[30] La situation de monsieur Beaulieu se distingue amplement de celle de l'intimée dans *Aubry vs Vice-Versa* précitée en ce que sa photo est publiée dans le cadre d'un reportage qui tendait à informer le public sur un dossier impliquant le renouvellement de la convention collective des cols bleus avec la ville de Montréal. Aucun progrès n'était constaté malgré des négociations qui s'étalaient sur une période de trois ans et des budgets importants étaient en jeu.

Le reportage des intimes avait pour but d'apporter des éclaircissements et des renseignements sur un sujet qui était devenu d'intérêt public.¹⁵

Les jugements rendus dans les deux affaires dont nous traiterons ci-dessous relativement au droit à l'image, soit les affaires *Google Street View* et *Hammedi*, se penchent également sur l'exception relative à l'information légitime du public.

2.1 L'affaire Google Street View : la capture d'une image dans un lieu privé

Les questions de la pondération du droit à la liberté d'expression et du droit à la vie privée ainsi que de l'application de l'exception relative à l'information légitime du public se sont posées dans l'affaire *Google Street View*¹⁶.

Les faits de cette affaire se déroulent en 2009. Alors que Pia Grillo (ci-après « Grillo ») est en congé et qu'elle est assise sur la première marche de l'escalier de sa maison, pieds nus et portant un vêtement sans manches de type débardeur où une partie de sa poitrine est exposée, une photo est prise par le Google Car pour le service *Google Street View*.

Quelque temps après la capture de l'image, Grillo constate en consultant *Google Street View* qu'elle apparaît sur la photo devant sa maison. En effet, la photo montre Grillo, dont le visage est brouillé, ainsi que son véhicule dont la plaque d'immatriculation

15. *Beaulieu c Groupe Québecor Inc, division Journal de Montréal*, 2002 CanLII 15486 (QC CQ) au para 30.

16. *Pia Grillo c Google Inc*, 2014 QCCQ 9394.

n'est pas brouillée. En outre, l'adresse postale de sa maison est également visible. Elle demande à Google de retirer immédiatement sa photo.

Grillo se décrit comme une personne discrète et réservée, qui tient à sa vie privée et qui préfère demeurer dans l'anonymat. C'est dans ce contexte qu'elle entame une poursuite judiciaire devant la division des petites créances de la Cour du Québec impliquant une réclamation en dommages-intérêts de l'ordre de 7 000 \$ à l'encontre de Google à la suite de la parution de sa photo devant sa maison sur Google Street View.

Dans le cadre de cette poursuite, Google plaide que ses opérations de prise de photo ou d'imagerie sont faites publiquement. En effet, l'imagerie de Google Street View n'est pas différente de ce qu'une personne peut voir lorsqu'elle conduit ou marche dans une rue ou un lieu public. Cependant, la Cour du Québec rejette cette thèse. Le fait que Grillo était assise sur une marche extérieure de sa maison et qu'elle était donc visible de la rue ne constitue pas une renonciation à la protection de sa vie privée. Son consentement préalable était nécessaire pour la prise et la diffusion de son image.

Google démontre également au tribunal que l'entreprise déploie plusieurs moyens permettant de protéger la vie privée des individus. En effet, dans le cadre de ses activités liées à Google Street View, Google brouille automatiquement le visage des individus et les plaques d'immatriculation. Google reconnaît toutefois qu'en l'espèce, une erreur a été commise quant au brouillage de la plaque d'immatriculation. De plus, Google permet à quiconque de communiquer facilement avec l'entreprise aux fins d'exiger le retrait ou le brouillage d'une image. La Cour du Québec conclut qu'une personne ne devient pas méconnaissable du seul fait que son visage a été brouillé. Il existe d'autres informations ou d'autres données se trouvant dans une image qui peuvent conduire à l'identification d'un individu. Dans le cas de Grillo, la Cour a estimé qu'elle était identifiable, et ce, malgré le fait que son visage ait été brouillé. Il a notamment été considéré que son adresse postale et la plaque d'immatriculation de son véhicule apparaissaient sur la photo. Comme Grillo demeurerait reconnaissable, à tout le moins parmi son entourage et ses collègues de travail, ses droits à l'anonymat et à la protection de sa vie privée n'ont pas été respectés.

Google invoque finalement son droit à la liberté d'expression. Cependant, la Cour du Québec statue que Google n'a pas démontré

qu'il existait un intérêt dominant du public à prendre connaissance de l'image de Grillo par rapport à la protection à laquelle celle-ci avait droit :

[64] L'utilité (ou la valeur) informationnelle des services rendus par Google n'est pas à ce point déterminante ou dominante ici qu'elle justifie un empiétement sur les droits de la personnalité en litige ou une violation de l'un d'entre eux. De même, la gratuité du moteur de recherche ou des services offerts par Google ne constitue ni une excuse recevable ni un élément pertinent en droit canadien et québécois.

[65] Le Tribunal, eu égard à la preuve offerte de part et d'autre, conclut que le captage et la diffusion de l'image de M^{me} Grillo ont constitué une atteinte à sa vie privée et à son image.

L'atteinte à un droit ayant été établie, la Cour se penche ensuite sur les dommages auxquels Grillo a droit. D'emblée, la Cour note que sa réclamation comporte des lacunes importantes. D'une part, le nombre estimé de personnes intéressées qui ont consulté la page où se trouve la maison de Grillo est plutôt restreint. D'autre part, son inaction de plus de deux ans de même que la réaction de Google, qui a retiré sans délai l'image à la suite de la demande formelle de Grillo, sont des facteurs qui ont intéressé la Cour du Québec aux fins d'adjuger relativement au montant auquel Grillo a droit. Ainsi, la Cour lui octroie une somme de 2 250 \$.

Notons qu'il s'agit de la première décision rendue au Québec concernant le service Google Street View en matière de vie privée.

La Commission d'accès à l'information s'est d'ailleurs penchée sur la capture d'images de lieux publics par des entreprises telles que Google. Elle a d'ailleurs déjà mis en garde sur son site Internet les entreprises s'adonnant à ce type d'activités¹⁷ et elle a proposé des mécanismes de protection de la vie privée¹⁸ :

17. Commission d'accès à l'information, *Les véhicules Street View sillonnent de nouveau les rues du Québec*, 2012 ; en ligne : <<http://www.cai.gouv.qc.ca/les-vehicules-street-view-sillonnent-de-nouveau-les-rues-du-quebec/>> (page consultée le 24 janvier 2015).

18. Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Commission d'accès à l'information et al., *Fiche d'information : Vous êtes photographiés, La technologie à l'échelle de la rue, Internet et vous* ; en ligne : <https://www.priv.gc.ca/resource/fs-fi/02_05_d_39_prov_f.pdf> (page consultée le 24 janvier 2015).

Avec le retour des véhicules Street View dans nos rues, la Commission rappelle que ces images, dès qu'elles permettent d'identifier une personne physique, contiennent des renseignements personnels au sens de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé. Par conséquent, Google doit respecter les obligations prévues dans cette loi, notamment celles relatives à l'information, au consentement, à la confidentialité ainsi qu'au droit d'accès et de rectification des personnes concernées.¹⁹

En ce sens, nous avons constaté que Google rend publique sur son site Internet la procédure mise sur pied pour protéger la vie privée et l'anonymat des individus lorsqu'elle capte des images pour Google Street View. Ainsi, les visages et les plaques d'immatriculation sont automatiquement brouillés des images captées. De plus, un système de signalement de problèmes, par lequel tout individu peut demander un brouillage plus prononcé d'une image ou signaler une image représentant des éléments à brouiller (en plus des visages et des plaques d'immatriculation) ou dont le contenu semble inapproprié, est mis en place²⁰.

2.2 L'affaire Hammedi : la capture d'une image dans un lieu public

Les questions de la pondération du droit à la liberté d'expression et du droit à la vie privée ainsi que de l'application de l'exception relative à l'information légitime du public se sont posées à une seconde reprise en 2014 dans l'affaire Hammedi²¹.

Dans cette affaire, la somme de 150 000 \$, dont 55 000 \$ à titre de dommages punitifs, est réclamée par une femme de confession musulmane portant le voile intégral (« Hammedi ») et par son conjoint à la suite de la publication d'une photo de ceux-ci dans une édition d'un journal mensuel titré « Les immigrants de la Capitale ».

Le couple reproche au défendeur, qui est journaliste, éditeur et rédacteur en chef du journal, d'avoir porté atteinte à sa vie privée et à sa réputation. Le mensuel indépendant d'information a un tirage

19. *Supra*, note 17.

20. Site Internet de Google, *Google Street View* ; en ligne : <<http://www.google.com/maps/about/behind-the-scenes/streetview/privacy/#streetview>> (page consultée le 24 janvier 2015).

21. *Hammedi c Cristea*, 2014 QCCS 4565 (appel rejeté : 2014 QCCA 1936).

de quelque 3 000 exemplaires et est distribué majoritairement au Québec.

Les faits de cette affaire se racontent de la façon suivante.

Alors que le couple et le journaliste sont au marché aux puces de Sainte-Foy, ce dernier prend une photographie d'Hammedi et de son conjoint, et ce, sans leur consentement, à une distance d'environ 50 mètres.

Plus tard, en juin 2012, le défendeur écrit un article qu'il publiera sous le titre « Le voile intégral est de retour à Québec, choc visuel et stupeur au marché aux puces Sainte-Foy ».

La Cour supérieure du Québec applique les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vice-Versa*. La Cour en vient à la conclusion que la photo permet d'identifier Hammedi :

[40] Dans le présent dossier, et conformément aux enseignements de la Cour suprême, la responsabilité du défendeur est a priori engagée puisqu'il y a eu publication, sans leur consentement, d'une photographie des demandeurs alors qu'ils sont identifiables. Monsieur Briki est reconnaissable sur la photo alors que madame Hammedi est identifiable par le port du voile intégral et la présence à ses côtés de son conjoint et de leur enfant.

Le défendeur invoque l'intérêt public aux fins de justifier la publication de la photographie d'Hammedi et sa famille. Il soutient que le port du voile intégral est un sujet d'intérêt public au Québec. Toutefois, le tribunal estime que le défendeur n'a pas réussi à démontrer que l'intérêt public justifiait la publication de la photo dans les circonstances.

Au surplus, le tribunal juge que le journaliste aurait pu facilement tenter d'obtenir le consentement d'Hammedi et de sa famille et que cela n'a pas été fait puisque le défendeur anticipait un refus de leur part.

L'élément central de l'affaire Hammedi et qui, à notre avis, a grandement joué en la défaveur du défendeur, se trouve au paragraphe 48 du jugement :

[48] D'ailleurs, tout en plaidant l'intérêt public à la publication de la photographie, le défendeur a reconnu, suite à une ques-

tion du tribunal, qu'il se serait abstenu de publier la photographie des demandeurs si ceux-ci lui avaient manifesté leur refus.

Quant à la réclamation pour atteinte à la réputation et à la dignité d'Hammedi et de son conjoint, le tribunal juge que les propos du défendeur selon lesquels Hammedi était maquillée sous son voile intégral ne sont pas des propos de nature à lui faire perdre l'estime ou la considération ou encore à susciter à son égard des sentiments défavorables ou désagréables, aux yeux du citoyen ordinaire.

Aucun dommage punitif n'a été accordé en l'instance considérant l'absence d'atteinte intentionnelle aux droits des demandeurs. Le tribunal condamne toutefois les défendeurs à payer à Hammedi et à son conjoint respectivement la somme de 3 500 \$.

La décision rendue par la Cour supérieure du Québec le 23 septembre 2014 a fait l'objet d'une requête pour autorisation d'appel, qui a été rejetée, notamment en raison du faible montant en jeu.

3. L'affaire Magnotta, alias « Jimmy » : la première reconnaissance par un tribunal canadien d'un privilège de confidentialité entre un chercheur et un participant

Le droit à la protection des sources journalistiques a fait couler beaucoup d'encre au cours des dernières années. Les arrêts *National Post*²² et *Globe and Mail*²³ rendus par la Cour suprême du Canada en 2010 ont permis la reconnaissance d'un droit à l'anonymat de la source journalistique en raison de l'existence d'un privilège de confidentialité entre le journaliste et sa source dans certaines circonstances bien définies.

En outre, le jugement de la Cour suprême dans *Globe and Mail* a permis de mettre fin à la controverse entourant l'application de la grille d'analyse de *Wigmore* en droit civil québécois :

[54] Qu'elles aient eu recours explicitement ou non au cadre d'analyse fondé sur le test de *Wigmore*, les décisions rendues par le tribunal inférieur ont démontré, en définitive, la nécessité de mettre en équilibre les droits et les intérêts alors en

22. *R c National Post*, 2010 CSC 16.

23. *R c Globe and Mail*, 2010 CSC 41.

conflit. Pour paraphraser mon collègue le juge Binnie dans *National Post*, cette méthode s'apparente tout à fait à l'approche de Wigmore lorsque, à la quatrième étape cruciale, le tribunal doit déterminer si l'intérêt public que servirait le refus de divulguer l'identité de l'informateur l'emporte sur l'intérêt public à la découverte de la vérité. En effet, le test de Wigmore se résume essentiellement à un examen et à une mise en équilibre des intérêts opposés. *Il peut donc former la structure de l'analyse et des facteurs à examiner lorsque le privilège du secret des sources des journalistes est invoqué dans un litige régi par le droit du Québec.*

[55] De plus, ce cadre s'avère suffisamment souple pour prendre en compte la diversité des intérêts en jeu dans un cas donné comme ceux qui seront assurément mis en jeu dans une instance civile engagée dans une province de common law. Les questions fondamentales que soulève le présent pourvoi ne sont évidemment pas propres au Québec. La portée du rôle des médias ne connaît pas de frontière. *C'est pourquoi il convient d'adopter une approche capable d'assurer une protection similaire aux intérêts en cause dans l'ensemble du pays tout en préservant le caractère distinct du milieu juridique régi par le Code civil.* [Les italiques sont nôtres.]

Cette reconnaissance de l'application de la grille d'analyse de *Wigmore* en droit québécois a tracé le chemin au jugement rendu en 2014 dans l'affaire *Magnotta*, alias « Jimmy » dont nous traiterons ci-dessous et qui fait désormais jurisprudence au Québec.

À l'opposé du droit à la protection des sources journalistiques, le droit à l'anonymat du participant à une recherche ou à une étude, qui pourrait découler d'un privilège de confidentialité entre le chercheur et le participant, est carrément resté dans l'ombre. Pourtant, la relation existant entre un journaliste et sa source et celle entre le chercheur et son participant ne sont pas selon nous sans similitude.

Le droit québécois reconnaît-il un privilège de confidentialité entre le chercheur et le participant à une recherche ou une étude ? Quelles sont les circonstances qui pourraient justifier la reconnaissance judiciaire d'un tel privilège ? Le jugement issu de l'affaire *Magnotta*, alias « Jimmy », constitue la première reconnaissance judiciaire d'un privilège de confidentialité entre le chercheur et le participant au Canada. Tout comme ce fut le cas pour le droit à la protection des sources journalistiques, la Cour supérieure du Québec

appliquera la grille d'analyse de *Wigmore* pour analyser et justifier telle une reconnaissance.

La décision *Parent c R*²⁴ est issue des procédures judiciaires entourant Luka Rocco Magnotta (« Magnotta »), qui a été trouvé coupable le 23 décembre 2014 de meurtre au premier degré sur la personne de Lin Jun, d'outrage à un cadavre, de production et de distribution de matériel obscène, de publication de matériel obscène et de harcèlement criminel envers le premier ministre Stephen Harper et d'autres membres du Parlement.

Dès l'ouverture de son procès, Magnotta a admis avoir posé les gestes qui lui étaient reprochés, soit d'avoir tué Lin Jun, de l'avoir démembré, d'avoir fabriqué et distribué du matériel obscène, soit la vidéo qui montrait le démembrement de sa victime, d'avoir utilisé les services postaux pour envoyer du matériel obscène, soit les mains et les pieds de sa victime, et d'avoir harcelé le premier ministre Stephen Harper et les membres du Parlement en joignant des notes leur étant adressées à ses envois postaux de matériel obscène. Ainsi, le procès visait à déterminer si Magnotta était en mesure de distinguer le bien du mal au moment où il a posé les gestes qu'il a admis avoir posés et qui ont fait l'objet des accusations portées contre lui.

Le verdict a été prononcé à l'issue d'un procès devant jury d'une durée de près de dix semaines et d'un délibéré du jury de près de huit jours. Magnotta a été condamné à la prison à vie sans possibilité de libération conditionnelle avant vingt-cinq ans. Le 19 janvier 2015, Magnotta a déposé une requête pour permission d'en appeler du jugement rendu le 23 décembre 2014 à la Cour d'appel du Québec, procédure de laquelle il s'est désisté le 18 février 2015²⁵.

Les faits de l'affaire Magnotta, alias « Jimmy », remontent au 21 juin 2012, alors que le Service de police de la Ville de Montréal exécutait un mandat de perquisition et qu'il a saisi un enregistrement audio confidentiel de même que sa transcription. Les items saisis par le corps policier étaient liés à une entrevue confidentielle tenue en 2007 avec un homme appelé « Jimmy ». Cette entrevue a été réalisée dans le cadre d'une recherche académique intitulée « Sex

24. *Parent c R*, 2014 QCCS 132.

25. *Magnotta c R*, 2015 QCCA 340.

work and intimacy : escorts and their clients » qui s'est déroulée entre 2004 et 2008.

Dans ce contexte, deux professeurs en criminologie de l'Université d'Ottawa s'adressent à la Cour supérieure du Québec par le biais d'une requête en *certiorari* afin que le contenu de l'entrevue réalisée dans le cadre du projet de recherche universitaire ainsi que sa transcription soient protégés par un privilège de confidentialité entre le chercheur et le participant, prévenant ainsi son utilisation en preuve dans le cadre du procès criminel.

La Cour supérieure devait ainsi déterminer si les professeurs pouvaient effectivement être exemptés de leur obligation de divulgation sur la base d'un privilège de confidentialité entre le chercheur et le participant. Le privilège invoqué, issu de la *common law*, a pour objet de protéger la confidentialité des documents et des résultats d'une recherche académique. Il n'a encore jamais été reconnu par un tribunal canadien.

Aux fins de déterminer si un privilège de confidentialité s'applique à l'enregistrement et à la transcription de l'entrevue que les chercheurs de l'Université d'Ottawa ont réalisés avec l'homme s'étant présenté sous le pseudonyme de « Jimmy », la Cour appliquera la grille d'analyse de l'arrêt *Wigmore* :

[84] It is now accepted that the common law permits privilege in *new situations where reason, experience and application of the principles underlying the traditional privileges so dictate* : *Slavutych v Baker* [1976] 1 SCR 254 ; *Gruenke* at page 286, *M (A) v Ryan* [1997] 1 SCR 157 at para 20. The applicable principles are derived from those set forth in *Wigmore* :

1. The communications must originate in a confidence that they will not be disclosed.
2. This element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.
3. The relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered.
4. The injury that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be greater than the benefit

gained for the correct disposal of litigation.
[Les italiques sont nôtres.]

1^{er} critère : les communications ont été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. La Cour conclut que ce critère est rempli, car la preuve présentée établit que les communications ont été faites dans l'assurance que l'identité des participants et que le contenu des entrevues resteraient confidentiels. En effet, il s'agissait d'une condition stipulée dans la documentation afférente au recrutement des participants à la recherche ainsi que dans le formulaire de consentement signé par les participants. Plus spécifiquement, le formulaire de consentement signé par « Jimmy » indique clairement que celui-ci a accepté de procéder à l'entrevue en échange d'une assurance de confidentialité. La Cour statue que le fait que « Jimmy » ait contacté son intervieweur après l'entrevue en divulguant sa véritable identité ne peut être considéré comme une renonciation à la confidentialité.

2^e critère : la confidentialité est un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties. Au sujet de ce second critère, la Cour indique que, sans la promesse de confidentialité et d'anonymat des participants, le projet de recherche de l'Université d'Ottawa n'aurait probablement jamais été approuvé par le *Research Ethics Board* et n'aurait donc pas pu voir le jour. Au surplus, il a été établi que l'ensemble des participants au projet de recherche, y compris « Jimmy », couraient certains risques, tant légaux, que sociaux et personnels, si la promesse de confidentialité qui leur a été faite n'était pas tenue.

La Cour souligne également qu'il est raisonnable de considérer que la capacité des chercheurs à procéder à ce type de recherche, incluant la tenue d'entrevues avec des participants comme « Jimmy », est grandement diminuée s'ils ne peuvent garantir la confidentialité des informations transmises de même que l'identité des participants. Bref, le second critère de la grille d'analyse de *Wigmore* est satisfait. En effet, l'entrevue n'aurait pu avoir lieu sans assurance de confidentialité. Cette assurance doit nécessairement perdurer après l'entrevue.

3^e critère : les rapports sont de nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment. Ce troisième critère porte sur la relation entre le participant et le chercheur et non sur le contenu de la communication. La Cour doit analyser la relation qui existe entre le participant et le chercheur afin de déterminer

s'il est dans l'intérêt public de prononcer une ordonnance protégeant cette relation. La Cour identifie la liberté académique, la connaissance de même que la libre circulation des idées dans la société comme des composantes clés de la recherche académique qui pourraient s'avérer à risque en l'espèce :

[122] The Supreme Court of Canada has been very cautious over the years in intervening in university affairs, recognizing the importance of academic freedom in safeguarding the role of universities as self-governing centers of research, teaching and learning.

[123] In other words, academic freedom and the importance of institutions of higher learning and academic research are key components of a democracy that values freedom of thought and expression.

[...]

[130] If investigative journalism (along with confidential sources) could help “fill what has been described as a democratic deficit in the transparency and accountability of our public institutions”, the Court agrees with the proposition that much academic research, especially that which explores the areas outlined above, provides useful information on certain aspects of the human condition that are normally kept silent. This information is essential to understand and improve the social condition of vulnerable and marginalized communities.

La Cour note qu'une divulgation trop générale des communications confidentielles au bénéfice des poursuivants en matière criminelle pourrait avoir un impact négatif sur la recherche sur des sujets liés aux activités criminelles et illégales. En effet, s'il en était ainsi, un très petit nombre de participants potentiels souhaiteraient participer à de telles recherches considérant le risque auquel ils pourraient faire face en divulguant leur participation à des activités criminelles. À cet effet, la Cour écrit « This would result in a dry-up of reliable sources ». Le troisième critère de la grille d'analyse de *Wigmore* est donc également respecté.

4^e critère : le préjudice permanent que subirait les rapports par la divulgation des communications doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision. Ce quatrième critère requiert de mettre en balance la protection de la relation entre le participant et le chercheur et l'intérêt public. Cet intérêt public

comprend notamment la sécurité nationale, la sécurité publique et l'enquête liée à un crime en particulier. La Cour estime que cet exercice de mise en balance doit être basé sur le « common sense and good judgment ».

Parmi les éléments qui peuvent être considérés, se trouvent la valeur probante de la preuve recherchée, la nature, le caractère sérieux du crime allégué et l'intérêt public de respecter la promesse de confidentialité. Quant à ce quatrième et dernier critère, le fardeau de persuasion appartient aux chercheurs. En effet, ceux-ci doivent démontrer que la protection de la relation entre « Jimmy » et les chercheurs universitaires est plus importante que l'obtention d'une preuve supplémentaire pour enquêter et traduire en justice le crime allégué. Sera notamment considéré le fait que l'information sur laquelle un privilège de confidentialité est demandé est disponible par le biais d'autres moyens.

La Cour doit donc sopeser deux intérêts publics distincts : d'un côté, la suppression du crime, et de l'autre, la libre circulation de l'information. À la suite de cet exercice de pondération, la Cour conclut de la preuve présentée que l'intérêt public au respect de la promesse de confidentialité est extrêmement élevé. L'intérêt de la société à la suppression des crimes, tels que ceux qui faisaient l'objet des accusations criminelles à l'encontre de Magnotta, est également très élevé. Cependant, la valeur probante du contenu de l'entrevue avec « Jimmy » dans la poursuite de cet intérêt est plutôt faible. Par conséquent, la Cour conclut que les chercheurs ont rempli leur fardeau de démontrer l'application du quatrième critère de la grille d'analyse de *Wigmore*.

Les quatre critères de la grille d'analyse de *Wigmore* étant respectés, la Cour reconnaît l'existence d'un privilège de confidentialité. Il s'agit de la première reconnaissance par un tribunal canadien d'un privilège de confidentialité entre le chercheur et le participant à une recherche ou à une étude. Le jugement fait ainsi jurisprudence et constitue une victoire pour les chercheurs à travers le Canada.

En effet, considérant la distinction entre la notion de privilège et celle de confidentialité, la reconnaissance judiciaire d'un privilège de confidentialité entre le chercheur et le participant crée un précédent important :

The demarcation line between what is confidential and what is privileged deserves serious discussion. Many communications may be considered confidential. Parties may have expectations

of privacy in connection with ordinary day-to-day discussions; certainly, depending on the relationship, there may even be expectations that communications are confidential. *Because communications are entered into based on expectations of privacy and confidentiality, however, does not mean that they will be recognized as privileged. It is only when communications are privileged that the communications may be considered beyond the reach of evidentiary consideration.*

[...]

The Wigmore factors emphasize the link between the concepts of confidentiality and privilege, for criterion two underlines that confidentiality is an essential ingredient of privilege. In grappling with the issue of whether privilege is existant, therefore especially when case-by-case privilege is raised, one of the first thresholds must be a determination of a state of confidentiality between the parties.

The Wigmore criteria are not “carved in stone”, for they apply to a wide variety of circumstances and may require modification depending upon the nature of the relationship involved. The application and balancing of the criteria produces a variety of examples where information is either protected or disclosed.

There is an obvious advantage to invoking a class privilege. There is an assumption of inadmissibility; the policy reasons that have created the class as a distinct and defined construct also generate a sacrosanct aura around the communications in the class. [...] ²⁶ [Les italiques sont nôtres.]

Toutefois, il convient de souligner que, comme le droit des journalistes de protéger leurs sources, le privilège de confidentialité entre le chercheur et le participant n'est pas absolu. En effet, tel que le démontre l'affaire Magnotta, alias « Jimmy », les critères stricts de la grille d'analyse de *Wigmore* doivent être cumulativement respectés. Un important exercice d'équilibre entre l'intérêt public servi par le respect du privilège et l'intérêt public de mener une enquête criminelle sur des crimes graves doit être mené.

26. Robert W. Hubbard, Susan Magociaux et Suzanne M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada*, feuilles mobiles (Toronto, Canada Law Book/Thomson Reuters Canada, Toronto) aux pp 1-3 et 1-12.13 (à jour au 8 janvier 2014).

Conclusion

Le présent article visait à raconter les histoires qui ont marqué le Québec en 2014 en matière de droit à la vie privée.

D'abord, nous avons traité des jugements de la Cour supérieure du Québec et de la Cour d'appel du Québec issus de l'affaire « matricule 728 » qui concerne une policière ayant fait l'objet d'une large couverture médiatique en 2014. Nous retenons de ces jugements que le caractère pornographique d'un film ne l'empêche pas pour autant d'être reconnu comme une caricature ou une parodie. De plus, il est important de souligner qu'une policière qui pose des gestes dans l'exercice de ses fonctions agit dans la sphère publique. Ces jugements s'ajoutent aux quelques décisions rendues par les tribunaux québécois en matière de caricatures ou de parodies.

Par ailleurs, nous avons relaté deux décisions fort intéressantes traitant de la composante « droit à l'image » du droit à la vie privée. En effet, l'affaire Google Street View et l'affaire Hammedi constituent deux illustrations supplémentaires pour la jurisprudence québécoise de l'application subjective et malléable de l'exception relative à l'information légitime du public.

Finalement, nous avons traité de l'affaire Magnotta, alias « Jimmy » qui constitue un premier précédent au Canada en matière de protection de la relation entre le chercheur et le participant à une recherche ou une étude des sources des chercheurs canadiens. Ce jugement se démarque également puisqu'il s'inscrit dans le cadre des procédures criminelles les plus médiatisées des dernières années, soit le procès de Luka Rocco Magnotta, au terme duquel ce dernier a été condamné à la prison à vie.