DROIT À L'IMAGE : LA VIE PRIVÉE DEVIENT VETO PRIVÉ : *AUBRY* C. *ÉDITIONS VICE-VERSA INC.*

PIERRE TRUDEL

Reprinted from — Extrait de
THE CANADIAN BAR REVIEW — LA REVUE DU BARREAU CANADIEN
September-December 1998— septembre-décembre 1998

passent en revue certaines dimensions de la notion d'intérêt public. S'agissant de ce qui est appelé le "contexte de la liberté d'expression qui est au centre de l'intérêt du public à être informé", la décision majoritaire reprend l'ancienne doctrine française, aujourd'hui délaissée[3], suivant laquelle le caractère licite de la diffusion de l'image d'une personne découle "du consentement exprès ou tacite de la personne à la publication de son image."

Les médias se sont inquiété des répercussions de cette décision[4] tandis que plusieurs ont jugé que les médias exagéraient la portée de la décision et l'ampleur des méfaits qu'elle pourrait avoir sur le travail de ceux qui font profession d'informer le public[5]. Ce qui inquiète dans la décision de la Cour suprême, c'est qu'elle cumule les difficultés d'identifier les situations dans lesquelles doit prévaloir le droit à la vie privée et celles dans lesquelles l'intérêt public commande de laisser prévaloir la liberté d'expression et de la presse. Bien plus, elle accorde au sujet photographié, dans un lieu public, rien de moins qu'un droit de veto qui est de surcroît élevé à un rang supérieur à la liberté d'expression. Ce droit de veto ne cède que lorsque le photographe ou le média concerné parvient à démontrer au tribunal que l'intérêt public justifie la diffusion du cliché.

Un droit dérivé du droit à la vie privée

Le droit à l'image est dérivé du droit à la vie privée: il ne s'agit pas d'un droit reconnu à titre autonome mais plutôt à titre de composante de la vie privée[6]. L'arrêt reconnaît cela puisqu'on peut y lire au paragraphe 52 que "le droit à l'image, qui a un aspect extrapatrimonial et un aspect patrimonial est une composante du droit à la vie privée inscrit à l'art. 5 de la Charte québécoise." C'est pourquoi la plupart s'entendent pour poser que le droit à l'image ne protège que les images qui concernent la vie privée des personnes. S'il est une composante du droit à la vie privée, on voit mal, en simple logique, comment le droit à l'image pourrait protéger plus que les informations qui font partie de la vie privée. Il est donc nécessaire, avant de conclure qu'une personne a le droit de s'opposer à la diffusion de son image, de démontrer que cette image porte sur sa vie privée. C'est en vain que l'on cherche, dans la décision, une démonstration que l'image incriminée concerne la vie privée de la demanderesse. Au contraire, on postule péremptoirement un droit quasi-absolu de contrôle des personnes sur

---

[3] Voir P. Kaiser, *La protection de la vie privée par le droit-Protection du secret de la vie privée*, 3e édition, Paris, Économica, 1995, nº 88.

[4] J. Lachapelle, "Une mauvaise journée pour la liberté d'expression, commente la Fédération des journalistes", *Le Devoir*, p. 5 10 avril 1998 à la p. A2.

[5] F. Sauvageau, "Un jugement nuancé", *Le 30*, juin 1998 à la p. 16; M. Venne, "Le droit à l'image", Le Devoir, 15 avril 1998, <http://www.ledevoir.com/REDaction/SOCiete/SOC_priv210597 /SOC_privAccueil.html>

[6] H. Patrick. Glenn, "Right to Privacy in Quebec, Recent Cases", (1974) 52 R. du B. can. 297 : du même auteur, "Le secret de la vie privée en droit québécois", [1974] 5 R.G.D., 24

leur image sous réserve de l'intérêt public, comme on témoigne l'extrait de la décision cité plus haut.

Ainsi, la faute est commise dès que le sujet est reconnaissable et que l'image est publiée: il n'y a pas de liberté de publier l'image d'une personne. Il y a tout au plus des circonstances atténuantes. Les médias ont le fardeau de démontrer le consentement du sujet ou qu'on est dans une situation où l'intérêt public doit prévaloir. En l'espèce, comme l'intérêt public dans la publication de l'image n'a pas été démontré, on en conclut qu'il y a atteinte à la vie privée.

Définir le droit à la vie privée comme réservant à une personne le droit de s'opposer à la diffusion d'une image, même prise dans un contexte notoirement public, c'est faire dépendre la liberté d'expression, non des impératifs d'un autre droit fondamental, mais plutôt des sensibilités infiniment variables des individus. D'une part, on confère un droit de veto général à la personne photographiée, un droit plus vaste que ce qui est nécessaire pour protéger sa vie privée. D'autre part, on renvoie sur les épaules de celui qui s'exprime le fardeau d'établir que la diffusion de l'image se fait dans l'intérêt public.

Par conséquent le photographe doit savoir, lors de la prise de la photo, qu'il est dans une situation ou prévaut l'intérêt public; il lui faut espérer que cet intérêt public sera également démontrable lorsque la photo sera publiée! Avec un tel veto ainsi reconnu aux personnes sur leur image, il n'y a pas d'autres solutions que de demander, à titre préventif, le consentement du sujet. À défaut de pareille précaution, le photographe est toujours exposé à la possibilité qu'une personne, photographiée dans un contexte que l'on aurait pu croire relever de l'intérêt public, se plaigne d'une atteinte à son droit à l'image. En de telles circonstances, le fardeau de convaincre le tribunal de l'intérêt public est tout entier supporté par le photographe ou le média.

Certes, la Cour mentionne certaines situations dans lesquelles l'intérêt public pourra prévaloir. Des commentateurs ont vu là une reconnaissance d'un droit de prendre des photos de personnes et de les publier. La décision majoritaire énonce que:

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. (par. 59)

À l'égard de l'un et l'autre de ces cas de figure, la Cour ne dit pas qu'il s'agit d'une situation procurant une immunité. Au contraire, il ne s'agit que d'une énumération de circonstances dans lesquelles certains éléments de la vie privée (donc, selon la Cour, de l'image) d'une personne *peuvent* devenir matière d'intérêt public. Aussi, il est pour le moins audacieux de conclure comme l'ont fait certains commentateurs[7] que la Cour reconnaît le droit de prendre et de publier des photographies dans certaines situations d'intérêt public. Ce qui est ici reconnu n'est pas un droit mais plutôt une excuse qui peut être invoquée, à la condition que le tribunal chargé de trancher partage la même vision de l'intérêt public! On peut évidemment convenir qu'il y a des cas évidents pour lesquels le consensus sera facile à faire sur la question de savoir s'il y avait intérêt public. Mais les difficultés se présenteront à la marge, lorsque les avis deviendront partagés à cet égard. Avec le précédent établi par la décision *Aubry*, ce sera aux tribunaux de juger de l'intérêt public. Les difficultés pratiques que posent une approche aussi peu soucieuse de l'équilibre qui doit prévaloir entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée ne sont pas que de détails.

La vie privée

Il aurait été facile d'opérer un départage plus respectueux de l'équilibre qui doit prévaloir entre le droit à la vie privée et la liberté d'expression. On aurait pu, d'entrée de jeu, se demander si la photo a été prise dans des circonstances où la personne photographiée pouvait raisonnablement s'attendre à être vue, voire photographiée. Dans l'affaire *Aubry*, la photo a été prise dans la rue. La rue est un endroit public: une personne raisonnable s'attend à y être vue.

La notion de vie privée a suscité de nombreuses analyses et réflexions aussi bien en France qu'au Québec. Et ces réflexions ont été faites dans le contexte du droit civil. La Cour a choisi de ne retenir que celles qui évitent d'aborder la question pourtant cruciale du départage des situations où la vie privée doit prévaloir de celles où elle trouve ses limites au nom de l'intérêt public. Au Québec, ce sont les tribunaux qui ont permis l'émergence du droit à la vie privée en se fondant sur la notion de faute de l'article 1053 du Code Civil du Bas-Canada. En adoptant l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[8] du Québec, qui consacre spécifiquement le droit au respect de la vie privée, le législateur a consacré un droit qui était déjà largement élaboré par la doctrine et la jurisprudence.

---

[7] Voir notamment : M. Venne, "Le droit à l'image", Le Devoir, 15 avril 1998, <http://www.ledevoir.com/REDaction/SOCiete/SOC_priv210597/SOC_privAccueil.html>.

[8] *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. Art. 5 : "Toute personne a droit au respect de sa vie privée."

Les contours de la notion de vie privée restent imprécis[9]. La plupart des auteurs constatent qu'il est impossible d'en arriver à une définition qui pourrait faire l'unanimité[10]. Mais l'on s'entend au moins pour convenir que la vie privée participe aux principes d'autonomie et de dignité de la personne[11].

Pour établir s'il y a atteinte à la vie privée, il est nécessaire de déterminer si une divulgation d'information ou une intrusion porte sur un élément de la vie privée[12]. Le domaine de la vie privée regroupe certains types d'informations qui y sont, en principe, rattachées. Il connaît aussi des variations selon les qualités et la situation des personnes.

On identifie deux volets de la vie privée. Le premier réfère aux faits et aux aspects de la vie d'une personne qui sont inclus dans un domaine protégé. Il permet d'identifier objectivement les éléments traditionnellement reconnus par la société comme étant inclus dans le domaine de la vie privée d'une personne, à une époque donnée. Mais le contenu concret de ce domaine varie suivant les personnes, la position qu'elles occupent dans la société et d'autres circonstances.

[9] Voir notamment A.F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1968 aux pp. 8 et suiv.; R.A. Parker, "A Definition of Privacy", (1973-74) 27 Rutgers L.R. 275; R. Badinter, "Le droit au respect de la vie privée", (1968) *J.C.P.*, n° 2136, par. 12.

[10] "Nous reconnaissons tous que chaque membre de la société doit pouvoir réserver à l'intimité certains moments. L'être humain a toujours ressenti qu'il devait préserver l'anonymat de certains de ses gestes. Aussi, plusieurs tentatives de définition du droit à la vie privée ont ponctué les dernières décennies. Certains ont tenté d'articuler une définition autour du corps humain, ou encore autour de l'information que chacun de nous génère. D'autres ont cru pouvoir définir la vie privée en opposant simplement cette notion à celle de vie publique. Dans les faits, ainsi que l'écrit le professeur Benyekhlef, "il apparaît difficile, voire impossible, d'en arriver à une définition consensuelle du droit à la vie privée. *[...]* Loin de permettre un exercice efficient et harmonieux du droit à la vie privée, une définition ne peut qu'enferrer cette notion et nuire à son développement". Voir M. Michaud, *Le droit au respect de la vie privée dans le contexte médiatique: de Warren et Brandeis à l'inforoute*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1996 aux pp. 1 et 2. L'extrait du texte cité du professeur Benyekhlef était tiré de K. Benyekhlef, "Les dimensions constitutionnelles du droit à la vie privée", dans P. Trudel et F. Abran,dir., *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables ?*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1992 à la p. 18. Voir sur les tentatives et les difficultés de cerner la notion de vie privée, R. Lindon, "La protection de la vie privée : champ d'application", (1971) 2 J.C.P. 6734; J. Malherbe, *La vie privée et le droit moderne*, Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1968; R. Nerson, "La protection de l'intimité", (1959) J.T. 713; J. Velu, *Le droit au respect de la vie privée*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, vol. 10, Namur, Presses universitaires de Namur, 1974. En droit canadien voir aussi P. Burns, "The Law and Privacy : the Canadian Experience", (1976) 54 R. du B. can. 1; G. Marshall, "The Right to Privacy : A Sceptical View", (1975) 21 R.D.McGill. 242; H. Rowan, "Privacy and the Law" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto, Richard De Boo Ltd, 1973, 259; J.S. Williams, "Invasion of Privacy", (1973) 11 Alta L. Rev. 15.

[11] F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Parix, L.G.D.J., 1990, n°s 1 à 10 et 639 à 655.

[12] Voir P. Trudel, "Le rôle de la loi, de la déontologie et des décisions judiciaires dans l'articulation du droit à la vie privée et de la liberté de presse", dans P. Trudel et F. Abran, dir., *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables?*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, 181, 194-95.

Ce deuxième volet, contextuel, permet d'apprécier le contenu du domaine de la vie privée en fonction des circonstances, notamment la participation de l'individu à la vie de la Cité[13].

Tout n'est pas vie privée lorsqu'il s'agit d'information relative aux personnes. Si l'on s'accorde pour reconnaître que toute personne doit pouvoir soustraire sa vie privée aux ingérences et aux divulgations, l'on convient que la vie publique doit être ouverte et transparente. Comme nous vivons en société, il est des aspects de notre vie qui ont un caractère public tandis qu'il y a certains types d'informations référant à des aspects de la vie d'une personne qui sont inclus dans le "domaine" de sa vie privée.

La plupart des décisions ayant eu à déterminer ce qui fait partie du champ de la vie privée concernaient des vedettes ou des personnes ayant autrement défrayé la manchette. Kaiser rappelle que "les éléments de la vie privée des simples particuliers sont rarement l'objet d'une décision de justice, parce qu'ils ne sont pas souvent l'objet d'investigations ni de divulgations.[14]" Toutefois, ajoute cet auteur, lorsqu'il a été décidé qu'une divulgation ou une recherche d'information est illicite, parce qu'elle a pour objet un élément de la vie privée, fût-ce d'une vedette, il en découle, à plus forte raison que ce type d'information fait partie de la vie privée des simples particuliers. On trouve dans la jurisprudence québécoise de même que la jurisprudence française plusieurs éléments de la vie d'une personne qui sont fréquemment rattachés à la sphère privée : l'intimité de son foyer[15], son état de santé[16], son anatomie et son intimité corporelle[17], sa vie conjugale, familiale et amoureuse[18], ses opinions politiques, philosophiques ou religieuses[19] et l'orientation sexuelle[20]. Ce sont en quelque sorte des informations se rattachent à des dimensions de la vie qui sont fréquemment associées à l'intimité.

[13] P.A. Molinari et P. Trudel, "Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée : Aspects généraux et applications", dans Barreau du Québec, Formation Permanente, *Application des chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, 197, 211.

[14] P. Kaiser, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, 3e édition, Paris, Économica, 1995, n° 143.

[15] *Robbins* c. *CBC*, (1958) C.S. 152; 12 DLR (2d) 35; en droit français: *Dame Bardot c. Société Beaverbrook*, tr. gr. inst. Seine, 24-11-65, J.C.P 1966. 14521.

[16] *Valiquette* c. *The Gazette*, [1991] R.R.A. 327; *Gazette (The) (Division Southam Inc.)* c. *Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30, en droit français: *SARL France Editions et publications* c. *Dame Nagaux vve Gérard Philippe*, cass. civ., 12-7-1966, Gaz Pal. 1966. 2 187.

[17] *Dame Carole Laure* c. *Soc VM Productions* , tr. gr. inst. Paris, 11-5-1974, D. 1974. 767.

[18] M. Contamine-Raynaud, "Le secret de la vie privée" dans *L'informa tion en droit privé*, Paris, L.G.D.J. (Bibliothèque de droit privé CLII), 1978, 401, 426, n° 20; *Soc Presse - Office "Lui"* c. *De Villalonga, D.* 1976.I.421; *Dame Catherine Dorléac, dite Deneuve* c. *Soc. d'Éditions Parisiennes Associées, Gaz. Pal.* 1970.2.150; P.A. Molinari, "Le droit de la personne sur son image en droit québécois et français", (1977) 12 R.J.T. 95, 96 à 105.

[19] *Chabert* c. *Dame Germain dite Manouche*, Gaz. Pal. 1975.3.180.

[20] A. Popovici, "L'altération de la personnalité aux yeux du public", [1994] 28 R.J.T. 289, <http://www.droit.umontreal.ca/pub/themis/94vol28n1/POPOVICI.html> M. Michaud, *Le droit au respect de la vie privée dans le contexte médiatique : de Warren et Brandeis à l'inforoute*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1996 à la p. 40.

Or, dans l'affaire *Aubry*, la photo fut prise dans un lieu où une personne raisonnable s'attendrait à être vue et photographiée. De façon constante, il est reconnu que la rue est a priori publique. Raymond Lindon écrit à ce sujet que:

La rue est à tout le monde. A propos d'une prise de vues cinématographique effectuée sur la voie publique, le tribunal de Paix de Narbonne (4 mars 1905, D.P., 1905.2.389) fait état "du droit que chacun possède en principe sur ce qu'il y a dans la rue et sur les scènes qui s'y déroulent". Dans le même sens, le tribunal d'Yvetot (2 mars 1932), Gaz Pal., 1932.1.855) à l'occasion d'un procès intenté par une personne qui s'était reconnue sur une carte postale représentant une scène de la vie agricole, à savoir le marché d'Yvetot, et qui demandait réparation, a jugé que nonobstant "le droit qu'a l'individu d'interdire la reproduction de son image prise dans le privé", ce droit ne joue pas "quand il s'agit de photographies prises sur la voie publique: l'image d'un individu dans la rue se trouve livrée à tous les regards que le dessin ou la photographie ne fait que fixer d'une façon durable, et la représentation, dans ces conditions, des individus par le dessin ou la photographie rentre dans les servitudes normales de la vie en société et ne peut être davantage prohibée que les compte rendus descriptifs par la voie de la presse, de la présence de l'individu dans les mêmes circonstances.[21]

Au surplus, l'image incriminée dans l'arrêt Aubry ne révèle rien qui soit a priori rattachable à la vie privée suivant l'ensemble des critères connus. Outre les traits de la demanderesse, on ne sait rien d'elle. Si cette dimension avait été considérée, on aurait assurément conclu qu'il ne s'agissait pas d'une situation où l'on peut s'attendre à demeurer incognito. Pierre Kaiser constate, après avoir analysé le droit français et le droit de plusieurs pays que la protection des personnes à l'égard de la publication de leur image est limitée à leur vie privée et s'arrête au seuil de la vie publique. Il écrit que:

Cette protection des personnes est limitée à leur vie privée: elle ne s'étend pas à leurs activités publiques. Leur image, dans l'exercice de ces activités, peut être réalisée et publiée sans leur autorisation. On l'explique généralement en disant qu'une personne exerçant une activité publique donne une autorisation tacite à la réalisation et à la publication de son image. Mais cette explication, inspirée par l'influence persistante de la doctrine de l'autonomie de la volonté, n'est pas exacte, car une personne ne peut s'opposer à la réalisation et à la publication de son image dans l'exercice d'une activité publique. La raison véritable est que la protection de la vie privée s'arrête, à raison de sa finalité, au seuil de la vie publique.[22]

[21] R. Lindon, *Les droits de la personnalité*, Paris, Dalloz, 1974, n° 67.

[22] Voir P. Kaiser, *La protection de la vie privée par le droit- Protection du secret de la vie privée*, 3e édition, Paris, Économica, 1995, n° 88.

Voir entre autres Xavier AGOSTINELLI, Le droit a l'information face a la protection civile de la vie privee, Aix-en-Provence, Librairie de l'Universite, 1994, p. 153 et ss. Pour le droit belge, voir Marc ISGOUR et Bernard VINCOTTE, Le droit a l'image, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 97 et ss. Plutot que de se fonder sur ces autorites doctinales et plusieurs autres allant dans le meme sens, la Cour prefere s'en remettre a des ouvrages qui n'ont pas le souci de departager les limites respectives du droit a la vie privee et des autres droits qui viennent le baliser. Il est donc impossible de considerer qu'elle s'est livree a une demarche de ponderation entre le droit a la vie privee et la liberte d'expression.

L'étape liminaire à toute démarche visant à établir si la prise et la diffusion d'une image est fautive est donc d'établir qu'il ne s'agit pas d'une image prise dans le cadre d'une activité publique. Il n'y a rien sur cet aspect dans la décision de la Cour, pas plus que dans les décisions des tribunaux d'instance inférieure. C'est dire l'ampleur du revirement.

Nombreux sont ceux qui croient que lorqu'on se trouve assis sur un marchepied donnant directement sur une rue publique, on est dans une situation ressortant à notre vie publique. Il est difficile de s'attendre à contrôler l'information que nous révélons du fait de cette participation à une activité aussi éminemment sociale que la présence dans un espace public.

Ayant ignoré cette étape essentielle consistant avant tout à déterminer si en l'espèce la demanderesse se trouvait dans une situation relevant de sa vie privée, les juges Bastarache et L'Heureux-Dubé s'y prennent à revers. Ils se demandent, après avoir établi péremptoirement que la diffusion de l'image est en soi fautive, si un motif d'intérêt public ne pourrait pas avoir un effet exonérateur. Avec une pareille démarche, on devine que le fardeau est invariablement sur les épaules de celui qui s'exprime. Il lui faut, à tout coup, démontrer un motif légitime de publier la photo. La liberté d'expression, que l'on croyait être une faculté de poser des gestes qui ne sont pas explicitement interdits, devient une justification qu'on est admis à invoquer uniquement s'il y a un intérêt public. Le droit d'une personne à s'opposer à la diffusion de son image ne s'arrête plus aux confins de sa vie privée: elle prévaut aussi longtemps que l'intérêt public à la publication n'a pas été démontré.

Mais à quelle notion d'intérêt public fait-on référence? Cette partie de la décision est probablement la plus critiquable tant elle dénote une vision étroite de l'intérêt public. Il aurait mieux valu que la Cour s'abstienne d'aborder une telle tentative de définition de l'intérêt public car elle a soulevé plus de questions qu'elle n'a apporté de réponses. D'abord, la Cour définit ainsi la notion d'intérêt public:

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. (par. 58)

Mais tout en reconnaissant que "l'intérêt public ainsi défini est donc déterminant, dans certains cas, "au par. 59, la Cour ajoute que la "pondération" des droits "dépend de la nature de l'information, mais aussi de la situation des intéressés. C'est une question qui est dépendante du contexte." Malheureusement, plutôt que d'aller au bout du raisonnement et s'interroger sur le contexte dans lequel avait été prise la photographie incriminée, la Cour cesse à ce point de traiter du contexte pour passer à une tout autre question. On aborde en effet les balises que connaît la vie privée des personnes exerçant une activité publique, comme si seules les personnes exerçant une activité publique ou celles qui sont projetées au premier plan de l'actualité avaient une vie publique.

Ainsi, le contexte dans lequel fut prise la photo n'est pas pertinent pour déterminer si on est dans une situation qui relève de la vie privée d'une personne, mais uniquement pour savoir s'il présente des circonstances susceptibles d'exonérer d'une atteinte qui est à tout coup commise, même à l'encontre d'une personnalité notoirement publique. À preuve, ce passage de la décision qui est fort révélateur: "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. " (nous italiques) Pour la Cour, il n'est pas question de dire que la vie privée d'une personne exerçant une activité publique est moins étendue que celle des autres personnes, mais plutôt que certains aspects de sa vie privée *peuvent* devenir d'intérêt public. La Cour prétend opérer ici une pondération entre deux droits fondamentaux. En réalité, elle confirme la subordination de la liberté d'expression face à ce droit de veto qu'elle crée au profit des individus.

Tant en droit français qu'en droit québécois, dans les affaires ou le droit à l'image a été reconnu, et la diffusion de l'image sanctionnée, il s'agissait invariablement d'images ayant été prises dans une situation ressortant à la vie privée du sujet ou qui avaient pour conséquence de lui faire subir une altération publique de sa personnalité.

Ainsi, dans les affaires Rachel[23] et Gérard Philippe[24], les médias ont été sanctionnés pour voir publié des images prises dans le cadre de la vie privée des personnes en cause. Dans *Field* c. *United Amusement*, le requérant en injonction alléguait qu'il avait été ridiculisé et qu'on avait atteint son honneur en le filmant en tenue sommaire en compagnie d'une amie à l'occasion du festival pop de Woodstock[25]. Le tribunal reconnaît que le requérant se trouvait dans une situation relevant de sa vie publique.

Au plan de l'altération publique de la personnalité, il s'agit de se demander si la photographie, même prise dans un contexte public, constitue ou non une représentation préjudiciable du sujet. Par exemple, la publication d'une photo représentant des inconnus dans un bar coiffés d'un titre les associant à la prostitution a été jugée fautive.[25a] En France, le critère de la "nécessité de l'information" impose au photo-journaliste de s'interroger afin de savoir si le cliché (ou la scène filmée), illustre de façon appropriée et adéquate l'article ou le reportage[26] à défaut de quoi, il y a faute. Même situation dans *Rebeiro* c. *Shawanigan Chemicals*[27] où le demandeur se plaignait d'être représenté dans une situation qui laissait présumer qu'il était travailleur d'usine alors que tel n'était plus le cas.

---

23 *D.P.* 1858.I.313.

24 *SARL France Editions et publications* c. *Dame Nagaux vve Gérard Philippe*, cass. civ., 12-7-1966, Gaz Pal. 1966. 2 187.

25 *Field* c. *United Amusement*, [1971] C.S. 283.

25a A... c. B..., trib. gr. inst. Seine, 18 mars, 1966. D. 1966. 566.

26 Voir jurisprudence citée dans C. Bigot, "Les exigences de l'information et la protection de la vie privée", (novembre 1995) 126 Légipresse 83-93, 89, notamment T.G.I. Paris, 5-1-1994, J.-Data doc. 040196 et T.G.I. Paris, 17-11-1993, J.-Data doc. 047243.

27 [1973] C.S. 389.

Mais avec la décision *Aubry*, toutes ces nuances, héritées de plusieurs décennies où l'on a eu à coeur de pondérer deux droits fondamentaux, sont balayées. La publication de l'image d'une personne est *a priori* fautive. C'est le consentement du sujet ou l'intérêt public, non la liberté d'expression, qui établissent la frontière entre la diffusion excusable et la diffusion fautive de l'image d'une personne. En dehors des situations où l'on a le consentement du sujet, l'espace d'exercice de la liberté d'expression est limité au champ fort étroit des situations où l'intérêt public peut être démontré à la satisfaction d'un tribunal.

Les dommages

La décision de la Cour suprême, à l'instar de celle de la Cour d'appel, comporte une dissidence sur la question du quantum des dommages. Dans sa décision, le juge Lamer constate que la preuve des dommages n'a pas été faite et rappelle que le droit québécois de la responsabilité exige la preuve d'un préjudice résultant de la faute. Or, un tel préjudice n'a pas été démontré selon le juge Lamer, qui rejoint sur ce point l'analyse du juge Baudouin de la Cour d'appel. Il est vrai que la violation d'un droit n'entraîne pas toujours de dommages. Mais cet aspect de la décision *Aubry* met en lumière l'intensité du lien qui existe entre les préjudices subis et les critères permettant de situer les limites aux droits fondamentaux en matière d'information. Dans le domaine de l'information, tous les droits sont interreliés. Chacun de ceux-ci trouve ses limites dans les impératifs découlant de l'exercice des autres. Ainsi, la liberté de presse trouve ses limites dans les exigences du respect du droit à la vie privée, et inversement.

C'est pourquoi il est si important de délimiter les frontières respectives de ces droits en prenant garde de ne pas donner à l'un de ces droits une extension allant au-delà des impératifs de la protection des intérêts que le droit vise à préserver. La définition du droit à l'image que propose l'arrêt *Aubry* ne tient pas compte de la nécessité de préserver l'équilibre entre les droits fondamentaux. En se mettant à définir le droit à l'image de façon si large qu'il protège même contre des dommages qui demeurent impossibles à identifier, on se retrouve dans une démarche où les caprices des uns et des autres sont élevés au rang d'intérêt protégés par les droits fondamentaux. Ce surcroît de protection ainsi accordé à l'égard de l'image des personnes l'est aux dépens de la liberté d'expression et de la presse.

* * *

La décision *Aubry* opère un revirement dangereux pour l'équilibre entre le droit à la vie privée et la liberté d'expression et de la presse. La méthode qu'elle retient afin d'évaluer si l'image peut être publiée ou non repose sur le postulat de la suprématie du droit à la vie privée par rapport à la liberté d'expression. Les seules limites au droit de veto d'une personne sur la diffusion de son image tiennent à des excuses qui renvoient à l'intérêt public tel que pourront le juger les tribunaux, dont on confirme la prérogative de revoir les décisions éditoriales.

Avec une telle approche, il revient au tribunal chargé de trancher entre les prétentions de la personne photographiée et le média de substituer son appréciation à celle du journaliste ou du créateur quant à l'existence ou non de l'intérêt public. Or, en démocratie, il est dangereux de faire dépendre la liberté d'expression et de la presse d'une appréciation judiciaire sur la question de savoir si l'intérêt public justifiait ou non la diffusion d'une image. Les tribunaux existent pour trancher entre les droits des justiciables venant en conflit, pas pour dicter, a posteriori, ce qu'il est d'intérêt public de publier!

Un raisonnement plus soucieux de préserver le nécessaire équilibre entre la liberté d'expression, et de la presse et la vie privée aurait posé que le droit d'une personne de s'opposer à la diffusion de son image est tributaire de la démonstration que l'image a été prise dans le contexte de sa vie privée. Il aurait été facile de poser les limites entre le droit à l'image et la liberté de presse en identifiant les intérêts qu'il faut protéger lorsqu'on interdit, au nom du droit à la vie privée, de prendre et de diffuser l'image d'une personne. On aurait alors tenu compte que la finalité du droit à la vie privée et à l'image est de protéger la dignité de la personne, de lui assurer une zone d'intimité, afin de la protéger des intrusions et des divulgations qui pourraient nuire à la protection de sa dignité. Le droit à la vie privée n'a jamais été envisagé comme procurant aux individus un droit de veto contre les inconvénients normaux de la vie en société. Avec l'arrêt *Aubry*, la protection du droit à l'image est si étendue que le droit protégé n'est plus celui du sujet à sa vie privée mais à ses caprices.