

L'oubli en tant que droit et obligation dans les systèmes juridiques civilistes

L'oubli s'oppose à la mémoire. Mais Catherine Costaz observe que l'oubli et la mémoire procèdent des mêmes postulats¹. La mémoire individuelle et la mémoire collective sont parmi les facteurs permettant l'évolution des connaissances. C'est pourquoi la question du dosage optimal entre le devoir de mémoire et l'obligation d'oublier interpelle plusieurs champs du savoir.

L'un des angles d'approche du questionnement relatif au devoir de mémoire et l'obligation d'oubli est fourni par le droit. Au nombre des questions que se pose le juriste au regard de l'oubli, il y a celle de savoir si et dans quelle mesure, l'oubli peut devenir un droit et une obligation. Est-il possible d'obliger les sujets de droit à oublier ? Est-il possible d'exiger des autres qu'ils oublient des faits qui nous concernent ? À quelles conditions ?

Dans les systèmes juridiques d'inspiration civiliste, l'oubli se présente comme un droit indirect. Il découle du droit à la vie privée ou même du droit à la réputation. L'oubli présuppose une information ayant déjà circulé dans un espace collectif. L'oubli a pour objet de l'information qui n'est pas secrète, qui a déjà été portée à la connaissance d'une ou de plusieurs personnes.

À l'égard d'une personne, un droit ne se conçoit pas sans l'existence d'une obligation imposée aux autres. La violation de l'obligation d'oubli suppose d'identifier un devoir d'oublier. Pour que l'on puisse parler d'un « droit à l'oubli », il faut rechercher les règles ou principes juridiques tendant à obliger à l'oubli.

Dans le droit civil d'inspiration française, la notion de faute a constitué le vecteur par lequel fut déduit une obligation d'oublier. Lorsque le rappel d'une information est jugé fautif, celui qui s'y livre sera tenu d'indemniser le personne qui en a subi un préjudice. Ainsi, au Québec, l'article 1457 du Code civil énonce ainsi le principe de la responsabilité pour faute :

« Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde. »

En s'appuyant sur ce principe à caractère universel, les tribunaux ont considéré qu'en certaines circonstances, on peut commettre une faute de violation d'oubli. De ce constat, certains auteurs

¹ Catherine COSTAZ, « Le droit à l'oubli », *Gazette du palais*, 26 et 27 juillet 1995, p. 2 ; Voir aussi Roseline LETTERON, « Le droit à l'oubli », *Revue de droit public*, 1996, 385 ; François PETIT, « La mémoire en droit privé », *Revue de la recherche juridique*, 1997-1, 17.

ont déduit l'existence d'un droit à l'oubli. Ainsi, le rappel d'évènements survenus dans le passé a été jugé fautif lorsqu'il y a absence de démonstration d'un intérêt public de la part de la personne qui a fait la divulgation. Les exemples suivants sont tirés de la jurisprudence québécoise mais les mêmes tendances s'observent en droit français².

Ainsi, dès 1889, la Cour supérieure du Québec a reconnu un droit à l'oubli à Odilon Goyette. Le juge a estimé que le journal *Le Violon* avait eu tort de faire revivre certaines «accusations depuis longtemps oubliées» concernant Goyette. Cette décision fut confirmée par la Cour de révision³. Plus récemment, dans l'affaire *Lévesque*⁴, la Cour Supérieure a dû trancher sur une revendication du droit à l'oubli. Le requérant, Lévesque, poursuivait le *Journal de Québec* pour avoir rappelé le crime qu'il avait commis deux ans auparavant dans une «piquerie» de la ville de Montréal. Lévesque avait alors été impliqué dans une bagarre liée à la guerre des motards, suite à laquelle un homme avait trouvé la mort. La juge Dutil arrive à la conclusion que le *Journal* n'avait pas commis de faute étant donné que l'information dévoilée était accessible au public. De plus, puisque l'objet de l'article portait sur l'incendie de la «piquerie» où Lévesque avait jadis commis son crime, l'information divulguée demeurait d'intérêt public.

Dans une affaire semblable⁵, Gilbert Ouellet a poursuivi le journal *Photo-Police* pour avoir publié un article relatant le crime commis par sa défunte épouse dix ans auparavant. Cette dernière avait tué leurs quatre enfants pour ensuite s'enlever la vie. Le juge de la Cour du Québec a conclu que l'article publié était «sensationaliste» et qu'il ne pouvait être justifié par l'intérêt du public à l'information. Dans une autre affaire de la Cour du Québec⁶, le juge Barbe rappelle qu'il est difficile pour celui qui participe à des «activités publiques de nature politique» d'invoquer un droit à l'oubli. Se référant aux propos de la juge Piché dans *Szabo c. Morissette*⁷, le juge de la Cour du Québec mentionne que «celui qui est à l'origine de l'histoire ne peut blâmer d'autres que lui-même s'il n'a pas aimé qu'on parle de lui».

La faute de violation de l'oubli découle de la diffusion d'une information autrefois connue mais en conférant à celle-ci une portée temporelle et spatiale différente de celle découlant de la diffusion initiale.

Ce qui est jugé fautif et sanctionné est la redivulgation considérée injustifiable dans le contexte où elle se produit. À ce titre, la légitimité juridique de la prétention à l'oubli se structure par l'appréciation du contexte de la diffusion de l'information. L'oubli est donc un droit pour la personne concernée lorsqu'il est jugé déraisonnable de diffuser l'information. Alors, la diffusion est jugée fautive, c'est à dire qui n'aurait pas été faite par une personne raisonnable oeuvrant dans des circonstances analogues. Le contexte dans lequel s'effectue la diffusion est un facteur très important dans ce processus de détermination de son caractère fautif

² Voir André BERTRAND' Droit à la vie privée et droit à l'image, Pais, Litec, 1999, no.85.

³ *Goyette c. Rodier* (1889) 20 R.L. 108,110 (C. Rév)

⁴ *Lévesque c. Communications Quebecor inc.* (C.S., 1999-06-21), SOQUIJ AZ-99021730, J.E. 99-1527, [1999] R.R.A.

681 ⁵ *Ouellet c. Pigeon*, REJB 1997-03106, 1997 (C.Q.)

⁶ *Mathieu c. Presse Itée (La)*, (C.Q., 1998-11-24), SOQUIJ AZ-99036093, B.E. 99BE-169

⁷ (1993) R.R.A. 554, J.E. 93-1385 (C.S.)

La portée du droit à l'oubli est ainsi fonction de la détermination de l'intérêt public à la divulgation. On va se demander à quelle fin et pour servir quels intérêts fait-on la redivulgation. On postule que la seule existence d'une information n'est pas en soi suffisant pour en rendre la diffusion licite. C'est dire l'importance que prennent les processus de détermination de ce qui est tenu pour correspondre à l'intérêt public. De ces processus, découle l'ampleur qui sera donnée au droit à l'oubli et au droit de redivulguer.

L'intérêt public est parfois déterminé *a priori* par le législateur, lorsqu'il procède lui-même aux délimitations des différents droits et valeurs contradictoires. On va alors prendre pour avéré que les limites alors faites aux droits trouvent leur justification dans le souci d'harmoniser les intérêts particuliers des sujets avec l'intérêt public. L'intérêt public est alors un principe fondateur de droits et des obligations énoncés dans les textes. Derrière tout corpus de règles, se profilent des principes, valeurs et intérêts qui sous-tendent ces règles. La loi- expression de la volonté générale apparaît comme le principal véhicule de ces règles et principes qui les sous-tendent et les justifient. Postulée par l'interprète, la notion d'intérêt public servira de fil conducteur, de principe explicatif, des solutions retenues par le législateur ou même le constituant. L'interprète va parfois se sentir obligé de s'appuyer sur l'intérêt public afin de dégager le sens d'autres notions floues ou a contenu variable.

Très souvent, la loi est le résultat d'une décision conciliatrice des différents intérêts et valeurs. Ainsi, les lois sur les archives prévoient des délais de redivulgation afin de ménager un équilibre entre d'une part le droit à l'oubli des personnes et les impératifs de la recherche historique⁸.

Mais il y a des situations dans lesquelles, le degré de consensus semble insuffisant pour que la loi puisse affirmer un régime juridique qui fait prévaloir l'intérêt public sur les intérêts particuliers ou assure directement la prééminence du droit à l'oubli sur les impératifs de divulgation. Alors, l'intérêt public est affirmé sous la forme d'incantation. Il demeure au stade d'une affirmation solennelle dans les textes de loi et son interprétation devient de ce fait un enjeu. Le principe connaîtra sa détermination ailleurs que dans l'énoncé législatif des droits et obligations des personnes. Alors l'intérêt public se présente comme une notion dont la teneur et le sens restent à être déterminés par l'interprète et généralement au fil des applications concrètes que pourra connaître la règle de droit. C'est pourquoi la notion devient un enjeu.

La notion d'intérêt public, qu'elle soit inscrite dans une loi ou déduite de celle-ci prescrit à l'interprète de soupeser les intérêts en présence, de départager les valeurs et enjeux et de tracer les limites concrètes aux différents droits fondamentaux qui viennent en contradiction. Elle prend l'allure, non pas d'un droit susceptible de produire, en lui-même des prérogatives mais comme un outil du juriste, un cadre de référence afin d'aider à résoudre une contradiction découlant de l'affirmation conflictuelle d'un droit à faire circuler une information et un droit de s'opposer à une telle circulation.

Les standards juridiques commandent à l'interprète de s'enquérir de ce qui est acceptable dans le contexte dans lequel la décision va s'appliquer. Le standard est défini par Roscoe Pound comme

⁸ Nathalie MALLET-POUJOL, « Vie privée et droit à l'image : les franchises de l'histoire », *Légicom*, 1994/4, no. 20, 51, p. 52.

étant « une mesure moyenne de conduite sociale correcte »⁹. De son côté Chaïm Perelman écrit qu'il s'agit de « critères fondés sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société du moment où les faits doivent être appréciés.»¹⁰ Un standard est une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé.¹¹

En tant que standard, la notion d'intérêt public possède une pluralité de sens. Ces sens sont établis dans le cadre de processus multiples allant des forums judiciaires et forums professionnels jusqu'aux forums plus diffus que sont le sens commun et les réflexes déontologiques. Chacune des significations qui sont données à la notion peut revendiquer une certaine part de légitimité. C'est pourquoi elle devient le siège des enjeux opposant les divers groupes d'intérêt dans la société civile. Il est rare que les définitions qui sont données de la notion fassent l'unanimité. Lorsqu'une telle unanimité existe, il devient souvent plus aisé d'exprimer a priori et de manière plus détaillée, les différents droits et obligations des acteurs de même que leurs limites respectives. Mais lorsque l'unanimité n'existe pas, il est plus aisé d'énoncer une règle en renvoyant l'interprète à l'appréciation de l'intérêt public. Cela suppose le recours à un standard qui guidera les décideurs dans leur mission d'arbitrage. On déterminera alors le sens de la notion d'intérêt public au fil des situations concrètes¹².

La proclamation de libertés contradictoires (liberté d'expression, vie privée) a lieu dans un système global: le système juridique. Détaché de ce système, les libertés comme les règles n'ont pas de sens obligatoire. C'est pourquoi la détermination, dans le concret du sens que prendra l'intérêt public est un enjeu. Cet enjeu oppose les divers groupes d'intérêt qui, de manière diverse ont avantage à voir prévaloir une signification plutôt qu'une autre.

La notion d'intérêt public a beau connaître son sens immédiatement obligatoire dans le système juridique, d'autres systèmes, ayant des traits communs mais aussi des différences avec le système juridique, contribuent à dégager le sens des règles et des droits. Le sens de la notion résulte de l'action conjuguée de la pluralité des systèmes normatifs agissant dans l'environnement social. Il résulte d'arbitrages, parfois provisoires, parfois plus ou moins permanents (ou possédant une plus grande pérennité) ou ayant vocation à une plus grande permanence entre les diverses conceptions de l'intérêt public qui coexistent dans les sociétés pluralistes.

On peut, avec Philippe Jestaz¹³ parler des systèmes denses tel le système politique, les institutions politiques et juridiques, les moeurs, les usages et même le juge... Dans ces cadres, il existe une communauté d'interprétation au sein de laquelle se dégage le sens des droits et libertés. C'est dans ces communautés que sont générés les repères permettant de résoudre les contradictions. Le rôle du savoir juridique paraît ici déterminant. Le rôle de la culture des juristes, ces évidences qui

⁹ Roscoe POUND, « Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law, » [1933] *Tulane L. R.*, 475, p. 482.

¹⁰ Chaïm PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse, dans Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1984, 363 à la p.368.

¹¹ André-Jean ARNAUD (Dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e ed., Paris, LGDJ, 1993, p.581.

¹² Pierre TRUDEL, « L'intérêt public en droit français et québécois de la communication », dans Emmanuel DERIEUX et Pierre TRUDEL, *L'intérêt public, principe du droit de la communication*, Paris, Éditions Victoire, 1996, 179-189.

¹³ Philippe JESTAZ, *Le droit*, 2^e édition, Paris, Dalloz, p. 25 et ss.

semblent tellement aller de soi que personne ne s'aventure à les remettre en question...sont ici déterminants.

Le sens de la notion d'intérêt public se définit aussi dans les systèmes diffus: la morale, l'idéologie, les croyances communes ou communément admises, les représentations et fantasmes plus ou moins répandus dans la société civile. Bref le sens commun de l'époque, la moralité qui se décèle du corps social dans son entier. Aucune source du droit, même la législation, ne saurait agir de façon définitive sur l'émergence des conceptions et des façons de voir qui se combinent, se confrontent et se recombinent de façon spontanée. Le raffinement des raisonnements, des concepts et des conceptions qui participent à la détermination de ce que le public a le droit ou un intérêt légitime à connaître passe par le maintien d'un milieu vivace au sein duquel peuvent se confronter les diverses conceptions

Ainsi envisagé, l'oubli dans les systèmes civilistes se présente comme un droit de l'individu d'exercer un contrôle à l'égard d'informations déjà existantes portant sur un événement passé. Il ne peut avoir une portée universelle. Son étendue et sa consistance découlent forcément d'un constat à l'égard de l'existence d'un intérêt public à la redivulcation de l'information. L'oubli est une obligation et un droit dans la mesure où l'information visée porte sur une personne, que l'information ne répond pas à l'intérêt public.

Pierre Trudel, professeur
CRDP
Université de Montréal
C.P. 6128, downtown Branch
Montréal QC Canada H3C 3J7
telephone: (514) 343-6263
fax: (514)343-7508

www.pierretrudel.net