

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

Pierre TRUDEL*

Liberté de la presse et droit à la vie privée sont deux composantes des libertés et de la dignité humaine. L'une et l'autre sont nécessaires à l'existence d'un état de liberté et de dignité. L'une et l'autre sont même inhérentes à l'existence d'une société régie par le droit.

Tant la liberté de la presse que le droit à la vie privée sont affirmés d'une façon déclamatoire comme s'il n'y avait jamais de situations où il devient nécessaire d'en délimiter la portée. Comme ces principes ont valeur de règles, ils ont forcément un caractère général renforcé par la solennité des proclamations dont ils sont généralement l'objet.

Mais pourtant, l'on sait qu'il faut délimiter le champ et la portée des libertés fondamentales. Comme ces libertés sont posées à titre de règle générale, l'intervention étatique faisant figure d'exception à la liberté proclamée, l'on répugne généralement à opérer les délimitations du champ et de la portée de la liberté au niveau de la formulation. Que resterait-il en effet de la liberté d'expression si sa proclamation s'accompagnait d'une liste de situations où elle cesse de

* Cette étude s'inscrit dans le cadre d'un projet de recherche sur les droits fondamentaux de l'information menée au Centre de recherche en droit public. Le projet a reçu l'appui du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

s'appliquer? Le même malaise survient à propos du droit à la vie privée.

En premier lieu, il sera fait état de la manière dont ont été déterminés, au Québec, la portée et le sens du droit à la vie privée et ses limites résultant de l'intérêt public. Nous constaterons que la détermination du sens d'un droit ne peut être décidée une fois pour toute ou avec la précision d'une équation algébrique. C'est l'objet de la deuxième partie du texte. Dans la troisième partie, nous montrerons de quelle façon le droit finit par déterminer la teneur des notions floues et à contenu indéterminé puisque les droits fondamentaux sont souvent proclamés de façon vague dans les textes de loi et les constitutions. En terminant, nous situerons la place de l'éthique et de l'autoréglementation dans l'articulation du droit à la vie privée et de la liberté de presse.

1. LA DÉTERMINATION DU SENS DU DROIT À LA VIE PRIVÉE, DE LA LIBERTÉ DE PRESSE ET DU DROIT DU PUBLIC À L'INFORMATION

Les droits mis en cause dans la circulation de l'information ont tous un caractère inter-relié. Lorsqu'il faut résoudre une ou plusieurs contradictions entre les droits fondamentaux comme la liberté d'expression et le droit à la vie privée, il est nécessaire d'identifier la nature et les limites de chacun des droits et des libertés en cause; il faut se livrer ensuite à une démarche de structuration des limites respectives des droits en cause afin de les harmoniser.

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

Il est difficile de déterminer avec précision la limite séparatrice de la vie privée et des activités publiques mais une telle délimitation est possible si l'on est prêt à admettre son caractère nécessairement relatif. C'est en ayant recours à des

facteurs de structuration entre la vie privée et les autres valeurs qu'ils doivent protéger que les tribunaux, et tous ceux qui participent aux réflexions sur le sens et la portée des droits fondamentaux, parviennent à identifier cette limite séparatrice.

Les tribunaux font naturellement cette démarche, c'est le lieu ultime où cette démarche se manifesterá. La question est alors celle de déterminer le rôle des autres lieux de détermination des normes, des autres instances vouées à l'articulation des valeurs et des droits mis en contradiction à l'occasion de la circulation de l'information.

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

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

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

précisément de la présence de droits semblables appartenant aux autres individus.¹

Le juge Albert Mayrand proposait une analyse similaire dans *Dubois c. Société St-Jean Baptiste*² lorsqu'il écrivait qu'entre le droit à l'honneur et à la réputation et la liberté d'expression, il n'y a aucune contradiction «car les droits de la personne sont relatifs; ils trouvent tous leurs limites dans les droits d'autrui».

Pierre Kaiser a constaté que le droit au respect de la vie privée trouve ses limites dans ce qu'il appelle les nécessités de l'information du public³. Il a déjà été montré que le droit à l'information est l'un de ces facteurs de structuration⁴.

L'analyse des principales décisions judiciaires canadiennes dans lesquelles les tribunaux se sont livrés à cet exercice permet d'identifier le droit du public à l'information comme étant l'un des standards utilisé afin de déterminer, à l'occasion d'un conflit, les limites spécifiques de la liberté d'expression et les droits qui viennent en limiter l'exercice, tel le droit à la vie privée et à la réputation. Appelés à déterminer les frontières de la liberté d'expression et celles d'autres droits comme le droit à l'honneur, à la réputation ou à la vie privée, les tribunaux font appel à ce qui leur paraît aller dans le sens des intérêts du public. Le droit du public à l'information compris comme référant à l'intérêt du public à être informé a constitué un facteur de structuration des limites à la liberté d'expression.

¹ André NADEAU et Richard NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1971, p. 228 cité par l'honorable juge Pierre Bergeron dans *Gingras c. Entreprises Télécapitale Ltée – Division C.H.R.C.*, J.E. 85-620.

² (1983) C.A. 247 renversant la décision de première instance *Dubois c. Société Saint-Jean-Baptiste* [1982] C.S. 190. Dans cette décision, le juge Mayrand est dissident mais les principes qu'il met de l'avant ne sont pas contestés par les juges de la majorité.

³ Pierre KAISER, *La protection de la vie privée*, Paris et Aix, Économica et Presse universitaires d'Aix-Marseille, 1984, n° 133.

⁴ Pierre TRUDEL, Jacques BOUCHER, René PIOTTE, Jean-Maurice BRISSON, *Le droit à l'information*, Montréal, P.U.M., 1981, pp. 217 et suiv.

Au nombre des limites intrinsèquement comprises dans la notion de vie privée, il y a donc celles découlant des «nécessités de l'information du public». En raison de la nature de leur participation aux activités de la société, les informations relatives à certains aspects de la vie de certains individus n'entrent pas d'emblée dans le domaine de leur vie privée, le public ayant un intérêt légitime à en être informés⁵.

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

Comment expliquer la licéité des investigations et des divulgations relatives aux activités publiques et leur illicéité quand elles ont trait à la vie privée? Les premières ressortissent du domaine de la liberté de l'information parce que le public a un intérêt légitime à les connaître.⁶

L'intérêt du public à être informé devient alors une notion de référence aidant à déterminer, dans le contexte judiciaire, si le comportement attaqué va au-delà de ce que permet chacun des droits se trouvant invoqués au soutien des prétentions de

⁵ Pierre KAYSER, *op.cit.*, note 3, pp. 143 et suiv. Cet auteur passe en revue les justifications avancées afin d'identifier les frontières entre les activités publiques d'une personne et celles ressortissant à sa vie privée. Il rejette la doctrine suivant laquelle les personnes qui ont des activités publiques renonceraient en quelque sorte à leur droit à la vie privée. Une telle façon d'analyser la distinction entre activités publiques et activités privées ne tient pas car si c'est un consentement qui explique que certaines divulgations peuvent être faites impunément, un tel consentement pourrait être retiré ou explicitement refusé. Or, la jurisprudence et la doctrine n'admettent pas qu'une personne se livrant à des activités publiques puisse valablement s'opposer à des divulgations sur des aspects de ses activités reliées à sa vie publique.

⁶ Pierre KAYSER, *op.cit.*, note 3, p. 145

l'une et l'autre partie⁷. Ainsi, les droits à la réputation et à la vie privée d'une personne vont trouver leurs limites dans l'intérêt que le public a de prendre connaissance de certains aspects de sa personnalité afin, par exemple, de juger s'il y a lieu de continuer de lui accorder sa confiance⁸. La liberté d'expression sert d'ailleurs de fondement à ces limites nécessaires au droit à la vie privée.

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

Mais c'est surtout en fonction des personnes que la distinction varie le plus. Ainsi, les candidats à une fonction électorale ou les personnes exerçant une activité publique ou jouissant de la notoriété voient se restreindre le domaine de leur vie privée. Il en va de même pour les justiciables. Kayser⁹ reconnaît que c'est assurément à leur égard que l'abaissement du mur de la vie privée soulève le plus de difficultés.

⁷ Voir en général : Pierre TRUDEL, «Liberté d'information et droit du public à l'information», dans Alain PRUJINER et Florian SAUVAGEAU (dir.), *Qu'est-ce que la liberté de presse?*, Montréal, Boréal, p.174, p. 180; Pierre TRUDEL, *Droit de l'information et de la communication, Notes et documents*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, pp. 13 et suiv.

⁸ Voir à ce sujet la décision *Ené c. Le Soleil*, (1978) C. de D. 257, [1976] C.S. 1801. La référence à l'intérêt public pour délimiter le droit d'une personne à s'opposer à la diffusion de son image est aussi faite dans *Field c. United Amusement Corp.*, (1971) C.S. 283.

⁹ Pierre KAYSER, *op.cit.*, note 3, p. 174

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

À l'inverse, une règle de droit qui empêcherait la divulgation d'informations qui permettent au public de s'assurer que les institutions fonctionnent en conformité des lois et des principes démocratiques, serait une limite injustifiable à la liberté d'expression¹⁰.

Ce principe est reconnu depuis longtemps au Canada. Ainsi dans l'arrêt *P.-G. Nouvelle Écosse c. MacIntyre*¹¹, la Cour suprême, par la plume du juge Dickson, a rappelé les fondements sur lesquels repose le caractère public de la justice de même que la supériorité de ce principe à l'égard de valeurs comme la vie privée des personnes impliquées dans les procédures. Le juge Dickson écrit en effet que :

*Je prends d'abord l'argument relatif à la vie privée. Ce n'est pas la première fois qu'on soulève cet argument devant les tribunaux. On a maintes fois soutenu que le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos. Il est aujourd'hui bien établi cependant que le secret est l'exception et que la publicité est la règle. Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu'on exclut le public des procédures judiciaires.*¹²

Plus loin, le juge Dickson ajoute que :

¹⁰ Voir *Re Edmonton Journal et P.G. Alberta*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

¹¹ *P.-G. Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175.

¹² *Id.*, 185.

À mon avis, restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance. C'est notamment le cas de la protection de l'innocent.¹³

Les informations auxquelles le public doit pouvoir accéder sont celles qui, compte tenu des circonstances, sont nécessaires pour assurer que le fonctionnement du système judiciaire demeure soumis à la surveillance et la critique de l'opinion publique. Ces informations contribuent à garantir que les tribunaux fonctionnent dans le cadre des principes établis par le droit, qu'il n'y a pas de justiciables qui, en raison de leur position sociale ou de certains traits de leur personnalité, subissent un traitement privilégié ou défavorable. Par contraste, des détails intimes qui ne contribuent pas à apprécier le fonctionnement du système judiciaire n'ont pas à être révélés uniquement pour satisfaire les appétits de voyeurisme de certains médias.

La tendance que montre la Cour suprême canadienne à reconnaître une place à la vie privée au nombre des droits constitutionnellement protégés laisse conclure que les tests américains développés afin de départager les intérêts de la vie privée des justiciables et ceux liés à la liberté de presse¹⁴ ne seront pas reçus ici. Des décisions fondées sur des règles de droit permettant de prononcer des ordonnances de non-publication, ne seraient raisonnables et justifiables que dans la mesure où elles visent à protéger la confidentialité d'informations répondant à ces critères.

Les frontières entre vie privée et liberté d'expression ne sont jamais définies une fois pour toutes. Elles ont un caractère essentiellement variable et sont marquées par les contextes. C'est un processus qui évolue par essais et erreurs et suivant les variations dans l'importance relative que l'on attache à certaines valeurs suivant les époques. C'est un processus qui n'est pas linéaire et ne se réduit pas à des équations simplificatrices.

¹³ *Id.*, 186 et 187.

¹⁴ Sur ces questions, voir Irwin KRAMER, «The Full-Court Press : Sacrificing Vital Privacy Interest on the Altar of First Amendment Rhetoric», [1989] 8 *Cardozo Arts & Entertainment L.R.*, 113.

C'est pourquoi la détermination du sens des droits et libertés ne peut jamais être définitive.

2. LA DÉTERMINATION DU SENS DES DROITS ET LIBERTÉS N'EST JAMAIS DÉFINITIVE

Christian Atias, un auteur qui a réfléchi sur la manière dont le savoir juridique influe sur le droit effectivement appliqué, écrit que :

Parce que la controverse juridique est, par nature, interminable, il n'est jamais vrai que tout à été dit et écrit sur un sujet quelconque. Même le Code civil n'a pas éteint toutes les controverses; ce sont seulement ses interprètes de la fin du XIXe siècle et du début du XXe qui ont cru pouvoir se dispenser de les poursuivre. Dans le savoir juridique, il y a toujours de multiples positions disponibles pour être respectées plus ou moins directement dans la recherche d'une solution juste ou pour être mises en réserve dans la mémoire collective de la communauté sous la forme d'un principe ou d'une théorie.¹⁵

La proclamation de libertés contradictoires (liberté d'expression — liberté de la vie privée) a lieu dans un système plus global : le système juridique. Détaché de ce système, les libertés comme les règles n'ont pas de sens obligatoire.

Mais les libertés et les droits ont beau connaître leur sens immédiatement obligatoire dans le système juridique, d'autres systèmes, ayant divers traits communs avec le système juridique, contribuent à dégager le sens des règles et des droits.

On peut parler de systèmes denses, le système politique, les institutions politiques et juridiques, les moeurs, les usages... le juge. Dans ce cadre, il existe une communauté d'interprétation au sein de laquelle se dégage le sens des droits et libertés, qui génère les repères permettant de résoudre les contradictions.

¹⁵ Christian ATIAS, *Savoir des juges et savoir des juristes — Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990, p. 105.

Le sens des droits fondamentaux se définit aussi dans les systèmes diffus, la morale, l'idéologie, les croyances communes ou communément admises. Aucune source du droit, et la législation pas plus que les autres, ne saurait agir de façon définitive sur l'émergence des conceptions et des façons de voir qui se combinent et se recombinent de façon spontanée. Ainsi, le raffinement des raisonnements et des concepts passe par le maintien d'un milieu vivace au sein duquel peuvent se confronter les diverses conceptions et systèmes de valeurs. Atias écrit à cet égard que :

La seule voie qui puisse être empruntée pour améliorer le savoir juridique est celle de la confiance dans la controverse juridique et dans la relative incertitude qu'elle maintient; il faut renoncer au mythe de la certitude juridique, du droit fournisseur de sécurité. Seule une argumentation pro et contra systématique peut révéler les différentes significations des mots et éviter aux juristes d'être les jouets d'un vocabulaire particulièrement complexe.¹⁶

C'est à tort que l'on postule que la clarté des notions et des textes de loi est de nature à prévenir la multiplication des controverses et des litiges. Le volume du contentieux est parfois très élevé dans les domaines caractérisés par des textes clairs et précis comme en droit fiscal ou inexistant malgré l'imprécision des textes comme dans certaines matières régies par des lois très générales et archi-imprécises comme la *Loi sur la radiodiffusion*¹⁷. Il n'y a donc pas de garantie qu'un texte clair, à supposer qu'on parvienne à en formuler un, constitue une garantie à l'encontre de la multiplication des litiges. L'observation de ce qui se passe quotidiennement démontre cela à l'évidence. Ce qui est plus difficile à expliquer, c'est cette obsession pour la recherche du texte «clair» qui a cours en certains milieux!

¹⁶ Christian ATIAS, *op.cit.*, note 15, p. 110.

¹⁷ Voir Pierre TRUDEL, «La programmation de haute qualité : Repères sur le rôle des standards dans la réglementation canadienne de l'audiovisuel», [1988] 4 *R.R.J.*, 989-1018.

Les arbitrages et les articulations entre les droits fondamentaux se manifestent aussi bien au niveau des systèmes diffus que dans les systèmes denses. Ils se présentent dans la déontologie et se cristallisent dans le droit par le truchement des décisions des juges. Tous ces systèmes contribuent, à leur façon, à la détermination du sens des droits et des libertés. Pour assurer que le sens donné aux notions de vie privée et de liberté d'expression reflète bien les valeurs sous-jacentes à l'un et l'autre des droits et libertés en cause, il importe de maintenir un équilibre entre les différents lieux de recherche et de détermination du sens de la notion de vie privée et liberté d'expression.

En partant de ces constats, il devient plus facile de voir quelle est la place respective du droit, des tribunaux, de la déontologie, des commissions administratives et des associations professionnelles.

3. LA DÉTERMINATION DE CE QUI EST NÉCESSAIRE À L'INFORMATION DU PUBLIC

Mais comment se définissent des notions comme celles des nécessités de l'information du public? Comment se dégagent les standards de bonne conduite, de ce que le public devrait savoir, de ce qui devrait demeurer dans le domaine de l'intimité?

C'est dans les divers ordres normatifs et les divers milieux définissant les pratiques et les normes de conduite dans les champs de pratique professionnelle impliqués dans le traitement de l'information que se développent les valeurs et les standards aidant à délimiter les frontières respectives de la vie privée et de la liberté de presse. Mais le système judiciaire est le seul à se caractériser par l'existence d'un juge ayant l'obligation de décider des situations conflictuelles qui lui sont présentées.

Ainsi, le système juridique est informé par les autres lieux d'élaboration des normes dans la société mais le juge finit toujours par être appelé à trancher les controverses dans lesquelles les intérêts sont inconciliables, et ce, malgré qu'on ait tenté de mettre au point toutes sortes de mécanismes pour éviter, dans toute la mesure du possible, l'intervention judiciaire. C'est pourquoi il faut aborder avec précaution certaines mythologies construites autour de la «judiciarisation»

ou de la soi-disant «déjudiciarisation» dans le domaine des droits fondamentaux.

3.1 Le mirage de la judiciarisation et de la déjudiciarisation

Tout le monde rêve d'un univers exempt de conflits, dans lequel tous s'entendent ou visent à s'entendre pour vivre dans l'harmonie. Cet idéal a sans doute pu inspirer des initiatives intéressantes. Devant l'émergence d'un contentieux de la délimitation entre les limites et impératifs du droit à la vie privée et ceux de la liberté d'expression apparaît la tentation de considérer les modes alternatifs de résolution des conflits comme une solution utile pour opérer les nécessaires délimitations entre les valeurs en cause. C'est oublier le rôle essentiel de la dialectique du conflit dans le processus de délimitation des droits et libertés.

Lorsque les intérêts sont en conflit et que les parties sont conscientes de leurs droits, il n'y a pas beaucoup de place pour la médiation. Ce qu'il faut rechercher pour résoudre le conflit est un arbitre qui pourra trancher en dégageant les limites respectives de l'un et l'autre des droits qui sont en cause. Dès lors qu'il faut délimiter, dans une espèce concrète, où s'arrête le droit à la vie privée ou la liberté d'expression, on sort du domaine du «médiatisable», il devient essentiel de trancher.

Le recours à ces soi-disant modes alternatifs de résolution des conflits procède généralement d'un rejet de la valeur du conflit comme véhicule porteur de changement et d'évolution¹⁸. Boisvert et Benyekhlef critiquent ainsi l'approche sous-jacente à l'idéologie des tenants des «modes alternatifs de résolution des conflits» :

Appréhender le conflit comme le font les tenants des modes alternatifs de résolution des litiges, est non seulement réducteur, mais présente le dangereux effet d'assimiler l'individu qui use légitimement des

¹⁸ Anne-Marie BOISVERT et Karim BENYEKHFLEF, *Les modes alternatifs de résolution des litiges en droit criminel : considérations critiques*, présenté au Congrès de l'Association canadienne des professeurs de droit, Victoria, juin 1990, p. 6.

mécanismes judiciaires pour assurer la sanction d'un droit, à un radical qui dérange le paisible ordre social. [...] Le consensus est présenté comme une valeur prééminente à laquelle on ne saurait déroger sous peine d'ostracisme idéologique. On devient dès lors astreint à poncer les aspérités de nos valeurs qui auraient le malheur d'entrer peu ou prou en contradiction avec les valeurs consensuelles consacrées. Ces valeurs consensuelles sont en fait celles d'une majorité. On assiste à une uniformisation idéologique. Celle-ci se travestit sous les dehors de termes séduisants et rassurants, d'où est évacuée toute notion de confrontation, comme la conciliation, la médiation, l'harmonie, la prise en compte des idiosyncrasies et des particularités contextuelles des parties etc.¹⁹

Cette idéologie de l'harmonie s'accompagne de tout un discours sur les mérites de la solution négociée. On fait état de la surcharge de l'appareil judiciaire, des délais trop longs.

La détermination des limites respectives des droits et des libertés présuppose des arbitrages, des jugements de valeurs, sur les situations dans lesquelles se manifestent les confrontations. S'imaginer que de tels arbitrages émergeront de processus de nature consensuelle procède d'une certaine naïveté. Ce qu'on ajoute au droit à la vie privée, on l'enlève à des droits et libertés qui viennent en concurrence avec ce droit, comme la liberté d'expression.

C'est plutôt en encourageant des réflexions continues sur les choix et les valeurs afférentes à la circulation de l'information que l'on accroîtra les chances d'une délimitation plus respectueuse de chacun des droits et libertés en cause. À cet égard, l'éthique et l'autoréglementation jouent un rôle irremplaçable car ils supposent de reconnaître les responsabilités de tous ceux qui interviennent dans les processus de circulation de l'information.

Il est essentiel de responsabiliser ceux qui ont, en première ligne, à effectuer les choix et les arbitrages. Ces arbitrages

¹⁹ Anne-Marie BOISVERT et Karim BENYEKHFLEF, *op.cit.*, note 18, p. 6.

doivent en effet être effectués en tenant compte des préceptes dégagés par les tribunaux et des standards énoncés dans les textes constitutionnels ou dans les lois. C'est dire l'importance des standards et des notions floues dans tout ce processus.

3.2. Le rôle majeur des standards et des notions floues dans la détermination du sens des droits fondamentaux

Les standards et les notions floues ont mauvaise presse. On les présente souvent comme des infirmités du droit. Il est fréquent d'entendre dire que si les lois étaient bien faites, elles ne laisseraient place à aucune notion floue.

La croyance suivant laquelle les lois devraient avoir la précision des équations algébriques est très répandue dans la société. Pour certains, le culte de la précision atteint un degré tel qu'ils vont conclure à l'existence d'un problème dès lors que le sens des mots dans un texte de loi est susceptible d'interprétation!

Il est encore plus bizarre d'observer que plusieurs juristes, ceux-là même qui gagnent leur vie à interpréter les textes de loi, soient souvent les premiers à se plaindre que les lois comportent des notions floues ou des notions à contenu variable.

Pourtant, les notions floues et les notions à contenu variable ne sont pas une pathologie du droit. La recherche fondamentale sur le langage et le raisonnement juridique menée surtout à la faveur du développement de l'informa-tisation et du développement de banques de données emmagasinant les textes de lois et des décisions judiciaires a permis de mieux comprendre le rôle essentiel des notions floues et des notions à contenu variable. Ces notions sont maintenant considérées essentielles pour permettre au droit de se maintenir en contact avec les pratiques et les évolutions.

Comme les droits et les libertés ne sauraient se définir en vase clos, il est essentiel de rédiger les lois ayant trait aux droits fondamentaux en préservant cette ouverture sur tous les milieux qui réfléchissent et exercent leur activité autour de ces droits.

C'est en appliquant les analyses développées dans les travaux sur les standards juridiques que l'on peut espérer trouver

les éléments susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la façon dont les notions de vie privée et de liberté d'expression trouvent leur signification juridique.

Al-Sanhoury proposait de définir le standard par ce qu'il accomplit : «il donne une mesure moyenne de la conduite sociale susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée»²⁰ écrivait cet auteur dans son article publié au Recueil Geny. Rials note, dans une tentative de cerner les traits caractéristiques des standards, que ceux-ci ne sont pas la règle, mais plutôt une technique de formulation de la règle de droit²¹. Cette technique est tout à fait appropriée aux situations pour lesquelles il est malaisé de formuler des règles *a priori* sur les comportements que doivent avoir les sujets de droit. La transmission de l'information, caractérisée par son évolution rapide et la place importante qu'elle laisse à l'activité créatrice, s'accommode mal de règles détaillées.

Les standards se présentent selon la formule de Rials comme «des instruments de mesure en termes de normalité»²²; c'est ce qui fait leur spécificité. C'est aussi de là qu'ils tiennent leur ambiguïté. La normalité, en effet, est ambiguë.

Voilà pourquoi certaines notions demeurent fondamentalement réfractaires à toute définition exhaustive; elles se présentent plutôt comme des façons de dégager les finalités essentielles que devront posséder les normes qui pourront être développées par les diverses instances de réglementation ainsi que par ceux qui sont chargés d'appliquer les lois et les règlements. En relevant que «ce n'est pas l'indétermination mais l'indéterminabilité de la norme qui ouvre la voie à du pouvoir discrétionnaire», Rials a montré que les standards n'ouvrent pas la porte à un pouvoir discrétionnaire puisque les

²⁰ A.-A. AL-SANHOURY, «Le standard juridique» dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1935, p. 145.

²¹ Stéphane RIALS, «Les standards, notions critiques du droit» in *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par Chaim PERELMAN et Raymond VANDER ELST, Bruxelles, Travaux du Centre national de recherches en logique, 1984, p. 44.

²² *Id.*, p. 43.

instances chargées de les appliquer vont devoir les interpréter. L'indétermination donne plutôt lieu à l'interprétation de la norme, non à du pouvoir discrétionnaire.

L'interprétation de la notion de vie privée implique nécessairement un certain jugement sur la conduite du diffuseur et de la personne qui se plaint que l'on a porté atteinte à sa vie privée. Ce jugement ne saurait être pratiqué sans prendre en considération les faits de chaque espèce. La notion de vie privée n'est pas et ne pourra sans doute jamais être formulée avec plus de précision, ce qui ne l'empêche pas d'être une notion déterminable, mais dans chaque situation concrète. Elle varie avec le temps et les circonstances. Une détermination ayant été faite à une occasion ne constitue pas nécessairement un précédent pertinent dans d'autres circonstances.

Pour dégager les normes fondamentales relatives aux divers comportements qui sont soumis à leur appréciation, les tribunaux doivent forcément avoir recours à certains repères. Les repères fournis par les usages et les réglementations professionnelles et techniques figurent au nombre de ceux qui servent aux juges.

4. LA PLACE DE L'ÉTHIQUE ET DE L'AUTO-RÉGLEMENTATION

L'autoréglementation se développe souvent de façon plus ou moins spontanée ou afin de rendre moins légitime une intervention étatique; elle figure inévitablement dans le contexte juridique pré-existant dans lequel les autorités publiques entendent intervenir. À cet égard, c'est souvent là que l'on trouve le droit effectivement suivi dans les pratiques concrètes des acteurs. Bien souvent, c'est là que se trouve le droit effectivement suivi, malgré l'existence de lois qui souvent ne sont pas appliquées faute de moyens ou en raison de leur impraticabilité.

En ce sens, la déontologie est l'un des lieux principaux de détermination de la teneur des divers standards aidant à délimiter la portée des notions et à déterminer les traits caractéristiques des comportements prudents et diligents.

La nature première des normes volontaires, c'est précisément d'être volontaires²³, c'est-à-dire de ne pas être obligatoires au sens où l'est la règle de droit. Par exemple, la normalisation se présente surtout comme un processus «de mise au point de règles dans l'intérêt et avec la collaboration de toutes les parties intéressées afin d'optimiser l'économie globale en tenant compte des conditions de fabrication et des exigences de la sécurité»²⁴. Les démarches de normalisation se fondent généralement sur les résultats de la recherche scientifique, les connaissances techniques et l'expérience acquise dans le milieu industriel ou professionnel où elles se développent.

Le droit montre une certaine porosité aux normes auto-réglementaires. On a beau maintenir que le droit et les normes volontaires sont de nature différente, il y a une interpénétration certaine entre les deux sortes de normes. Ce phénomène est ainsi décrit par Carbonnier lorsqu'il écrit que : «la règle de droit est capable de s'approprier n'importe quelle autre règle sociale, tandis que l'inverse n'est pas vrai»²⁵.

C'est que le droit ne crée pas vraiment la plupart des normes qu'il comporte; il les reçoit, les emprunte des autres systèmes normatifs. Dans beaucoup de cas, le droit ne fait en quelque sorte que juridiciser les normes existant ailleurs, dans d'autres

²³ Certaines des normes que nous envisageons pourront, à certaines époques ou en certaines circonstances, se trouver incorporées dans des textes dotés d'un caractère obligatoire. Voir Pierre TRUDEL, «Les effets juridiques de l'autoréglementation», (1989) 19 *R.D.U.S.*, 247.

²⁴ Robert F. LEGGET, *Les normes au Canada*, Étude préparée pour le Conseil économique du Canada et le Conseil des sciences du Canada, Ottawa, Information Canada, décembre 1970, p. 14.

²⁵ Jean CARBONNIER, «Les phénomènes d'internormativité», *European Yearbook in Law and Sociology*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1977, p. 42 cité par H. COUSY, «Le rôle des normes non-juridiques dans le droit» dans CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARÉ, *Rapports belges au XI^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Caracas, 29 août-5 septembre 1982, Bruxelles, Établissements Emile Bruylant, 1982, p. 131.

univers normatifs. La réception par le droit de telles normes initialement conçues en dehors de l'univers juridique ne leur enlève pas leur appartenance à une discipline non-

juridique²⁶. Chevallier²⁷ a montré comment l'ordre juridique est «socialisé», c'est-à-dire, comme l'écrit Rocher «structuré et informé par l'ordre social auquel il appartient et dont il est un "sous-ensemble" ou un sous-système»²⁸.

Il n'est donc pas étonnant que le droit montre une certaine porosité à l'égard de la production normative émanant d'autres univers et pratiques.

Mais cette porosité continuera à procurer des avantages dans la mesure où l'on aura pris soin de garder le système juridique ouvert sur les autres univers et pratiques. Il faut résister à la tentation de mettre en place des mesures qui prétendent couper court à l'apport des autres réflexions éthiques et surtout aux bénéfiques des évolutions qui vont inévitablement survenir dans la pratique.

En décrétant de façon péremptoire, dans un souci de sécurité juridique, une liste des informations qui sont exclues du régime de la confidentialité, la Loi d'accès marquerait un parti-pris très clair en faveur du «droit sacré» à la vie privée. Mais cela équivaldrait du même coup à nier que les nécessités d'informer le public peuvent, en certaines circonstances, conférer un caractère public à certaines informations.

L'intégration des normes déontologiques passe par le maintien de ces passerelles permettant d'importer dans le droit les «normes de bon comportement, c'est-à-dire les "standards"²⁹, telles les notions de "bon père de famille" ou de "prudence et diligence normale"». Cette intégration dans le droit passe par la prise en considération des normes autoréglementaires par les lois et les tribunaux.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Jacques CHEVALLIER, «L'ordre juridique», dans *Le droit en procès*, Paris, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, P.U.F., 1984, pp. 7-49.

²⁸ Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.*, 91, à la page 103.

²⁹ On aura compris que ce mot n'a pas ici le même sens que lorsqu'on l'utilise en anglais afin de désigner une norme de qualité ou des caractéristiques minimales que certains produits doivent posséder.

C'est dans ce genre de contexte que le recours à la pratique autoréglementaire peut contribuer à aider l'interprète dans son travail de détermination de la conduite sociale correcte. C'est cependant un choix que fait ce dernier car nulle part il n'est prescrit d'avoir recours aux textes et préceptes autoréglementaires afin de dégager le sens que doit revêtir le standard dans une situation donnée.

Que les normes volontaires aient ou non été intégrées dans les textes législatifs ou contractuels, les tribunaux gardent la possibilité d'y référer lorsqu'ils ont à juger les comportements ou interpréter les textes législatifs ou contractuels.

Les juges peuvent avoir recours aux normes professionnelles afin de dégager l'existence d'usages pratiqués dans une activité professionnelle ou technique déterminée³⁰. Indépendamment de la recherche des usages, il est parfois nécessaire d'identifier de quelle façon la communauté des experts dans un champ d'activité se représente les «règles de l'art» ou les «bonnes façons de faire»; c'est là une démarche essentielle afin de déterminer si une personne a eu un comportement normalement prudent et diligent. Cette recherche des bonnes façons de faire implique nécessairement celle des normes développées au sein d'une pratique professionnelle pour résoudre les conflits de valeurs.

Le recours aux normes auto-réglementaires ne s'impose toutefois jamais au tribunal. C'est sans doute une conséquence assez logique du caractère volontaire de telles normes. Le respect de ces normes ne garantit, à lui seul, aucune immunité au plan de la responsabilité pas plus que leur non-respect n'est à lui seul constitutif de comportement négligent ou fautif³¹.

³⁰ *Babin's Distributing Co. c. Masco Enterprises*, [1985] 43 Sask. R. 113, 114 et 117 : «In the industry it is imperative that the canary seed be cleaned to industrial standards. If it is not so cleaned, the plaintiff's customers could refuse to accept such shipments. [...] the agreement between the parties was that the seed would be cleaned to industrial standards [...]».

³¹ Geneviève VINEY, *Les obligations La responsabilité : Conditions, Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris L.G.D.J., 1982, n° 461.

Il est certes des situations où ces normes autoréglementaires sont ignorées par le droit; il en est d'autres où elles sont appropriées par le législateur ou le juge qui y réfère dans les lois ou les prend à témoin pour s'aider à dégager le sens d'une notion floue. Dans ce dernier type de situation, il faut bien constater qu'elles sont de ce fait intégrées à la règle de droit pour en faire partie intégrante.

Cette investigation de la façon dont les normes volontaires ou autoréglementaires sont prises en compte dans l'univers juridique montre le rôle indirect, mais pourtant névralgique, des normes volontaires au sein même du droit. Les liens sont en effet intimes entre le droit étatique et d'autres ordres juridiques. Le droit étatique entretient des rapports avec les systèmes de normalisation volontaires ou techniques qu'il considère «relevants», pour reprendre l'expression de Santi Romano³².

En raison de leurs origines, généralement intimement liées à la pratique et à l'expertise technique, les normes autoréglementaires fournissent, bien que cela ne soit pas leur finalité première, les préceptes de savoir-faire à partir desquels les tribunaux jugeront les comportements.

Le droit étatique ne peut s'appliquer en dehors de toute référence aux bonnes pratiques techniques ou aux «bons comportements». Si les traits caractéristiques de tels standards ne sont pas énoncés dans des textes autoréglementaires, ils sont forcément pris ailleurs par les législateurs et les tribunaux. Ils peuvent même, à la rigueur, être construits de toute pièce dans le système juridique. Mais en puisant dans les autres univers normatifs, le système juridique profite de l'expertise qui soutient ces derniers et du même coup, peut se prévaloir de leur légitimité.

Il faut prendre garde de reconnaître, sans certaines précautions, une force juridique aux normes autoréglementaires. De telles normes acquièrent une force juridique par une décision d'autorité. Soit que le législateur va trouver plus commode d'y référer dans ses textes, soit que le tribunal y

³² Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction française de la deuxième édition de l'«*Ordinamento giuridico*» par Lucien François et Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 1975.

trouvera un corpus pratique lui décrivant ce qu'il faut faire en pareilles circonstances. Dans la situation où la norme est captée par le législateur, c'est un jugement de valeur sur l'à-propos de celle-ci qui sera à l'origine de son intégration à l'univers juridique. Pareillement, lorsqu'un juge prend à témoin une norme volontaire afin de juger d'un comportement, il y cherche une façon de légitimer une décision en l'appuyant sur l'expertise de ceux qui ont développé la norme spécialisée.

Tout se passe comme si la norme volontaire était captée dans le droit étatique lorsqu'elle acquiert un certain degré de légitimité. Soit que la norme s'est imposée comme la seule à laquelle s'en remettent les experts, soit qu'elle paraît raisonnable.

C'est sans doute aux facteurs permettant de mieux expliquer de quelle façon une norme acquiert un degré de légitimité suffisant pour être reçue dans l'ordre juridique que de futurs efforts de recherche pourraient être consacrés.

CONCLUSION

Pour garantir un équilibre entre les impératifs de la protection de la vie privée et ceux de l'information du public, il faut abandonner les démarches fondées sur la quête de «règles» de droit précises; il faut proposer une démarche moins sécurisante, plus complexe mais infiniment plus susceptible de procurer effectivement cet équilibre.

En adoptant une politique d'encouragement à des réflexions déontologiques dynamiques dans les milieux de la presse et de la protection des données personnelles, on multiplie les chances de favoriser le développement de comportements, voire de réflexes d'analyse et de prise en compte des valeurs et intérêt en présence.

Bien sûr, une telle approche suppose d'accroître la formation de tous ceux qui ont à prendre des décisions relatives à la divulgation de données personnelles.

Devant la difficulté de dégager le sens des notions floues, on est tenté de doter les acteurs d'une panoplie de recettes supposément capables de fournir toutes les réponses. Les personnes qui ont à prendre des décisions sur les données

personnelles ne sont pas des machines. Elles doivent prendre des décisions fondées sur les principes juridiques en cause. Elles doivent posséder la formation à la mesure de cette responsabilité.

La quête d'une loi précise ou d'une sorte de «livre de recettes» ou encore pire d'une définition fermée et rudimentaire de la notion de vie privée ou de renseignements nominatifs ou à caractère public est inutile, dangereuse et privative d'un véritable équilibre entre les droits à la vie privée et la liberté d'expression.

Dangereuse, car on ne peut prendre le risque de supprimer à l'avance l'une ou l'autre des applications du droit à la vie privée ou de la liberté de presse.

Il est infiniment plus compatible avec le caractère supra-légal de ces droits et libertés de ne les délimiter que dans la seule mesure des impératifs d'une autre liberté aussi essentielle et aussi fortement protégée.

Qui mieux que le premier responsable, et le cas échéant, le juge est en mesure d'opérer ce départage? Éclairé par les faits et les circonstances de chaque espèce, il leur est possible de juger de façon concrète à la lumière des valeurs et enjeux qui sont en cause.

Le juge s'aide cependant de «facteurs de structuration» qui sont dégagés le plus souvent dans d'autres forums et univers que le seul champ de la loi ou de la jurisprudence. Ces facteurs de structuration sont souvent construits autour des standards que le juge élabore ou qu'il prend dans la loi ou dans la pratique; le juge articule, structure les limites des droits qui se confrontent.

Les «facteurs de structuration» se dégagent, en forme de sécrétion de l'idéologie de l'époque, de la jurisprudence, de la pratique, de la déontologie, des valeurs qui à un moment déterminé prennent de l'importance. Bien sûr, ces facteurs se dégagent de l'étude systématique et raisonnée des précédents; ils sont certes plus difficiles d'appréhension et d'accès à ceux qui ne veulent pas se donner la peine de les repérer mais ils sont, une fois mieux connus, infiniment plus sécurisants que la fausse sécurité procurée par des règles que l'on croyait précises et qui se révèlent ne pas l'être à l'usage.

Les responsables des données personnelles de même que les gens des médias doivent se familiariser avec ces facteurs de structuration, évaluer les intérêts en cause et apprendre à les appliquer dans leur pratique quotidienne.

L'adoption d'une règle précise est en outre *inutile*, car trop précise; les règles de délimitation n'auront qu'une portée limitée. Il sera toujours possible de qualifier les faits de façon à en écarter l'application. De plus, les hypothèses sur lesquelles elles reposent pourront se modifier à un rythme accéléré, celui qui caractérise l'évolution des technologies de l'information. En ce sens, la précision que l'on croit obtenir dans les lois est souvent une illusion que l'on constate malheureusement plusieurs années trop tard...

La proclamation des droits fondamentaux engendre forcément des règles plus complexes et plus subtiles. Il en résulte un accroissement des responsabilités pour les journalistes et pour ceux qui sont chargés de la surveillance des données personnelles. On ne peut faire l'économie de cette responsabilisation des personnes impliquées dans la gestion des informations au moyen d'une législation qui prétendrait procurer une impression de sécurité.