

ULCC | CHLC

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

**COMMUNICATION SANS CONSENTEMENT D'IMAGES
INTIMES
DOCUMENT DE DISCUSSION**

**Présenté par
Hilary A. N. Young
Professeure agrégée
Faculté de droit
Université du Nouveau-Brunswick**

**Coauteure
Emily B. Laidlaw
Professeure agrégée
Faculté de droit
Université de Calgary**

Nous tenons à signaler au lecteur que les idées et conclusions exposées dans le présent rapport, y compris les textes législatifs proposés, les commentaires et les recommandations, ne correspondent pas nécessairement à celles adoptées par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, et ne représentent pas nécessairement ses opinions ni celle de ses délégués. Veuillez consulter les résolutions adoptées à ce sujet à l'assemblée annuelle de la Conférence.

**Québec (Québec)
Août 2018**

Le présent document est publié par
la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.
Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez nous écrire à
l'adresse suivante :
ulccwebsite@gmail.com

Introduction

[1] Le présent document a été rédigé par deux spécialistes de la question de la communication sans consentement d'images intimes (CSCII), soit Emily Laidlaw et Hilary Young. Il présente brièvement les raisons justifiant l'harmonisation des lois en matière de CSCII, les principes qui, selon les auteures, devraient orienter ce processus, un résumé des modèles juridiques existants et une liste de questions auxquelles le projet devrait répondre. En outre, il renferme un tableau comparatif des lois canadiennes existantes à cet égard. Ce document a comme objectif d'orienter les discussions qui seront tenues à la réunion d'août 2018 de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC), qui aura lieu à Québec.

1. Nécessité d'adopter une approche législative harmonisée

[2] Cette question revêt deux aspects : le premier est la nécessité d'établir une loi, plutôt que d'adopter une approche de common law. Le deuxième est la nécessité d'assurer une harmonisation.

[3] Concernant la nécessité d'établir une loi, à l'heure actuelle, on constate une incertitude quant à l'illégalité de la CSCII en common law dans les provinces où une loi n'a pas été édictée à ce chapitre. Bien qu'il s'agisse probablement d'un acte délictueux à l'échelle du Canada, il est difficile de déterminer si cet acte consiste en une atteinte à la vie privée, une infraction intentionnelle d'un choc nerveux, un abus de confiance ou un autre délit. Il peut également s'agir d'une violation de certaines lois (p. ex. respect de la vie privée, droit d'auteur).

[4] Outre cette incertitude, les dispositions relatives aux transgressions existantes, particulièrement l'atteinte à la vie privée, ne sont pas idéales pour traiter les cas de CSCII. Elles sont complexes, elles nécessitent la mise en balance des intérêts en jeu et elles sont difficiles à invoquer sans représentation juridique.

[5] Par surcroît, bien que la CSCII soit également un crime au Canada, les recours civils comportent des avantages, lesquels justifient la création d'un délit. Parmi ces avantages, soulignons les recours dont peuvent possiblement se prévaloir la partie plaignante (p. ex. des solutions techniques comme le retrait du contenu) et le contrôle que la partie plaignante exerce sur le processus de litige.

[6] En ce qui a trait à l'harmonisation, plusieurs raisons justifient que l'on y veuille. Les délits dont il est question ne sont pas limités géographiquement (Internet est accessible partout dans le monde). La présence de différentes règles qui s'appliquent simultanément à la même conduite est problématique au regard de la règle de droit, mais aussi pour des raisons pratiques puisque cette situation engendre un risque de recherche du tribunal le plus favorable et d'arbitrage réglementaire. L'arrêt rendu récemment par la Cour suprême du Canada dans *Goldhar c. Haaretz* donne à penser que plusieurs provinces, voire l'ensemble d'entre elles, sont susceptibles d'avoir compétence à l'égard d'un acte de CSCII. Dans la mesure où les règles de droit substantiel varient, il se peut fort bien que les demandeurs sélectionnent leur tribunal exclusivement en fonction de ces différences et que les défendeurs invoquent ces différences pour justifier le recours à un autre tribunal. À notre avis, la situation que nous venons de décrire crée un obstacle à l'accès à la justice, ce qui justifie une harmonisation.

[7] Une autre raison justifiant que l'on procède à une harmonisation tient au fait que, si l'on suppose que les lois sur la CSCII traitent de la question de la responsabilité des intermédiaires Internet (comme le font, à divers degrés, les lois de la Saskatchewan, du Manitoba et de l'Alberta), il serait laborieux d'exiger que les intermédiaires se conforment à différentes exigences dans différentes provinces. Cette situation serait particulièrement difficile pour les intermédiaires de petite et de moyenne taille. Par exemple, la loi du Nouveau-Brunswick pourrait soustraire les intermédiaires à la responsabilité de retirer une image intime, ou imposer des obligations, alors que la situation pourrait être l'inverse aux termes de la loi de l'Ontario.

2. Principes directeurs

[8] Les principes directeurs proposés par les spécialistes sont les suivants. Toutes choses égales, les dispositions établissant un délit de CSCII dans la loi :

- doivent être simples;
- doivent être efficaces;
- doivent favoriser l'accès à la justice;
- doivent permettre le retrait rapide du contenu (outre d'autres recours);
- doivent tenir compte de la difficulté émotionnelle liée à l'introduction d'une action en matière de CSCII;
- doivent protéger la vie privée de la partie demanderesse;
- ne doivent pas imposer un fardeau indu aux intermédiaires Internet;
- doivent tenir compte de la nature genrée du délit;
- ne doivent pas entraver indûment la liberté d'expression;
- doivent constituer un moyen de dissuasion;
- ne doivent pas être tributaires de la création de nouvelles infrastructures gouvernementales pour être efficaces.

3. Modèles existants

[9] Des modèles existants relatifs à la responsabilité en matière de CSCII, particulièrement des modèles canadiens, orienteront les travaux du Comité. De manière générale, il existe trois types d'approche au Canada et à l'étranger. La première consiste à ne créer aucun délit pour cause d'infraction et à s'en remettre à la common law pour les cas de CSCII. La deuxième consiste à créer un délit pour cause d'infraction d'une grande portée qui englobe les méfaits en ligne ou un grand sous-ensemble de ceux-ci. La troisième consiste à créer un délit pour cause d'infraction qui vise explicitement la CSCII. Bien que nous examinerons chacun de ces modèles ci-après, nous rejetons fermement les deux premiers pour des raisons de principe et d'ordre pratique. Nous nous concentrerons plutôt sur les différentes manières d'aborder la troisième option, que nous avons divisée en les modèles 3a et 3b.

[10] Le premier modèle consiste à traiter les cas de CSCII en fonction de la common law et des délits pour cause d'infraction actuels, particulièrement les délits concernant la vie privée. C'est l'approche qu'ont adoptée plusieurs provinces canadiennes et le Royaume-Uni. Par exemple, en Ontario, la CSCII a été traitée comme une divulgation publique de faits privés, une infraction intentionnelle d'un choc nerveux et un abus de confiance¹. Cela dit, nous rejetons

ce modèle pour les mêmes raisons que nous avons invoquées pour établir la nécessité d'une approche législative harmonisée. Il manque de certitude au chapitre des causes d'action applicables, et les dispositions relatives aux délits tendent à imposer de lourds fardeaux à la partie demanderesse ainsi qu'à nécessiter une appréciation importante de la prépondérance des intérêts qui est susceptible de ne pas être appropriée ou nécessaire dans le contexte d'une CSCII.

[11] Le deuxième modèle consiste à traiter les cas de CSCII en vertu des lois générales sur la cyberintimidation et les méfaits en ligne. Comme dans le cas de la première approche, les lois de ce type touchent à des questions autres que la CSCII. Contrairement à la première approche, l'accent est mis sur certaines transgressions commises à l'aide d'une technologie de communication. La Nouvelle-Écosse a opté pour cette approche dans sa loi originale sur la cybersécurité, la *Cyber-Safety Act* (qui a été jugée inconstitutionnelle). La province a depuis adopté un modèle hybride dans sa nouvelle *Intimate Images and Cyber-protection Act* (loi sur les images intimes et la cyberprotection), qui traite la CSCII différemment des autres types de cyberintimidation. La *Enhancing Online Safety Act* de l'Australie et la *Harmful Digital Communications Act* de la Nouvelle-Zélande sont deux autres exemples de lois qui visent les méfaits en ligne d'une manière plus générale. Certes, ce modèle comporte certains avantages, mais l'approche à grande portée qui est utilisée le rend moins convenable aux fins de l'établissement d'une loi uniforme et nécessiterait une étude plus approfondie de questions comme la liberté d'expression que ce qui serait probablement nécessaire dans le cas de l'édiction d'une loi plus ciblée.

[12] Le troisième modèle consiste à établir une loi spécifiquement axée sur le contenu sexuel publié en ligne sans consentement. La plupart des provinces canadiennes qui ont légiféré jusqu'ici ont adopté ce modèle. La Saskatchewan, le Manitoba et l'Alberta ont opté pour cette approche, tout comme, il semblerait, le fera Terre-Neuve. (La loi de la Nouvelle-Écosse agit de la même façon dans la mesure où elle traite la CSCII différemment de la cyberintimidation en général.) Il s'agit également du modèle que nous recommandons puisqu'il a l'avantage d'adapter les procédures et les recours à la question du contenu sexuel communiqué sans consentement, laquelle, de certaines façons, est plus facile à traiter que d'autres atteintes à la vie privée, qui peuvent nécessiter une mise en balance poussée des intérêts en jeu.

[13] Cela dit, une question subsiste, soit celle de la portée. Une option consiste à définir le délit comme mettant en cause des images intimes de personnes identifiables, comme l'ont fait la Saskatchewan, le Manitoba et l'Alberta. La Uniform Law Commission définit aussi étroitement ce qui constitue une image intime dans ses recommandations préliminaires, se concentrant sur les représentations visuelles (et excluant expressément les dessins, etc. en raison de préoccupations relatives au Premier amendement) de personnes identifiables. Nous appellerons cette option le modèle 3a.

[14] Il y a lieu d'aborder la question de savoir si le méfait que l'on cherche à réparer par ces délits devrait être défini d'une manière *légèrement* plus large afin de tenir compte des changements technologiques et des transgressions qui sont similaires à la CSCII, mais qui ne mettent pas en cause des images de personnes identifiables. Nous appellerons cette option le modèle 3b. Examinons deux exemples. Dans le premier, des images prises sous la jupe d'une femme à son insu sont affichées sur Internet. Si l'on suppose que ces images ne permettent pas d'identifier la personne, cette conduite n'est pas visée par le modèle 3a, qui se limite aux

images de personnes *identifiables*. Dans le deuxième exemple, la partie défenderesse publie de l'information sur un site Web en prétendant être la partie demanderesse, invitant des étrangers à prendre part à des rapports sexuels brutaux et indiquant l'adresse domiciliaire de la partie demanderesse. On pourrait soutenir que le méfait à caractère sexuel sous-jacent est semblable à celui observé dans le cas d'une CSCII, mais, encore une fois, cette conduite ne consisterait pas en une CSCII selon le modèle 3a, car elle ne met pas en jeu une *image* de la partie demanderesse. Ainsi, le modèle 3b est d'une portée beaucoup plus étroite que celle du modèle 2, mais plus large que celle du modèle 3a puisqu'il vise également les méfaits similaires à la CSCII, mais n'exige pas qu'une image d'une personne identifiable entre en jeu. Au nombre de ses avantages se trouvent sa flexibilité et le fait de ne pas être limité à une seule technologie. En revanche, son principal désavantage réside dans le fait qu'il peut s'avérer difficile de définir cette portée sans qu'elle devienne trop large.

[15] Nous ne connaissons aucune loi qui suit le modèle 3b.

4. Questions à prendre en compte

[16] Voici certaines questions à prendre en compte :

- a) **Portée** : Adopter une approche plus large ou une qui est étroitement axée sur la CSCII? Faut-il mettre uniquement l'accent sur les images? Y a-t-il un chevauchement possible avec le droit criminel? Chevauchement certain avec les lois sur le respect de la vie privée et la propriété intellectuelle; Femmes seulement? Adultes seulement?
- b) **Type de tribunal/action** : Cour supérieure ou cour des petites créances ou mode substitutif de résolution des différends? Demande ou action?
- c) **Nature du tort effectif** : Norme de faute; L'absence d'un consentement est-elle nécessaire? La présence d'un préjudice est-elle nécessaire? Est-il nécessaire que la partie demanderesse soit identifiable? Définition d'« image intime »; Le tout est-il tributaire des attentes en matière de respect de la vie privée? Définition de « distribution », applicabilité au partage en aval...
- d) **Défenses** : Intérêt public? Limites?
- e) Toute **présomption/inversion du fardeau de la preuve**;
- f) **Responsabilité des intermédiaires Internet** : Est-ce que des obligations sont imposées aux intermédiaires? Dans quelles situations, s'il en est, sont-ils responsables selon les dispositions relatives au délit?
- g) **Responsabilité parentale** : Certaines lois limitent la responsabilité des parents à l'égard des actes de leurs enfants.
- h) **Anonymat** : Interdiction de publication? Dans l'affirmative, l'interdiction est-elle tacite?
- i) **Recours** : Concernant les dommages-intérêts, faut-il préciser les critères applicables comme dans la loi de la Nouvelle-Écosse? Faut-il établir des limites? Lien avec les dommages-intérêts habituels dans les cas de délits en matière d'atteinte à la vie privée ou de diffamation; concernant les injonctions et d'autres ordonnances de retrait, quand peut-on s'en prévaloir? Dans quel délai sont-elles rendues? Quel est le rapport entre la responsabilité de la partie défenderesse et celle de l'intermédiaire? Doit-on prévoir d'autres types de mesures de redressement, p. ex. des ordonnances déclaratoires? Doit-on prévoir des règles différentes pour les retraits par rapport aux dommages-intérêts?

- j) **Compétence** : Est-il nécessaire d'établir des règles spéciales afin d'éviter la recherche du tribunal le plus favorable et l'incertitude quant à savoir quel tribunal a compétence et quel tribunal ne convient pas?
- k) Faut-il établir une disposition prévoyant l'**examen de la loi**?
- l) Lien entre cette loi et les **mesures de soutien destinées aux parties demanderesses**.

[17] De ces questions, les plus difficiles à régler, selon nous, seront les suivantes : établir la portée; déterminer la norme de faute; concevoir des mécanismes de retrait qui seront efficaces dans différents territoires de compétence; et assurer un accès rapide et peu coûteux à la justice. Est un peu moins difficile à résoudre la question de savoir comment traiter les personnes qui transmettent subséquemment des images qui ont été affichées.

5. Prochaines étapes

[18] La prochaine étape consiste à discuter du projet et de sa portée à la réunion d'août 2018 de la CHLC. Si le projet est approuvé, un groupe de travail commencera à étudier les questions énoncées dans le présent rapport et à en discuter en fonction des remarques formulées lors de la réunion d'août 2018 de la CHLC. Les membres élaboreront un document d'orientation détaillé en vue d'une discussion à la réunion de 2019 de la CHLC. L'étape finale consisterait à incorporer les remarques et la version préliminaire du modèle de loi ainsi que des notes explicatives.

Modèle de la législation canadienne

**Terre-Neuve-et-Labrador adoptera une loi à l'automne 2018.*

**Le modèle est axé sur la législation canadienne, mais une comparaison avec d'autres lois, notamment les cadres établis en Australie et en Nouvelle-Zélande, sera effectuée ultérieurement.*

	Alberta	Saskatchewan	Manitoba	Nouvelle-Écosse	Brève comparaison
Définition de « image intime »	« image intime » Consiste en un enregistrement visuel — photographique, filmé ou vidéo ou autre — d'une personne qui est réalisé par tout moyen et qui répond aux critères suivants : (i) la personne en question : (A) y figure nue ou y expose ses organes génitaux, sa région anale ou, dans le cas d'une femme, ses seins, (B) se livre à une activité sexuelle explicite, (ii) l'enregistrement a été réalisé dans des circonstances qui donnent lieu, relativement à l'image en cause, à une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, (iii) dans le cas où l'image a été distribuée, la personne en question avait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée relativement à l'image en cause au moment de sa distribution. Alb. al. 1(b); Sask. art. 7.1; Man. art. 1; N.-É. al. 3(f)				Identique
Définition de « distribution »	Quiconque distribue une image intime dans les cas où, agissant sciemment, il la publie, la transmet, la vend ou la rend accessible à une autre personne que celle figurant sur l'image, ou encore en fait la publicité auprès d'une telle personne. Alb. art. 2; Sask. par. 7.3(2); Man. par. 1(2); N.-É. al. 3(d)				Identique ou pratiquement identique
Attente raisonnable de protection en matière de vie privée	La personne qui figure sur une image intime et qui a consenti à son enregistrement par un tiers ou l'a fournie à un tiers ne perd pas son attente raisonnable de protection en matière de vie privée relativement à cette image, si le tiers savait ou aurait dû raisonnablement savoir que cette dernière n'était pas censée être distribuée à d'autres personnes. Alb. art. 5; Sask. art. 7.4; Man. art. 12; N.-É. art. 4				Similaire
Défense d'intérêt public	Le fait que la distribution de l'image intime était conforme à l'intérêt public, sans outrepasser ce qui le sert, constitue un moyen de défense. Alb. art. 6; Sask. art. 7.6; Man. art. 13; N.-É. art. 7				Alb., Sask., Man. : identique; N.-É. : essentiellement identique.
Fondement délictuel de la cause d'action	Quiconque distribue une image intime d'une autre personne sachant que cette dernière n'y a pas consenti ou ne s'étant pas soucié de savoir si elle y avait consenti commet un délit contre la personne en cause. Alb. art. 3; Sask. art. 7.3; Man.		Non. La loi prévoit qu'une personne dont l'image intime a été distribuée sans consentement ou qui est victime de cyberintimidation peut demander une ordonnance		Man. et Alb. : identique; Sask. : essentiellement identique; N.-É. : différent.

	par. 11(1)	<p>à un tribunal, cette responsabilité étant dévolue au tuteur de la personne si celle-ci est mineure (voir les recours ci-dessous). N.-É. art. 5</p> <p>Préserve le droit d'action prévu dans la common law ou la législation. N.-É. art. 10</p> <p>Fait état des facteurs à prendre en compte au moment de rendre une ordonnance (répétition, vulnérabilité, intention, étendue de la distribution, etc.) N.-É. par. 6(7)</p>	
Preuve de préjudice	<p>Il est possible d'intenter une action pour distribution non consensuelle d'une image intime sans qu'il soit nécessaire de prouver le préjudice subi.</p> <p>Alb. art. 4; Sask. par. 7.3(3); Man. par. 11(2)</p>		<p>Alb., Sask., Man. : pratiquement identique.</p> <p>N.-É. : la loi est muette sur ce point.</p>
Recours	<p>Le tribunal peut accorder des dommages-intérêts, ordonner à la partie défenderesse de verser les profits provenant de la distribution de l'image intime et prononcer une injonction selon les modalités qu'il juge indiquées dans les circonstances.</p> <p>Alb. art. 7; Sask. art. 7.7; Man. art. 14; N.-É. par. 6(3) et (4)</p>		<p>Toutes les provinces offrent des recours identiques.</p> <p>La N.-É. prévoit des recours additionnels.</p>
Interdiction de publication	<p>Le tribunal peut rendre une ordonnance interdisant la publication de renseignements pouvant révéler l'identité de la personne en question, s'il estime une telle mesure conforme aux intérêts de la justice.</p> <p>Sask. art. 7.8; Man. art. 15</p>	<p>Interdiction de publication obligatoire dans le cas de personnes mineures. N.-É. par. 8(1)</p> <p>À la demande de la partie demanderesse, le tribunal peut interdire la publication de renseignements pouvant révéler l'identité de la personne en question (images intimes). N.-É. par. 9(1)</p>	<p>Une certaine forme d'interdiction de publication en Sask., au Man. et en N.-É. La loi de l'Alb. est muette sur ce point.</p>

Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada

Responsabilité parentale	Limite la responsabilité des parents à moins qu'un parent ait participé directement à la distribution. Alb. art. 8			Alb. ⁱⁱ
Inversion du fardeau de la preuve		La distribution est réputée avoir été réalisée sans le consentement de la personne figurant sur l'image; la partie défenderesse doit établir qu'elle avait des motifs raisonnables de croire qu'elle avait obtenu un consentement continu quant à la distribution de l'image intime en cause. Sask. art. 7.5		Sask.
Organisme		<p>Le ministre peut désigner un directeur qui aura pour fonctions de superviser les services offerts aux victimes, y compris par un organisme autorisé. Man. art. 2 à 10.</p> <p>L'organisme actuellement désigné est le Centre canadien de protection de l'enfance.</p> <p>Parmi les ressources offertes se trouve la fourniture d'une aide ou de renseignements concernant les solutions techniques, le règlement de différends et les recours juridiques. Ces ressources sont également offertes aux personnes qui croient que leur image intime est <i>sur le point</i> d'être distribuée sans leur consentement. Man. art. 3.</p> <p>Ces ressources comprennent le pouvoir d'envoyer un avis écrit à</p>	<p>Le ministre peut désigner un organisme (actuellement, CyberSCAN) qui sera chargé de fournir de l'information ainsi que des services consultatifs aux organes publics et qui devra offrir des services volontaires de règlement de différends. N.-É. par. 12(1)</p>	Le Man. et la N.-É. confient tous les deux un rôle de réglementation à un organisme ou à un commissaire désigné.

			la personne qui est en possession de l'image. Man. art. 4		
Petites créances			Suppression de l'exigence selon laquelle toute action intentée en vertu de la <i>Privacy Act</i> doit être entendue par la Cour du Banc de la Reine, ouvrant la voie à une action devant la Cour des petites créances. Sask. art. 4		Sask.
Cyber-intimidation				La loi de la N.-É. est de plus grande portée, elle traite à la fois de la cyberintimidation et de la distribution sans consentement d'images intimes.	Nouvelle-Écosse

ⁱ*Doe 464533 v N.D.*, 2016 ONSC 541; cette décision a toutefois été annulée par suite d'une requête en annulation du jugement par défaut.

ⁱⁱÀ noter que le paragraphe 3(2) de la *Cyber-Safety Act* abrogée de la Nouvelle-Écosse et le paragraphe 2(2) d'un projet de loi émanant d'un député au Manitoba, soit le projet de loi 214, la *Loi sur la prévention de la cyberintimidation*, ont proposé de tenir les parents responsables de la conduite des enfants défendeurs.