

ULCC | CHLC

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

**DÉLIT DE COMMUNICATION SANS CONSENTEMENT
D'IMAGES INTIMES (CSCII)**

**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 le procès-verbal et les résolutions adoptées à ce sujet à l'assemblée annuelle de la Conférence.

**St. John's
Terre-Neuve-et-Labrador
Août 2019**

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.

Délict de communication sans consentement d'images intimes (CSCII)
Rapport de juin 2019

Résumé

Délict de CSCII faisant l'objet d'une procédure accélérée	Délict de CSCII donnant lieu à des dommages-intérêts compensatoires
<p>Éléments</p> <ul style="list-style-type: none">• La partie demanderesse doit prouver que la partie défenderesse a publié une image intime de la partie demanderesse.• Il n'est pas exigé de prouver que l'image a été distribuée sans consentement.• Responsabilité stricte : l'absence d'intention de publier une image et l'absence de connaissance ne devraient pas être des défenses.• Il existe une cause d'action pour la menace de distribuer une image intime.• Défenses : consentement, intérêt public et autres moyens de défense énumérés (p. ex. communication de bonne foi à la police, etc.).• Recours : mesures de redressement déclaratoires et injonctions, et dommages-intérêts symboliques s'il y a lieu.• Procédure devant une cour supérieure.	<p>Éléments</p> <ul style="list-style-type: none">• Les éléments sont les mêmes que ceux du délict de CSCII faisant l'objet d'une procédure accélérée, sauf que l'absence de faute serait une défense et les recours comprendraient des dommages-intérêts compensatoires.
<p><u>Recommandations</u></p> <p><i>La définition de la distribution devrait reposer sur le fait de rendre les images accessibles à d'autres personnes. Elle ne devrait comprendre aucune notion de connaissance ou d'intention de distribution.</i></p> <p><i>La définition d'image intime devrait englober les images modifiées, les images de quasi-nudité et d'autres images de nature semblable (images représentant une personne qui fait sa toilette, qui s'habille et qui se déshabille, et images prises sous la jupe d'une femme), mais devrait exclure le contenu entièrement original.</i></p> <p><i>Bien que la partie demanderesse doive prouver qu'elle figure sur l'image, la loi ne devrait pas exiger qu'elle soit identifiable par un tiers, c'est-à-dire que la personne figurant sur l'image puisse être reconnue par quelqu'un d'autre.</i></p>	

Les défenses, tant pour le délit de CSCII faisant l'objet d'une procédure accélérée que pour le délit donnant lieu à l'obtention de dommages-intérêts compensatoires, devraient inclure le consentement, l'intérêt public et d'autres défenses énumérées (communication de bonne foi à la police, etc.). D'autres défenses fondées sur la faute devraient s'appliquer uniquement à l'action intentée pour l'obtention de dommages-intérêts compensatoires.

Le consentement devrait être une défense pour les deux types de délits de CSCII. La connaissance du consentement ou de l'absence de consentement et l'insouciance ou l'absence d'insouciance relative au consentement ne devraient pas être des éléments ou des défenses. Le consentement devrait explicitement être révocable.

Il devrait y avoir une interdiction présomptive de publication de l'identité des parties demanderesses mineures, réfutable uniquement si les mineurs veulent être identifiés.

La cause d'action devrait comprendre les menaces de communiquer des images intimes.

Il ne devrait pas y avoir d'élément fondé sur le préjudice.

Pour l'action en responsabilité délictuelle visant à obtenir des dommages-intérêts compensatoires, l'intention de publier l'image en question devrait non seulement être exigée, mais aussi être présumée (c.-à-d. l'absence de l'intention de publier est une défense).

1. Introduction

[1] L'atteinte à la vie privée, la violation du droit d'auteur et le fait de causer intentionnellement un trouble émotionnel constituent déjà des délits, et la communication sans consentement d'images intimes (CSCII) est criminelle. L'une des principales raisons justifiant la création d'un délit uniforme en ce qui concerne la CSCII est d'offrir un mécanisme plus efficace qui permettra aux victimes de CSCII d'obtenir ce qu'elles veulent le plus, à savoir le retrait du contenu d'Internet (dans la mesure du possible) ou le déréférencement des résultats des moteurs de recherche. Il se peut que les parties demanderesse souhaitent obtenir des dommages-intérêts, et nous recommandons l'établissement de mécanismes à cette fin. Cependant, notre proposition s'appuie principalement sur l'objectif de faciliter le retrait du contenu de façon rapide, peu coûteuse et efficace, ainsi que le déréférencement des images intimes communiquées sans consentement. Plus précisément, nous recommandons la création de deux délits de CSCII distincts : une procédure simplifiée et accélérée principalement pour des mesures de redressement déclaratoire et une injonction, et une action plus traditionnelle pour l'obtention de dommages-intérêts compensatoires.

[2] Avant de décrire ces causes d'action en détail, nous justifions pourquoi nous estimons qu'il est nécessaire de créer deux délits distincts.

[3] Certains contenus en ligne échappent à l'application du droit canadien, car il est contrôlé par des personnes se trouvant à l'extérieur du pays et ne possédant aucun bien au Canada. Cependant, dans bien d'autres circonstances, le droit peut s'avérer efficace, soit parce que la partie défenderesse est présente au Canada, soit parce que le contenu est transmis par l'entremise de sociétés respectant les lois applicables à l'échelle locale et contribuant à leur application. Nous nous penchons sur la question de savoir, en supposant que le droit peut être efficace, la forme qu'il devrait prendre pour offrir les meilleures mesures réparatoires qui soient aux victimes de CSCII.

[4] Plusieurs motifs peuvent pousser les gens à intenter une action en responsabilité délictuelle pour la CSCII. Ils peuvent chercher à obtenir des dommages-intérêts, ou encore un jugement d'un tribunal leur donnant raison et reconnaissant qu'un préjudice leur a été causé. Cependant, le principal objectif des gens est le retrait du contenu d'Internet, ou encore, le déréférencement de certains sites Web afin qu'ils ne figurent plus dans les résultats des moteurs de recherche¹. De plus, l'obtention de ces retraits serait idéalement rapide et peu coûteuse, et les ordonnances de retrait en soi seraient efficaces.

[5] Si l'obtention d'un retrait est coûteuse, celui-ci demeurera hors de la portée de nombreuses victimes de CSCII, ce qui constitue un problème d'accès à la justice. Si le retrait du contenu n'est pas obtenu rapidement, la probabilité que la CSCII cause des préjudices est accrue, tout comme la probabilité que ces préjudices soient graves. Il se peut que le contenu soit diffusé hors de la portée des tribunaux canadiens, qu'il soit difficile de le contenir ou que des personnes faisant partie du cercle social de la partie

demanderesse prennent connaissance de l'image, de sorte que la CSCII aura déjà causé la majorité du préjudice possible. Enfin, le concept de l'efficacité se rapporte à la force exécutoire ainsi qu'au nombre et au type de parties défenderesses visées par une ordonnance de retrait. Il n'existe aucune solution parfaite pour obtenir des retraits rapides, peu coûteux et efficaces. Les tentatives de diminuer le coût de l'accès à la justice impliquent souvent un compromis au chapitre de l'efficacité, et l'accélération du processus peut se traduire par une diminution de son efficacité. Par exemple, une procédure devant une cour des petites créances est généralement plus rapide et moins coûteuse qu'une procédure devant une cour supérieure, mais les recours limités que peut ordonner une cour des petites créances font en sorte que cette approche est moins efficace.

[6] Enfin, il faut tenir compte des coûts pour le système de justice. La création d'un tribunal spécialisé, en particulier un tribunal en ligne semblable au tribunal de règlement des conflits au civil (Civil Resolution Tribunal) de la Colombie-Britannique, est une solution idéale pour offrir des recours rapides, peu coûteux et efficaces. Une telle recommandation a été formulée à la Commission du droit de l'Ontario afin de réformer le droit de la diffamation en particulier et les préjudices causés en ligne en général². Cependant, un tel tribunal aurait besoin d'investissements importants (à bien des égards, y compris en temps, en argent et en innovation), ce qui dépasse la portée du présent projet. Le fait d'apporter des modifications importantes aux pratiques juridiques traditionnelles (p. ex. permettre aux cours des petites créances d'accorder des injonctions), qui auraient une incidence sur la volonté des provinces d'adopter les lois proposées, fait partie des autres coûts imposés au système de justice.

[7] Notre principale recommandation vise à créer une cause d'action accélérée pour la CSCII qui pourrait être entendue rapidement. À certains endroits, cela peut comprendre, sur présentation d'une requête, le prononcé d'une décision s'appuyant sur le témoignage par affidavit. Le fardeau de la preuve imposé à la partie demanderesse serait minime et les recours principaux seraient déclaratoires et injonctifs, bien que des dommages-intérêts symboliques puissent être accordés. L'objectif est de donner aux victimes de CSCII ce qu'elles veulent le plus, de la façon la plus rapide et la moins coûteuse possible.

[8] Nous reconnaissons que certaines parties demanderesses voudront obtenir des dommages-intérêts. Par conséquent, nous recommandons d'ajouter un délit plus traditionnel qui impose un fardeau supérieur aux parties demanderesses, qui sera plus long à plaider et qui nécessitera probablement l'aide d'un avocat, mais qui pourrait entraîner le versement de dommages-intérêts importants.

2. Le maintien du statu quo


[9] Pour la plupart des victimes de CSCII, la façon la plus rapide, la moins coûteuse et la plus efficace d'obtenir réparation est d'informer une plateforme qu'une certaine image viole les conditions d'utilisation de la plateforme.

[10] Les intermédiaires d'envergure, comme Google, Twitter, Instagram et YouTube, ont tous établi des conditions d'utilisation interdisant la CSCII³. Bien que la vitesse de traitement de ces questions varie, ce mécanisme est plus rapide que la majorité des procédures judiciaires. C'est une solution peu coûteuse (gratuite) qui n'exige aucune aide juridique. Cette solution comporte toutefois des inconvénients. Par exemple, les décisions de retirer des images s'appliquent uniquement à un intermédiaire en particulier; il est impossible d'ordonner à un particulier de supprimer une publication ou de ne pas publier de contenu ailleurs, et le processus ne touche pas d'autres intermédiaires. Deuxièmement, il est possible qu'un intermédiaire estime que ses conditions d'utilisation n'ont pas été violées. Par exemple, si une image a été publiée initialement avec le consentement de la personne visée, mais que celle-ci a ensuite retiré son consentement, il est peu probable que Google en fasse le déréférencement ou la retire⁴. Troisièmement, la transparence, l'application régulière de la loi ou le droit d'interjeter appel des décisions des intermédiaires sur l'application de leurs conditions d'utilisation sont généralement limités, voire inexistantes.

[11] En outre, nos conversations avec des spécialistes ont révélé que les intermédiaires ne retirent pas toujours le contenu présumé illégal. Par exemple, si la pornographie ne viole pas les conditions d'utilisation, le consentement devient le point central de l'enquête visant à déterminer s'il convient de retirer le contenu, et les intermédiaires sont mal outillés pour évaluer cette question. Une ordonnance d'un tribunal énonce clairement que le contenu est illégal et peut exiger le retrait du contenu par un fournisseur indépendant (que ce soit en le permettant à la partie demanderesse ou en l'ordonnant à la partie défenderesse.).

[12] Il est utile d'illustrer le fonctionnement d'une demande de retrait sur deux plateformes, à savoir Facebook et Google. La nudité adulte et les activités sexuelles en général, et précisément la CSCII, violent les Standards de la communauté de Facebook⁵. Généralement, les utilisateurs peuvent signaler une image en cliquant sur l'option « signaler » à côté de l'image (les « ... » dans le coin supérieur droit d'une publication), et en sélectionnant l'option appropriée dans le menu déroulant. La CSCII entre dans la catégorie « Autre chose ».

Veillez sélectionner un problème pour continuer ✕

 Vous pouvez signaler la publication après avoir sélectionné un problème.

Nudité Violence Harcèlement

Suicide ou automutilation Fausse information

Spam Ventes interdites

Discours incitant à la haine Terrorisme

Q. Autre chose

Si une personne est en danger immédiat, appelez les services d'urgence sans attendre.

[13] Facebook n'offre pas de solution simple pour lui faire part d'une ordonnance d'un tribunal exigeant le retrait de contenu. Une partie demanderesse ou son avocat doit simplement communiquer avec un avocat de l'entreprise. En revanche, Google offre un formulaire en ligne permettant de lui transmettre les ordonnances des tribunaux, tant que celles-ci ne visent pas Google⁶. Dans cette situation, le processus ressemble à celui de Facebook : une partie demanderesse ou son avocat doit communiquer avec un avocat de l'entreprise.

[14] En revanche, Google retire les CSCII dans des circonstances plus précises⁷. Il supprime les images explicites communiquées sans consentement si celles-ci violent ses politiques ou si le retrait du contenu est autrement jugé approprié⁸. Une publication ne viole pas les politiques de Google si le plaignant a consenti à la publication de l'image ou de la vidéo, si le plaignant n'est pas identifiable, si le plaignant a reçu un paiement pour la publication ou s'il a autrement profité de sa circulation. Le retrait peut être justifié s'il existe une menace de publication, ou peut être injustifié si l'image est susceptible d'intéresser les médias ou suscite fortement l'intérêt du public⁹. Selon le droit canadien, un tribunal pourrait conclure qu'un contenu est illégal dans des circonstances qui ne violeraient pas les conditions d'utilisation de Google, ce qui fait en sorte qu'une ordonnance d'un tribunal est un outil important pour retirer du contenu.

[15] Selon ce qui précède, bien que la transmission d'un avis à un intermédiaire demeure la mesure la plus rapide, la moins coûteuse et souvent la plus efficace que peuvent prendre les personnes lorsque des images intimes sont communiquées sans consentement par l'entremise d'un intermédiaire, d'autres outils juridiques sont sans doute nécessaires.

3. Un délit faisant l'objet d'une procédure simple et accélérée

[16] Nous recommandons que la CHLC crée une action accélérée pour la CSCII. Elle serait uniquement composée des éléments suivants : a) la partie défenderesse a distribué b) une image intime c) de la partie demanderesse. Il ne serait pas exigé de prouver une faute ou une perte. Il ne serait pas exigé de prouver que l'image a été distribuée sans consentement.

[17] Il devrait exister un moyen de défense selon lequel d) l'image a été distribuée avec consentement. Si l'image a été distribuée avec consentement, le comportement n'est pas répréhensible et une injonction est inappropriée. Il devrait aussi exister un moyen de défense fondé sur e) l'intérêt public et certains autres moyens de défense énumérés (communication de bonne foi à la police, etc.). Les recours seraient principalement déclaratoires et injonctifs, bien que des dommages-intérêts symboliques puissent être accordés.

[18] Avant d'examiner en détail les éléments, les moyens de défense et les considérations de procédure, nous soulignons que cette proposition est semblable à la disposition irlandaise prévoyant un recours déclaratoire à l'article 28 de la *Defamation*

*Act 2009*¹⁰. Aux termes de cet article, une partie demanderesse peut choisir de demander une ordonnance déclaratoire indiquant qu'une déclaration est fausse et diffamatoire. La prise de cette décision empêche une cause d'action traditionnelle¹¹ ainsi que l'octroi de dommages-intérêts¹². Cependant, un tribunal peut rendre une ordonnance afin de corriger la déclaration diffamatoire, d'empêcher la publication du contenu ou d'empêcher sa publication ultérieure¹³.

[19] L'avantage d'un recours déclaratoire est sa rapidité éventuelle. Cependant, le fardeau imposé à la partie demanderesse en Irlande demeure élevé. Aux termes de l'article 28, la partie demanderesse doit convaincre le tribunal que la déclaration est diffamatoire, qu'il n'existe pas de moyen de défense, qu'une demande d'excuses, de rectification ou de rétractation a été formulée, mais qu'elle n'a reçu aucune réponse ou a reçu une réponse insuffisante¹⁴. Dans l'affaire *Lowry v. Smith*¹⁵, le tribunal a affirmé, dans une remarque incidente, que l'article 28 impose un lourd fardeau à la partie demanderesse, car celle-ci doit convaincre le tribunal qu'il n'existe aucun moyen de défense autre que la demande :

[20] Il n'est pas étonnant qu'il y ait eu si peu de demandes depuis le prononcé de cette décision. En s'appuyant sur cette analyse, il est presque impossible qu'un demandeur invoquant l'article 28 ait gain de cause, et s'il voit sa demande rejetée, il n'a plus aucun autre recours¹⁶.

[21] L'expérience de l'Irlande et le fait que la CSCII est plus simple que la diffamation nous portent à recommander la création d'un simple délit imposant un fardeau de la preuve relativement faible à la partie demanderesse.

[22] Nous ne nous prononçons pas sur la question de savoir si la procédure accélérée devrait être une cause d'action distincte ou une disposition d'un seul et unique délit de CSCII prévu dans la loi (comme c'est le cas dans la *Defamation Act 2009* d'Irlande), tant que le fardeau imposé à la partie demanderesse pour l'obtention de mesures de redressement déclaratoire et d'une injonction est moindre que celui imposé pour l'obtention de dommages-intérêts compensatoires.

Éléments

a) Distribution

Recommandation

La définition de la distribution devrait reposer sur le fait de rendre les images accessibles à d'autres personnes. Elle ne devrait comprendre aucune notion de connaissance ou d'intention de distribution.

[23] La définition de la distribution des lois sur la CSCII actuellement en vigueur est un bon point de départ. Par exemple, la distribution est définie en ces termes dans la *Loi sur la protection des images intimes* du Manitoba :

i.1(2) Pour l'application de la présente loi, 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 personne¹⁷.

[24] La langue de publication et le fait de rendre un contenu accessible sont relativement compatibles avec la définition de la publication en matière de diffamation, ce qui peut être utile pour interpréter la loi (bien qu'il soit difficile de savoir si la personne doit avoir *sciemment* distribué le contenu pour avoir commis un délit de diffamation¹⁸). La distribution consiste à rendre le contenu accessible à de tierces parties; il ne s'agit pas de possession, de paternité d'une œuvre, ni d'approbation. Les définitions actuelles véhiculent ce sens raisonnablement bien.

[25] Les rédacteurs législatifs peuvent se pencher sur l'utilité des exemples donnés dans les lois (transmettre, vendre, en faire la publicité [...]). La langue de distribution du contenu ou le fait de le rendre accessible peuvent être suffisants.

[26] Nous proposons d'éliminer l'exigence d'avoir « sciemment » publié le contenu. Il s'agit essentiellement d'une exigence en matière de faute et nous voulons que la procédure accélérée repose sur une responsabilité stricte. Nous formulons cette recommandation pour faciliter la tâche de la partie demanderesse plaidant le litige; elle n'aura pas à prouver que la partie défenderesse savait qu'elle distribuait une image en particulier. Cependant, il est par conséquent impossible d'obtenir des dommages-intérêts compensatoires (contrairement aux dispositions des lois canadiennes sur la CSCII). L'objectif est de faire en sorte que la distribution d'une image puisse être déclarée illicite et que le retrait de l'image puisse être ordonné, peu importe si la partie défenderesse a commis cet acte sciemment ou avait une intention en particulier.

[27] Cela soulève la question de savoir si les intermédiaires Internet seraient visés par ce simple délit. Selon la définition de la distribution proposée, ils le seraient probablement. Cependant, le fait de tenir les intermédiaires Internet responsables de la CSCII dans la plupart des cas soulève de graves problèmes à nos yeux. En outre, il y a lieu de croire que les entreprises comme Google et Facebook pourraient résister aux tentatives de les tenir responsables, tandis qu'elles pourraient être prêtes à respecter une ordonnance d'un tribunal découlant d'un verdict de responsabilité prononcé à l'encontre d'une autre personne.

[28] En pratique, la partie demanderesse intenterait une action contre la personne qui a communiqué l'image intime. La procédure accélérée permettrait à la partie demanderesse d'obtenir une ordonnance déclaratoire indiquant que l'image est illégale qui lui permettrait de demander aux fournisseurs en ligne de retirer l'image ou d'obtenir une injonction contre la partie défenderesse lui ordonnant de faire retirer l'image. Toutes ces solutions ouvrent la voie pour permettre à la partie demanderesse ou à la partie

défenderesse, selon l'ordonnance, de transmettre l'ordonnance aux services juridiques des bureaux d'un intermédiaire et de demander le retrait du contenu. La plupart des conditions d'utilisation des sites interdisent la publication de contenu illégal; une ordonnance d'un tribunal constitue donc une preuve probante que leurs conditions ont été violées.

[29] En outre, en principe, la majorité des intermédiaires d'envergure respectent les lois applicables à l'échelle locale¹⁹. Les intermédiaires étudieront soigneusement une ordonnance d'un tribunal afin de déterminer s'ils s'y conformeront ou non. Cela s'explique en partie par le fait qu'ils offrent des plateformes mondiales et doivent utiliser différentes approches culturelles et juridiques en ce qui a trait au droit à la liberté d'expression par rapport à d'autres droits. Il arrive que les entreprises subissent des pressions pour retirer du contenu en application d'une loi qui est vague ou dans des circonstances contraires aux principes internationaux des droits de personne (p. ex. contenu critiquant l'État, contenu blasphématoire, contenu offensant²⁰). Par conséquent, les entreprises refusent parfois de retirer le contenu. Aucune de ces préoccupations ne s'applique au délit précis que nous proposons.

[30] Il reste à savoir s'il est approprié que les intermédiaires soient responsables de la distribution d'images intimes dans des circonstances précises. En particulier, nous sommes préoccupés par les intermédiaires qui se consacrent principalement à l'hébergement de contenu comme les images intimes communiquées sans consentement. Il existe plusieurs possibilités. Premièrement, les intermédiaires pourraient être explicitement exclus. Par exemple, la version préliminaire de l'*Uniform Civil Remedies for Unauthorized Disclosure of Intimate Images Act* des États-Unis (version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis) exonère les intermédiaires de toute responsabilité; elle précise que la loi doit être interprétée conformément à la disposition régissant actuellement la responsabilité des intermédiaires, à savoir l'article 230 de la *Communications Decency Act*²¹. Deuxièmement, la responsabilité pourrait être limitée à un sous-ensemble d'intermédiaires répondant à des critères bien précis, à savoir « les pires acteurs qui soient », c'est-à-dire « les sites qui encouragent le harcèlement électronique ou la pornographie sans consentement, qui font de l'argent en retirant le contenu *ou* qui hébergent principalement des images d'actes de harcèlement électronique ou de la pornographie sans consentement²² ». Troisièmement, un intermédiaire pourrait profiter d'une exonération de responsabilité qu'il pourrait perdre s'il n'a pas pris « des mesures raisonnables pour remédier à l'utilisation illégale de ses services²³ ».

[31] Pour la procédure accélérée applicable au délit simple, nous préférons la première solution, à savoir d'exclure explicitement les intermédiaires de l'application de la loi). Notre recommandation est différente pour l'action en dommages-intérêts compensatoires (voir l'alinéa 4 b) ci-dessous).

b) « Image intime »

Recommandation

La définition d'image intime devrait englober les images modifiées, les images de quasi-nudité et d'autres images de nature semblable (images représentant une personne qui fait sa toilette, qui s'habille et qui se déshabille, et images prises sous la jupe d'une femme), mais devrait exclure le contenu entièrement original.

[32] Toutes les lois canadiennes régissant la CSCII utilisent la même définition d'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 distribution²⁴.

[33] Cette définition soulève certaines préoccupations, à savoir si la définition devrait englober les images modifiées, et s'il convient d'utiliser une définition plus large afin d'inclure d'autres formes d'intimité sexuelle.

(i) Images ou enregistrements modifiés

[34] Il est de plus en plus commun que des images, des enregistrements vidéo ou des enregistrements sonores modifiés, familièrement appelés de l'hypertrucage, soient créés dans l'objectif de causer un préjudice à une personne. Comme Robert Chesney et Danielle Citron l'ont expliqué :

Alimentée par l'intelligence artificielle, l'usurpation numérique d'identité est en hausse. Des algorithmes d'acquisition de connaissances (souvent des réseaux neurones) combinés à des logiciels de reconnaissance faciale permettent de fabriquer facilement et à faible coût du contenu usurpant l'identité d'une personne (voix, visage, corps). L'hypertrucage insère le visage de personnes dans des vidéos sans leur permission. Il donne des « vidéos crédibles qui montrent des personnes tenant des propos qu'elles n'ont jamais tenus et faisant des choses qu'elles n'ont jamais faites²⁵ ».

[35] Cette technologie a attiré l'attention du public lorsqu'une série de fausses images et vidéos pornographiques ont été créées et distribuées. Dans ce contenu, les visages de célébrités avaient été superposés aux corps d'autres personnes. Pour faire de l'hypertrucage, l'auteur de l'infraction a généralement besoin d'avoir accès à des centaines d'images de la victime²⁶. Des applications faciles d'utilisation, comme Fake App, fonctionnent mieux lorsqu'elles comprennent de nombreuses images des sujets²⁷. Par conséquent, l'hypertrucage est actuellement plus facile lorsque l'auteur de l'infraction a accès à une foule d'images d'une personne, comme une personnalité publique ou une personne avec qui il entretient une relation personnelle. Cependant, cette technologie évolue. Les algorithmes d'acquisition de connaissances permettent de faire des hypertrucages réalistes à partir d'une seule image²⁸, et d'autres innovations technologiques permettent de faire des hypertrucages de qualité supérieure facilement et rapidement²⁹. Par conséquent, les hypertrucages constituent un grand défi sur le plan juridique en général, particulièrement pour la CSCII. Des groupes actifs sur des médias sociaux populaires ont été créés essentiellement dans l'objectif de discuter des façons de produire de fausses vidéos pornographiques de personnes qu'ils connaissent, souvent un ex-conjoint³⁰. Les victimes sont généralement des femmes, soit un problème de nature genrée semblable à celui observé dans le cas des images intimes représentant une personne nue qui sont communiquées sans consentement.

[36] Les victimes de vidéos sexuelles hypertruquées peuvent subir des préjudices émotionnels importants. Les vidéos peuvent sembler réalistes et avoir les mêmes conséquences dans le monde réel que les images intimes communiquées sans consentement, comme l'atteinte à la réputation, la perte d'emploi, la traque, le harcèlement, etc. Les conséquences pour la victime peuvent comprendre la chosification sexuelle sans consentement, un sentiment de honte et d'humiliation, et la diminution du pouvoir de la victime de consentir à tous les aspects de ses expériences sexuelles³¹.

[37] Nous recommandons de modifier la définition d'image intime afin d'y inclure les images modifiées. Un projet de loi en Irlande, intitulé *Harmful Communications and Digital Safety Bill*³², constitue un bon exemple, bien qu'il ne s'agisse pas d'une loi criminelle. Dans la partie pertinente de ce projet de loi, les images intimes sont définies comme « un enregistrement visuel d'une personne qui est réalisé par tout moyen, y compris un enregistrement photographique, filmé ou vidéo (**que l'image de la personne ait été modifiée ou non d'une quelconque façon**³³) [...] » [non souligné dans l'original]. Nous sommes conscients du fait que certaines formes d'images modifiées servent l'intérêt public. Par exemple, une personne peut placer la tête d'un politicien sur le corps d'une autre personne aux fins de parodie. Notre proposition de moyen de défense fondée sur l'intérêt public prévoirait l'existence d'un moyen de défense pour les images modifiées créées et communiquées à des fins d'expression politique, de journalisme, de parodie ou à des fins semblables.

[38] Cependant, nous recommandons que la définition d'images intimes soit limitée aux images modifiées et ne s'applique pas au contenu entièrement original, comme les dessins ou les peintures représentant une personne nue³⁴. Ce contenu a été exclu de la

version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis, car le préjudice possible était de nature différente³⁵. Nous reconnaissons cependant que la version préliminaire de cette loi n'inclut pas explicitement les images modifiées dans sa définition d'image intime elle non plus. Le contenu entièrement original peut être haineux et humiliant, mais il ne constitue pas un abus de confiance dans un moment de vulnérabilité pour la personne qui sous-entend facilement une autonomie sexuelle, bien qu'il soit possible d'imaginer que quelqu'un puisse faire et distribuer un dessin réaliste et sexuellement explicite d'une personne comprenant des marques permettant de l'identifier, comme une tache de naissance. Un tel dessin pourrait entraîner les mêmes conséquences sur le plan de la vulnérabilité, de l'intimité et de l'humiliation. Ceci étant dit, par exemple, le fait d'envoyer au patron d'une personne un dessin représentant celle-ci dans un acte sexuel en dit davantage sur l'auteur du dessin que sur le sujet, sauf si le dessin ressemble en tout point à une véritable image. Nous sommes aussi conscients qu'il s'agit de formes d'expression artistique. Compte tenu de notre proposition d'inverser le fardeau de la preuve pour le consentement et de la possibilité d'appliquer une procédure accélérée reposant sur une responsabilité stricte, il est justifié d'exclure le contenu entièrement original de la définition d'image intime. Pour le contenu de cette nature, d'autres causes d'action peuvent être appropriées, comme l'atteinte à la vie privée, la diffamation ou l'infliction intentionnelle de troubles émotifs³⁶.

(ii) Images de quasi-nudité et images semblables

[39] À l'heure actuelle, toutes les lois canadiennes régissant la CSCII définissent les images intimes uniquement comme des représentations de nudité, c'est-à-dire où la personne « y figure nue ou y expose ses organes génitaux, sa région anale ou, dans le cas d'une femme, ses seins », ou des images d'activité sexuelle explicite³⁷. Les États-Unis limitent leur définition aux régions « non couvertes du corps », précisément aux régions suivantes : « parties génitales, région pubienne, anus ou mamelon d'une femme après la puberté³⁸ ». D'autres parties du corps intimes ont été exclues, car « il n'est pas rare que les fesses et les seins des femmes, outre le mamelon, soient exposés en public (p. ex. sur la plage et dans les boîtes de nuit³⁹) ».

[40] En revanche, d'autres pays utilisent une définition plus vaste qui englobe des images représentant des parties intimes du corps recouvertes de sous-vêtements, une personne qui fait sa toilette, une personne qui s'habille ou qui se déshabille, ou des images prises sous la jupe d'une femme. La Nouvelle-Zélande définit les enregistrements visuels intimes en ces termes :

Enregistrement visuel intime —

a) s'entend d'un enregistrement visuel (par exemple, une photographie, une vidéo ou une image numérique) fait sur n'importe quel support au moyen de n'importe quel dispositif, avec ou sans le consentement de la personne qui figure sur l'enregistrement, que l'enregistrement ait été fait à son insu ou non, et qui représente :

Délit de communication sans consentement d'images intimes (CSCII)

- (i) une personne qui se trouve à un endroit où elle peut raisonnablement s'attendre, compte tenu des circonstances, à voir sa vie privée protégée, et cette personne —
 - (A) est nue ou a ses parties génitales, sa région pubienne, ses fesses ou, s'il s'agit d'une femme, ses seins exposés, ou partiellement exposés, ou porte uniquement des sous-vêtements,
 - (B) se livre à une activité sexuelle intime, ^[L]_[SEP]
 - (C) prend sa douche, fait sa toilette ou effectue une autre activité personnelle au cours de laquelle elle s'habille ou se déshabille; ^[L]_[SEP]
 - (ii) les parties génitales, la région pubienne, les fesses ou, s'il s'agit d'une femme, les seins, nus ou recouverts de sous-vêtements, effectué —
 - (A) de derrière ou sous les vêtements d'une personne; ^[L]_[SEP]
 - (B) à travers des vêtements d'une personne dans des circonstances où il est déraisonnable de le faire;
- b) comprend un enregistrement visuel intime fait et transmis en temps réel sans qu'il soit conservé ou enregistré —
- (i) sur un support matériel;
 - (ii) en format électronique à partir duquel il est possible de reproduire l'enregistrement avec ou sans l'aide d'un appareil ou d'une chose⁴⁰.

[41] La loi en vigueur en Nouvelle-Zélande s'applique aussi aux enregistrements qui sont transmis sans être conservés. Les lois en vigueur en Écosse et en Irlande s'appuient sur des définitions plus vastes que les lois canadiennes sur la CSCII, mais il convient de souligner qu'il ne s'agit pas de lois criminelles. Dans la loi proposée en Irlande, la définition d'image intime comprend les parties intimes recouvertes de sous-vêtements⁴¹. L'Écosse définit l'infraction d'une manière générale, à savoir la communication ou la menace de communication de contenu montrant une « situation intime », y compris des parties du corps recouvertes uniquement de sous-vêtements⁴². La portée de ces définitions d'image intime est limitée par les critères selon lesquels soit l'image a été enregistrée dans des circonstances où il existe une attente raisonnable en matière de vie privée (Irlande et Nouvelle-Zélande), soit la communication a été faite intentionnellement (ou avec insouciance) dans l'objectif de susciter la peur, un sentiment d'alarme ou de la détresse (Écosse⁴³).

[42] Nous sommes préoccupés par le fait qu'une image incluant des sous-vêtements puisse être trop vaste et englober des comportements irrépréhensibles, comme la publication de photos prises à la plage. On peut imaginer une situation où quelqu'un publie des photos d'amis à la plage et qu'une personne s'oppose à la photo publiée (pour quelque raison que ce soit). Cependant, il serait rare, mais possible qu'une personne intente des poursuites dans ces circonstances. De plus, il importe de souligner que pour être passible de poursuites, la personne doit avoir enregistré l'image dans des circonstances où il existe une attente raisonnable en matière de vie privée. Cela limite grandement les images intimes pouvant donner lieu à des poursuites et aurait pour effet d'exclure de la définition les photos généralement prises à la plage. Dans une autre

situation, une personne pourrait transmettre une photo intime de quasi-nudité, qu'un ex-conjoint communique à des tiers. Cette situation est semblable à l'acte répréhensible visé par la communication d'images intimes de nudité et cause des préjudices semblables à la personne figurant sur la photo. Aux termes des lois canadiennes actuellement en vigueur, une telle image ne pourrait pas donner lieu à des poursuites dans le cadre de la CSCII, mais la personne visée pourrait invoquer une atteinte à la vie privée.

[43] Nous recommandons d'utiliser une définition d'image intime semblable à celle de la Nouvelle-Zélande, qui engloberait les comportements répréhensibles de nature intime et sexuelle, à savoir des photos de quasi-nudité, des photos représentant une personne qui fait sa toilette, qui s'habille et qui se déshabille, et des photos prises sous la jupe d'une femme, qui ont été prises ou communiquées dans des circonstances où il existe une attente raisonnable en matière de vie privée. En principe, de telles photos sont semblables à des images intimes de nudité en ce qui a trait au comportement répréhensible et au préjudice causé par leur communication. En pratique, il serait préférable que les actes similaires entrent dans le même cadre juridique. Autrement, une personne dont l'ex-conjoint a communiqué une image intime de quasi-nudité la représentant ne serait pas en mesure d'invoquer le délit de CSCII que nous proposons, mais pourrait le faire s'il s'agissait d'une photo de nudité.

c) Image « de la partie demanderesse »

Recommandation

Bien que la partie demanderesse doive prouver qu'elle figure sur l'image, la loi ne devrait pas exiger qu'elle soit identifiable par un tiers, c'est-à-dire que la personne figurant sur l'image puisse être reconnue par quelqu'un d'autre.

[44] Il reste entre autres à savoir si la cause d'action devrait s'appliquer uniquement aux images sur lesquelles figure une personne identifiable par un tiers, c'est-à-dire qu'elle est identifiable sur l'image ou par des renseignements figurant sur l'image (p. ex. la chambre en arrière-plan est reconnaissable). L'adoption d'une définition si précise aurait pour effet d'exclure certaines situations préjudiciables de la portée du délit. Prenons l'exemple d'une personne qui prend une photo de parties intimes de son corps et la transmet à son conjoint, qui la communique à d'autres personnes sans son consentement. La personne figurant sur la photo sait que la photo représente son corps même si personne d'autre ne le sait. En outre, la personne figurant sur la photo peut vivre dans la peur qu'elle soit identifiable ultérieurement, soit parce qu'une personne finit par comprendre qu'il s'agit d'elle, soit parce que la personne qui a publié l'image l'identifie.

[45] La version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis⁴⁴ prévoit explicitement que la personne figurant sur l'image intime doit être identifiable par un tiers :

3(2)b) Sauf disposition contraire de l'article 4, une personne figurant sur une image qui est identifiable et qui subit un préjudice en raison de la

communication intentionnelle ou de la menace de communication d'une image intime qui était privée sans son consentement peut intenter une action contre la personne qui a communiqué ou menacé de communiquer l'image si cette personne savait que [ou a fait preuve d'une insouciance grave quant aux faits suivants] :

- (1) la personne figurant sur l'image n'a pas consenti à la communication de l'image;
- (2) l'image intime était privée;
- (3) la personne figurant sur l'image était identifiable⁴⁵.

[46] Le terme « identifiable » est défini de la façon suivante :

2f) « identifiable » signifie reconnaissable par une personne autre que celle figurant sur :

- (A) une image intime d'elle-même;
- (B) une image intime et des caractéristiques affichées sur l'image intime permettant de l'identifier⁴⁶.

[47] Cette façon précise de voir les images intimes peut prendre son origine dans l'équilibre particulier qui existe aux États-Unis entre, d'une part, le droit à la liberté d'expression et d'autres droits garantis par le Premier amendement, et d'autre part, la conception étroite du délit d'atteinte à la vie privée. L'analyse de la façon de rédiger une loi efficace sur la CSCII ne semble pas remettre en question la nécessité que la personne soit identifiable⁴⁷.

[48] En revanche, toutes les lois canadiennes sur la CSCII utilisent la même définition d'image intime, qui ne met pas l'accent sur la question de savoir si la personne figurant sur l'image est identifiable. Les lois traitent plutôt de la « personne figurant sur l'image⁴⁸ ».

[49] L'une des principales différences réside dans le fait que dans les lois canadiennes, la CSCII prend son origine dans le droit à la vie privée (c.-à-d. l'enregistrement a été fait dans des circonstances où il existe une attente raisonnable en matière de vie privée⁴⁹). La version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis ne mentionne pas la vie privée dans la définition d'image intime⁵⁰, bien qu'elle soit autrement truffée de mentions de la vie privée. Le fait que la cause d'action dans les lois canadiennes prenne son origine dans le concept de la vie privée permet plus facilement d'interpréter qu'une image intime comprend les enregistrements où une personne n'est pas identifiable, car le droit à la dignité entrant dans la portée de la vie privée est facilement mis en cause dans ce type de communication.

[50] Malgré l'apparente souplesse de la définition d'image intime dans les lois canadiennes, nous concluons que la définition manque actuellement de clarté. L'expression « y figurant » peut être interprétée comme « identifiable ». Cette expression n'est définie dans aucune des lois. La version préliminaire de l'*Intimate*

Images Act des États-Unis donne une explication informative de cette expression, à savoir « une personne dont le corps est montré en tout ou en partie dans une image intime⁵¹ ». Compte tenu de cette définition, l'expression « y figurant » peut être interprétée largement pour englober toute partie du corps, plutôt que les parties du corps qui rendent une personne identifiable. Nous sommes néanmoins insatisfaits de cette incertitude.

[51] Nous concluons que la loi devrait énoncer explicitement que la cause d'action n'est pas subordonnée au fait que la partie demanderesse doive être identifiable *par un tiers*. Il est suffisant que la personne en question sache qu'il s'agit d'elle et puisse prouver au tribunal qu'elle figure sur l'image. Nous en venons à cette conclusion pour les motifs énoncés ci-dessous.

[52] Le fait de restreindre la cause d'action aux images de personnes identifiables est axé sur un seul aspect des préjudices de la CSCII, à savoir l'atteinte à la réputation. Une cause d'action pour les personnes identifiables se rapporte à l'atteinte à la réputation découlant du fait d'avoir été exposées publiquement. Cette approche s'appuie sur la logique selon laquelle si personne ne sait qui est représenté sur l'image, la personne en question n'est pas susceptible de subir d'atteinte à la réputation et n'a par conséquent aucune cause d'action. Cependant, nous rejetons cette approche en principe et pour des motifs pratiques. En principe, elle ne tient pas compte de tous les préjudices de la CSCII sur le plan social. Le fait de reconnaître explicitement une cause d'action pour les images intimes non identifiables communiquées sans consentement crée une cause d'action à la fois pour les atteintes à la réputation et les atteintes à la vie privée. Il reconnaît aussi que l'identité sexuelle et la chosification sexuelle sont en cause pour les deux types d'images, et qu'il n'existe en principe aucune raison de protéger un groupe au détriment d'un autre, car la distribution de telles images peut causer de graves troubles émotionnels dans les deux cas. En pratique, il existe de nombreuses situations marginales ne justifiant pas une définition si précise. En particulier, la personne peut craindre d'être identifiée ultérieurement. Dans une telle situation, la CHLC recommande un processus accéléré, car il est essentiel d'agir rapidement pour arrêter la distribution d'une image (dans la mesure du possible). La nécessité d'attendre qu'un plaignant soit identifiable force celui-ci à attendre de subir les pires dommages possible avant d'être en mesure d'agir.

d) Préjudice

Recommandation

Il ne devrait pas y avoir d'élément fondé sur le préjudice.

[53] Il est entendu que nous recommandons de ne pas inclure d'élément fondé sur le préjudice. De nombreux délits exigent une preuve de préjudice; ils ne donnent pas lieu à des poursuites en soi. Cela est logique lorsque les délits visent principalement à obtenir un dédommagement et que la norme de faute est l'imprudence. Il existe cependant un certain nombre de délits qui donnent lieu à des poursuites en soi; il s'agit généralement de délits intentionnels lorsque l'acte répréhensible est la violation d'un droit, sans égard

au préjudice. C'est le cas des voies de fait, par exemple, lorsque l'acte répréhensible porte atteinte au droit à l'autonomie corporelle d'une personne.

[54] Actuellement, les délits de CSCII au Canada n'exigent aucune preuve de préjudice. Cependant, la version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis exige que la partie demanderesse subisse un préjudice⁵². Ceci étant dit, le préjudice comprend donc les troubles émotionnels; il est difficile d'imaginer un litige relatif à la CSCII dans le cadre duquel la partie demanderesse ne souffre d'aucun trouble émotionnel.

[55] Nous recommandons de ne pas exiger la preuve de préjudice tant pour le processus accéléré que pour les situations plus complexes pour deux raisons, à savoir une raison de principe et une raison pratique. En principe, l'acte répréhensible constitue sans doute au moins une violation du droit de ne pas voir ces images publiées et est semblable à une violation du droit à la vie privée. Même si la partie demanderesse ne subit pas de souffrance ou de perte, la CSCII implique la violation d'un droit. Par conséquent, aucune preuve de préjudice ne devrait être exigée.

[56] Deuxièmement, en pratique, un préjudice – à tout le moins lorsqu'il s'agit de troubles émotionnels – sera toujours présent en réalité. Le fait d'exiger à la partie demanderesse de le prouver lui impose un fardeau inutile.

Défenses

Recommandation

Les défenses, tant pour le délit de CSCII faisant l'objet d'une procédure accélérée que pour le délit donnant lieu à l'obtention de dommages-intérêts compensatoires, devraient inclure le consentement, l'intérêt public et d'autres défenses énumérées (communication de bonne foi à la police, etc.). D'autres défenses fondées sur la faute devraient s'appliquer uniquement à l'action intentée pour l'obtention de dommages-intérêts.

e) Défense s'appuyant sur le consentement

Recommandation

Le consentement devrait être une défense pour les deux types de délits de CSCII. La connaissance du consentement ou de l'absence de consentement et l'insouciance ou l'absence d'insouciance relative au consentement ne devraient pas être des éléments ou des défenses. Le consentement devrait explicitement être révocable.

[57] Bien que la CSCII soit, conformément à son nom, un délit de communication *sans consentement*, la plupart des lois canadiennes sur la CSCII actuellement en vigueur sont axées sur l'absence de la *connaissance* du consentement, et non sur la question de

savoir s'il existe en fait un consentement. Les lois du Manitoba et de l'Alberta, dont la formulation est presque identique, sont celles qui expriment le mieux cette idée :

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 cause⁵³.

[58] La même exigence de publier des images en sachant qu'il n'existe pas de consentement semble exister en Saskatchewan, mais la formulation utilisée dans la loi manque de clarté. Bien que le paragraphe 7.3(1) prévoit que la distribution d'une image intime sans consentement constitue un délit, la loi définit l'absence de consentement uniquement en termes d'absence de *connaissance* du consentement (ou de négligence).

7.3(1) Commet un délit quiconque distribue une image intime d'une autre personne sans le consentement de cette dernière.

(2) La personne qui distribue une image intime commet le délit mentionné au paragraphe (1) contre la personne figurant sur l'image dans toutes les situations suivantes :

- a) la personne sait que la personne figurant sur l'image n'a pas consenti à la distribution de l'image;
- b) la personne fait preuve d'insouciance quant à la question de savoir si la personne figurant sur l'image a consenti à la distribution de l'image. [Non souligné dans l'original.] [traduction]

[59] Pour compliquer les choses, en Saskatchewan, « 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 cause⁵⁴. » Cette disposition semble inverser le fardeau de la preuve, mais comme l'existence de motifs raisonnables de croire et l'insouciance (ou l'absence d'insouciance) ne sont pas la même chose, il est difficile de savoir ce que la partie demanderesse doit prouver, s'il y a lieu, en ce qui concerne le consentement.

[60] Dans la loi en vigueur en Nouvelle-Écosse, la définition du consentement s'appuie elle aussi sur la connaissance du consentement ou sur l'insouciance à l'égard de la connaissance du consentement⁵⁵. Fait intéressant, bien que le consentement réel ne semble pas être une défense pour la CSCII en Nouvelle-Écosse, *il l'est* pour la cyberintimidation autre que la CSCII, comme le prévoit l'article 7 de la loi en vigueur en Nouvelle-Écosse. Cela s'explique vraisemblablement par le fait que l'absence de consentement est intégrée efficacement dans la définition de la CSCII.

[61] Dans la plupart des provinces disposant d'une loi encadrant la CSCII, il semble par conséquent que la démarche relative à l'obtention du consentement repose

uniquement sur la question de savoir si le défendant *savait* qu'il y avait un consentement ou s'il a fait preuve de négligence quant à l'obtention du consentement (démarche subjective), et non sur la question de savoir si la personne a réellement donné son consentement, selon une évaluation objective. Prenons l'exemple d'une situation dans laquelle la partie défenderesse a mal entendu la partie demanderesse. Ils ont discuté du téléversement d'une vidéo de nature sexuelle dans un site Web. La partie demanderesse a d'abord donné son accord, puis a changé d'avis. Elle a exprimé son désir clairement, mais malheureusement, la partie défenderesse n'a pas entendu la partie demanderesse lorsque celle-ci a indiqué qu'elle avait changé d'avis. Par la suite, chacune des parties pensait que l'autre comprenait que la vidéo serait téléversée (partie défenderesse) ou ne le serait pas (partie demanderesse). Selon une approche objective du consentement, les paroles claires de la partie demanderesse peuvent mener à la conclusion qu'elle n'a pas donné son consentement. Cependant, selon une approche fondée sur la connaissance du consentement, la partie défenderesse ne serait pas tenue responsable, car elle n'avait pas la connaissance du consentement. Dans la situation décrite ci-dessus, il n'est pas évident que la partie défenderesse a fait preuve d'insouciance quant au consentement, car la partie demanderesse a donné son consentement dans une discussion portant explicitement sur le consentement.

[62] L'objectif de cet exemple n'est pas de déterminer si la responsabilité doit reposer sur ces faits, mais de souligner la différence entre le consentement, la connaissance du consentement et l'insouciance à l'égard du consentement.

[63] Bien que nous expliquions ci-dessous les motifs pour lesquels nous estimons que la définition du consentement ne devrait pas se fonder sur la connaissance du consentement (ou l'insouciance), même en supposant que l'approche fondée sur la connaissance du consentement est appropriée, il est difficile de savoir ce que cela signifie. Est-ce que cela signifie qu'il n'y avait pas de consentement, objectivement, et que la partie défenderesse le savait, ou est-ce que cela signifie que la partie défenderesse croyait honnêtement qu'il n'y avait pas de consentement? La confusion semble découler de l'emprunt de l'expression « connaissance du consentement » au droit criminel sans l'emprunt de l'élément du consentement en soi. (Si cet élément était présent, la question de savoir si la connaissance du consentement signifie qu'il *existe* réellement un consentement ne se poserait pas, car le consentement devrait être prouvé séparément.) La plupart des lois provinciales encadrant la CSCII manquent plutôt de clarté quant à la question de savoir si l'existence du consentement en soi doit être établie, mais sur le plan de l'interprétation de la loi, il semblerait que non.

[64] Pour déterminer comment le consentement devrait être intégré au modèle de la CHLC, notre point de départ est le fait que dans le cadre d'un délit, le consentement est évalué de façon objective. Il s'agit de savoir si, compte tenu des faits, une personne raisonnable jugerait qu'il existe une entente⁵⁶. Par exemple, l'utilisation du consentement comme défense aux délits intentionnels, comme les voies de fait, consiste à savoir si une personne raisonnable jugerait qu'il y avait un consentement dans les

circonstances, et non si la partie défenderesse a compris qu'il y avait un consentement ou a fait preuve de négligence.

[65] Le droit criminel, qui exige généralement une intention coupable subjective, est plus susceptible d'évaluer le consentement de façon subjective. Par exemple, la définition du consentement au contact sexuel repose sur l'accord subjectif du plaignant – la question de savoir s'il a consenti, dans son esprit⁵⁷; le fait de croire honnêtement, mais à tort, que l'autre personne a donné son consentement (là encore, à l'issue d'une démarche subjective) constitue une défense même lorsqu'il n'y avait pas de consentement⁵⁸.

[66] Les exigences relatives à la connaissance subjective, à la croyance ou à la négligence sont plus compatibles avec le droit criminel et son exigence d'intention coupable. L'approche du droit de la responsabilité délictuelle, qui est plus objective et favorable à la partie demanderesse, est justifiable parce que le délit accorde moins d'importance au caractère répréhensible de l'acte que le droit criminel et stigmatise moins les parties défenderesses.

[67] Par conséquent, nous recommandons que les délits de CSCII fassent simplement l'objet d'un moyen de défense fondé sur le consentement et ne fassent pas référence à la connaissance du consentement ou à l'insouciance à l'égard du consentement. En plus d'être compatible avec le droit de la responsabilité délictuelle et justifiable compte tenu de la stigmatisation moindre et des recours possibles, cette approche est plus simple et plus claire que l'approche du consentement dans les délits de CSCII existant au Canada.

[68] Certains peuvent penser que cette approche est trop sévère pour les parties défenderesses et qu'il devrait exister une quelconque défense fondée sur une croyance sincère, mais erronée. Les lois canadiennes encadrant la CSCII qui comprennent des définitions du consentement articulées autour de la connaissance et de l'insouciance sont subjectives et pourraient être interprétées comme offrant une défense fondée sur une croyance sincère, mais erronée. À notre avis, il ne s'agit pas nécessairement de l'objectif de ces lois, mais même si c'était le cas, nous ne recommanderions pas de prévoir une défense fondée sur une croyance sincère, mais erronée. En droit de la responsabilité délictuelle, contrairement au droit criminel, une croyance sincère, mais erronée n'est jamais, à notre connaissance, une défense, sauf si la croyance erronée est aussi *raisonnable*. Par exemple, voici un extrait de la *Loi sur le consentement aux soins de santé* de l'Ontario :

29 (1) Si un traitement est administré à une personne avec un consentement que le praticien de la santé croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et en toute bonne foi, être suffisant pour l'application de la présente loi, le praticien de la santé ne peut être tenu responsable d'avoir administré le traitement sans consentement⁵⁹. [Non souligné dans l'original.]

[69] Cela reflète le point de vue qu'il est répréhensible de porter atteinte au droit à l'autonomie corporelle d'une personne même si la partie défenderesse estimait qu'il y avait un consentement, sauf si un critère objectif fondé sur le caractère raisonnable est respecté. Un exemple connexe est la défense de légitime défense, qui s'appuie sur la croyance réelle et raisonnable que la partie défenderesse était susceptible de subir des lésions corporelles de façon imminente⁶⁰. Autrement dit, il ne suffit pas que la partie défenderesse croyait sincèrement qu'elle était en danger; cette croyance doit être raisonnable⁶¹.

[70] Il convient donc de se demander s'il devrait exister, en plus du consentement, une défense de la croyance sincère *et raisonnable* au consentement. D'une part, cela refléterait le libellé de la *Loi sur le consentement aux soins de santé* et offrirait une certaine défense pour les parties défenderesses ayant de bonnes intentions lorsqu'il n'y avait pas de consentement réel.

[71] D'autre part, il est possible de penser que la défense de la croyance sincère et raisonnable n'ajoute rien. Lorsque le consentement en soi est évalué objectivement, il est difficile d'imaginer comment la partie défenderesse pourrait croire raisonnablement qu'il y avait un consentement alors que ce n'était pas le cas (une personne raisonnable ne penserait pas qu'un consentement a été donné). Le consentement et la croyance raisonnable au consentement reposent sur la même question, à savoir si une personne raisonnable penserait qu'il y avait un consentement dans les circonstances.

[72] On peut penser que la responsabilité relative à l'insouciance quant au consentement aurait le même effet que l'exigence fondée sur le caractère raisonnable et que le libellé utilisé dans les lois encadrant actuellement la CSCII s'applique à la même gamme de comportements. En pratique, ça peut être le cas. Néanmoins, l'insouciance repose sur les connaissances et l'intention de la partie défenderesse. Le *Black's Law Dictionary* définit l'« insouciance » en ces termes : « Comportement par lequel une personne ne désire pas des conséquences néfastes, mais envisage cette possibilité et prend consciemment le risque qu'elles se manifestent⁶². » Une évaluation du caractère raisonnable n'a rien à voir avec ce que la partie défenderesse savait ou pensait; elle repose uniquement sur ce qu'une personne raisonnable aurait compris.

[73] Par conséquent, nous préférons simplement prévoir une défense fondée sur le consentement. Si la partie défenderesse croyait sincèrement qu'il y avait un consentement, mais que le juge des faits détermine qu'il était déraisonnable de tirer cette conclusion, elle devrait être responsable. La question ne devrait pas se fonder sur la connaissance subjective ou l'insouciance. Nous ne nous objectons aucunement à l'idée d'inclure une défense de la croyance sincère et honnête au consentement, comme celle prévue dans la *Loi sur le consentement aux soins de santé*. Cela peut offrir une plus grande certitude lorsque les juges des faits sont enclins à évaluer le consentement de façon subjective. Cependant, si le droit du consentement est appliqué correctement, une telle défense n'ajoute rien.

[74] Nous n'avons pas encore traité de la question de savoir pourquoi le consentement devrait être une défense, c'est-à-dire pourquoi nous proposons que la partie défenderesse ait le fardeau de prouver l'existence du consentement. Dans les lois canadiennes encadrant la CSCII, le fardeau de prouver l'absence de connaissance du consentement semble revenir à la partie demanderesse, car elle fait partie de la définition du délit en soi. Il existe cependant des raisons de principe et des raisons pratiques pour lesquelles il devrait revenir à la partie défenderesse de prouver qu'il y a eu consentement si elle le souhaite.

[75] Les raisons de principes comprennent le fait que ce délit devrait être axé sur le caractère répréhensible de la publication de telles images, et non sur la faute. Comme dans le cas de la diffamation et de l'utilisation malveillante de renseignements confidentiels, le cœur du délit de CSCII est la violation d'un droit de ne pas voir un certain contenu publié. Contrairement à la négligence par exemple, l'accent n'est pas porté sur le caractère répréhensible de l'acte, mais plutôt sur l'atteinte au droit. Dans l'arrêt *Scalera*, la Cour suprême s'est exprimée en ces termes : « Fonder le droit en matière de voies de fait uniquement sur le principe de la faute revient à subordonner à la liberté d'agir du défendeur le droit du demandeur à la protection contre toute atteinte à son intégrité physique⁶³. » Bien que cette déclaration n'exclue pas la prise en compte du contexte, elle appuie l'idée de définir les éléments du délit afin d'exclure le consentement, ou l'absence de consentement.

[76] L'arrêt *Scalera* justifie aussi l'idée de faire du consentement une défense, et non un élément en s'appuyant sur l'exigence du caractère direct des voies de fait. Tandis que la négligence, qui met l'accent sur la faute, concerne les préjudices causés indirectement, l'atteinte doit avoir été faite directement. La majorité cite Ruth Sullivan :

[...] lorsque le préjudice allégué est une conséquence immédiate de l'acte du défendeur, il est intuitivement judicieux de chercher à obtenir une réparation de ce dernier, à moins qu'il ne présente un moyen de défense. Dans les cas d'atteinte directe, le lien entre la volonté du défendeur, sa décision d'agir et le préjudice que le demandeur a subi est à la fois simple et clair; aucun facteur de causalité concurrent ne cache le rôle du défendeur ni ne diminue sa responsabilité dans les faits. La question de sa responsabilité morale et juridique se pose donc avec une clarté inhabituelle : toutes choses étant égales par ailleurs, qui, du défendeur qui a causé le préjudice, ou du demandeur qui l'a subi, devra payer? [...]⁶⁴

[77] Nous considérons que le préjudice causé par la CSCII est la conséquence immédiate découlant de la publication d'images intimes et nous jugeons que la logique de Ruth Sullivan est convaincante.

[78] Il existe aussi des raisons pratiques de faire du consentement une défense. Lorsqu'un litige sur la CSCII survient, la plupart du temps, la distribution d'images intimes aura été non consensuelle et traumatisante. L'idée de faire du consentement une défense équivaut à établir une présomption de non-consentement que la partie défenderesse doit renverser au lieu d'imposer à la partie demanderesse de déployer les efforts de prouver qu'elle n'a pas consenti à la communication d'images intimes et d'assumer les dépenses liées à cette démarche⁶⁵.

[79] Bien qu'on puisse penser que la partie demanderesse est la mieux placée pour prouver si elle a donné son consentement, cela représente faussement la nature du consentement dans le délit : la question est objective, et non subjective. Il s'agit de savoir si une personne raisonnable jugerait qu'il y avait un consentement dans les circonstances, et non quelle était l'intention subjective de la partie demanderesse. La partie défenderesse est aussi bien placée que la partie demanderesse pour établir ce fait.

[80] Par conséquent, à notre avis, la distribution intentionnelle de ces images devrait être délictuelle de prime abord, au même titre que les attouchements significatifs constituent des voies de fait de prime abord. La partie défenderesse devrait avoir le fardeau de prouver le consentement si elle veut se prévaloir de cette défense. Une croyance sincère au consentement ne devrait pas être une défense, sauf si cette croyance était aussi raisonnable, ce qui revient en fait à dire qu'*il y a eu* consentement, selon une évaluation objective.

[81] Enfin, il convient de souligner que le consentement est lié à la capacité de révoquer le consentement. À notre avis, le délit devrait prévoir le caractère révocable du consentement. Là encore, cette proposition est compatible avec le droit du consentement dans les délits en général. Par exemple, il est possible de révoquer le consentement à un traitement médical, comme c'est le cas pour le consentement au contact sexuel. La révocabilité du consentement peut être implicite dans les lois canadiennes régissant actuellement les délits de CSCII, bien qu'aucune ne l'énonce explicitement.

[82] Une difficulté a trait à ce qui se produit si le consentement est révoqué après la distribution consensuelle d'une image; par exemple, une image intime est publiée dans un site Web avec le consentement de la partie demanderesse, mais celle-ci change d'idée par la suite. À notre avis, la révocation du consentement devrait obliger la partie défenderesse à prendre des mesures raisonnables pour récupérer les images et les rendre inaccessibles si elles sont encore accessibles. Cependant, si une image a été distribuée de façon consensuelle et si le consentement n'a pas été révoqué avant la distribution, personne ne devrait être tenu responsable de la distribution continue de l'image en dépit d'efforts raisonnables pour l'empêcher.

[83] Cette analyse du consentement est détaillée et complexe, mais nous jugeons que cela était nécessaire compte tenu de notre désaccord quant à l'approche du consentement utilisée dans les lois encadrant actuellement le délit de CSCII. Cependant, l'approche recommandée est plutôt simple et compatible avec les principes du droit de la

responsabilité délictuelle : le consentement, évalué objectivement, devrait constituer une défense complète.

f) Intérêt public

[84] Toutes les provinces canadiennes prévoient une défense essentiellement identique en ce qui concerne les images publiées dans l'intérêt public :

Dans le cadre d'une action intentée pour distribution non consensuelle d'une image intime, le fait que la distribution non consensuelle de l'image intime était conforme à l'intérêt public, sans outrepasser ce qui le sert, constitue un moyen de défense⁶⁶.

[85] En revanche, la version préliminaire de l'*Intimate Images Act*⁶⁷ des États-Unis dresse une liste exhaustive de défenses. En particulier, cette loi prévoit une défense pour les communications faites de bonne foi aux fins de l'application de la loi, de procédures judiciaires, d'études en médecine, de traitement médical, de questions ou de préoccupations d'intérêt public, ou d'enquêtes sur des comportements répréhensibles. Les dispositions pertinentes sont les suivantes :

4b) En application de la présente loi, une personne ne peut être reconnue coupable si elle prouve que la communication d'une image intime, ou la menace de communiquer une image intime, a été :

(1) faite de bonne foi aux fins de :

(A) l'application de la loi,

(B) procédures judiciaires,

(C) études en médecine ou traitement médical;

(2) faite de bonne foi dans le cadre du signalement ou d'une enquête portant sur :

(A) un comportement illégal,

(B) un comportement non sollicité et non voulu;

(3) faite en lien avec une question ou une préoccupation d'intérêt public⁶⁸;

(4) faite raisonnablement dans l'objectif d'aider la personne y figurant.

[...]

e) La communication, ou la menace de communiquer, une image intime n'est pas une question ou une préoccupation d'intérêt public uniquement parce que la personne y figurant est une personnalité publique⁶⁹.

[86] En principe, nous concluons que les défenses devraient comprendre celles prévues dans la version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis. Si les défenses offertes ne sont pas élargies, la loi risque de s'appliquer involontairement à des comportements qui ne sont pas moralement répréhensibles. Par exemple, une image peut être communiquée dans le cadre d'un traitement médical ou encore dans l'objectif de

signaler un acte criminel ou de demander de l'aide pour une victime de CSCII. Dans toutes ces situations, le fait d'énoncer explicitement qu'un tel comportement constitue une défense offre une plus grande certitude et peut dissuader des plaignants d'intenter des procédures s'appuyant sur des prétentions illégitimes.

Recours

g) Mesure de redressement déclaratoire

[87] Une déclaration d'un tribunal à l'effet que la communication d'une image est illégale non seulement protège la réputation de la partie demanderesse, mais aussi est souvent suffisante pour qu'un intermédiaire retire l'image ou en fasse le déréférencement. Il en est ainsi parce que généralement, les intermédiaires retirent volontairement le contenu ou procèdent au déréférencement de celui-ci dans les moteurs de recherche s'ils reçoivent une déclaration d'un tribunal indiquant que le contenu est illégal. Une telle mesure de redressement déclaratoire devrait être prévue explicitement à la fois dans la procédure accélérée pour la CSCII et dans l'action pour l'obtention de dommages-intérêts compensatoires.

h) Injonctions

[88] Les parties demanderesse pourraient présenter une requête pour obtenir une injonction interlocutoire dès le dépôt de l'acte introductif d'instance. Les règles habituelles tirées de l'arrêt *RJR MacDonald* pour les injonctions interlocutoires devraient s'appliquer, et nous pouvons supposer que la prépondérance des inconvénients sera généralement favorable à la partie demanderesse.

[89] On peut se demander si les règles de l'arrêt *Canadian LibertyNet*⁷⁰ concernant l'obtention d'injonctions interlocutoires devraient s'appliquer au lieu des critères de l'arrêt *RJR MacDonald*⁷¹. Dans l'arrêt *Canadian LibertyNet*, il est indiqué pour les injonctions dans les affaires de liberté d'expression, l'arrêt *RJR MacDonald* est inapproprié, car il donne trop facilement accès aux injonctions interlocutoires : la prépondérance des inconvénients est généralement avantageuse pour la partie plaignante et trop peu d'importance sera accordée à l'intérêt de la partie défenderesse et à l'intérêt public concernant la liberté d'expression⁷². Même en supposant que la CSCII constitue une forme de « liberté d'expression », la loi pourrait le prévoir explicitement. Cependant, nous avons tendance à penser qu'il convient d'accorder aux juges suffisamment de mérite pour reconnaître que les préoccupations relatives à la liberté d'expression sont minimales dans les affaires de CSCII et qu'une injonction interlocutoire est généralement justifiée.

[90] Quant aux injonctions permanentes, les règles habituelles devraient s'appliquer. Il ne serait ni avantageux ni judicieux de tenter de modifier les pouvoirs discrétionnaires des tribunaux pour ordonner des injonctions permanentes.

i) Dommages-intérêts

[91] Pour la procédure accélérée, il existe des motifs pour et contre la possibilité de prévoir le versement de dommages-intérêts. En définitive, nous recommandons de prévoir le versement de dommages-intérêts symboliques. La possibilité d'obtenir de tels dommages-intérêts rendra vraisemblablement la procédure plus attrayante pour les parties demanderesse que si aucuns dommages-intérêts n'étaient offerts, et elle est justifiée parce que la partie demanderesse aura convaincu le tribunal qu'elle a subi un préjudice aux termes de la loi. Cependant, compte tenu de la simplicité et de la rigueur de la nature de la responsabilité de cette version du délit, aucuns dommages-intérêts compensatoires, majorés ou punitifs, ne devraient être offerts : la question n'est pas axée sur la faute ni sur le préjudice. Si une partie demanderesse souhaite obtenir des dommages-intérêts autres que symboliques, elle doit tenter une action en responsabilité délictuelle plus traditionnelle décrite ci-dessous.

[92] Une partie demanderesse qui utilise la procédure accélérée ne devrait pas se voir privée de la possibilité de demander des dommages-intérêts compensatoires dans une action distincte, tant que la chose jugée est respectée et que les dommages-intérêts symboliques versés sont soustraits des dommages-intérêts accordés ultérieurement.

Questions de procédure

j) Cour supérieure et cour des petites créances

[93] Nous avons envisagé la possibilité de prévoir que la procédure accélérée pourrait être intentée uniquement devant une cour des petites créances, mais nous avons rejeté cette idée pour une raison : les lois limitent le domaine de compétence des cours des petites créances et les redressements qu'elles peuvent accorder. En particulier, elles ne peuvent pas accorder d'injonctions. Elles tranchent généralement les actions se rapportant à une dette ou à des dommages-intérêts, à la restitution de biens personnels et à une compensation pour des biens ou des services, jusqu'à concurrence d'une certaine valeur⁷³. Elles excluent généralement les causes d'action semblables à la CSCII, comme la diffamation⁷⁴. Bien que les législatures pourraient constitutionnellement donner aux cours des petites créances le pouvoir de traiter les affaires de CSCII et d'accorder des injonctions⁷⁵, nous estimons que cela changerait trop le rôle des cours des petites créances, particulièrement si le pouvoir n'était pas limité aux injonctions interlocutoires⁷⁶.

[94] Ceci étant dit, si la CHLC voulait adopter un modèle comme celui des petites créances ou un tribunal spécial, il existe un précédent pour les tribunaux non visés par l'article 96 qui ont le pouvoir d'ordonner des mesures injonctives permanentes. Par exemple, le tribunal de règlement des conflits au civil de la Colombie-Britannique peut rendre une vaste gamme d'ordonnances. Aussi, les conflits relatifs aux strates peuvent donner lieu à des mesures injonctives, comme les ordonnances concernant la garde d'un

animal de compagnie⁷⁷. Il convient cependant de souligner que la compétence de ce tribunal de règlement des conflits au civil quant aux demandes portant sur des véhicules à moteur est contestée devant les tribunaux, ce qui illustre que la modification des pouvoirs accordés à un tribunal aux termes de l'article 96 ne fait pas l'unanimité⁷⁸.

[95] Par conséquent, à moins qu'il y ait un désir de modifier considérablement la compétence des cours des petites créances, le recours à celles-ci pour les affaires de CSCII n'est pas une option. Un tribunal indépendant serait l'idéal d'une certaine façon, mais nous reconnaissons que cette solution peut s'avérer trop coûteuse ou déstabilisante.

[96] La procédure accélérée pourrait tout de même demeurer peu coûteuse et relativement rapide, particulièrement si des efforts sont déployés pour créer des documents d'information juridique visant à expliquer au public la marche à suivre pour déposer un acte introductif d'instance, pour demander une injonction interlocutoire le plus rapidement possible, etc. En outre, il ne fait aucun doute qu'une injonction donnée par une cour supérieure est le recours le plus efficace qui soit.

[97] Il serait possible d'intenter une action traditionnelle en dommages-intérêts devant une cour des petites créances ou une cour supérieure.

k) Anonymat et interdictions de publication

Recommandation

L'obtention d'interdictions de publication de l'identité des parties demanderesses adultes devrait être possible lorsqu'elle est dans l'intérêt de la justice (c.-à-d. par défaut en common law; inutile de légiférer).

Il devrait y avoir une interdiction présomptive de publication de l'identité des parties demanderesses mineures, réfutable uniquement si les mineurs veulent être identifiés.

[98] Toutes les lois canadiennes encadrant la CSCII prévoient des interdictions de publication de l'identité des parties demanderesses. Elles reconnaissent ainsi que la publicité découlant de ces actions pourrait causer d'importants préjudices supplémentaires aux parties demanderesses et les empêcher de s'adresser aux tribunaux⁷⁹. Il existe en réalité deux approches différentes en ce qui concerne les interdictions de publication. En Saskatchewan, en Alberta et au Manitoba, une interdiction sera imposée si elle est dans l'intérêt de la justice⁸⁰. La loi en vigueur à Terre-Neuve-et-Labrador est presque identique à celle de la Saskatchewan, à la différence qu'elle rend les interdictions de publication obligatoires pour les mineurs⁸¹.

[99] L'approche utilisée en Nouvelle-Écosse est différente du fait qu'au lieu de reposer sur l'intérêt de la justice, une interdiction de publication sera ordonnée si la partie demanderesse en fait la demande (elle est aussi obligatoire pour les mineurs⁸²). Cela offre l'avantage de ne pas imposer systématiquement une interdiction de publication visant une personne qui peut souhaiter être identifiée, mais n'exige pas non plus de porter

en litige la question du caractère approprié d'une interdiction, ce qui pourrait s'avérer coûteux pour les parties. Cette approche a cependant l'inconvénient de laisser la prise de cette décision à l'entière discrétion de la partie demanderesse au lieu de tenir compte de l'intérêt public. Par conséquent, l'intérêt public dans les audiences publiques n'est même pas pris en compte dans le cadre de l'approche utilisée en Nouvelle-Écosse.

[100] À notre avis, les interdictions de publication devraient être accessibles et discrétionnaires au lieu d'être obligatoires pour les adultes, car il se peut que certaines parties demanderesse veulent être identifiées publiquement. La question la plus difficile consiste à savoir si de telles interdictions devraient être ordonnées dès qu'une partie demanderesse en fait la demande ou devraient l'être à la suite d'une démarche visant à savoir si elles sont dans l'intérêt de la justice. Concrètement, cela ne risque pas de faire la différence. Nous nous attendons à ce que les tribunaux jugent facilement qu'une interdiction de publication est dans l'intérêt de la justice dès qu'on en fait la demande.

[101] Ceci étant dit, il se peut qu'une interdiction de publication ne soit pas justifiée dans certaines situations même si on en fait la demande. Le principe de l'audience publique revêt une importance fondamentale, et par défaut, le public devrait avoir accès aux actions en justice⁸³. En outre, à l'ère de l'Internet, une interdiction de publication peut être inefficace dans certaines situations, car l'identité d'une personne est déjà connue et continue d'être révélée par des sources non canadiennes. (L'interdiction de publication du nom de Rehteah Parsons est sans doute un bon exemple⁸⁴.) Les interdictions de publication prévues dans la loi sont régies par la *Charte* et doivent être justifiées aux termes de l'article premier⁸⁵. Dans ce contexte, les facteurs à prendre en compte aux termes de l'article premier sont le fardeau imposé à la partie demanderesse (délais et ressources) qui doit satisfaire à des critères discrétionnaires, la portée de l'interdiction, son caractère temporaire ou permanent, son effet sur l'équité du procès et l'intérêt public⁸⁶. Dans l'arrêt *Toronto Star c. Canada*, la constitutionnalité d'une interdiction de publication obligatoire sur les renseignements produits lors d'une enquête sur remise en liberté provisoire a été confirmée. Malgré son incidence sur l'accès du public à l'information, l'interdiction était étroitement adaptée à la situation, était temporaire, favorisait la tenue d'un procès équitable et libérait l'accusé du fardeau de faire valoir le bien-fondé de l'interdiction.

[102] Une interdiction de publication de l'identité des parties demanderesse lorsque celles-ci en font la demande a une portée relativement faible. Compte tenu du grave préjudice pouvant être causé et de l'absence présumée d'effet sur l'équité du procès, une telle interdiction est sans doute justifiable dans une société libre et démocratique. Néanmoins, compte tenu du caractère permanent de l'interdiction et du fait qu'elle ne permettrait pas la prise en compte de l'intérêt public, il se peut qu'elle ne porte pas qu'une atteinte minimale au droit garanti.

[103] Nous préférons une approche flexible s'appuyant sur des principes qui exige de tenir compte de l'intérêt de la justice avant d'accorder une interdiction de publication. Comme il s'agit de la solution utilisée par défaut en common law, il ne serait pas

nécessaire que la loi prévoie explicitement qu'il est possible d'obtenir une interdiction de publication si celle-ci est dans l'intérêt de la justice. Ceci étant dit, il peut être justifié d'intégrer une présomption favorisant l'imposition d'une interdiction de publication sur demande ou une autre disposition soulignant l'importance des interdictions de publication pour l'accès à la justice dans les cas de CSCII.

[104] La situation est différente dans le cas des mineurs. Il n'y aura pratiquement jamais de raison impérieuse justifiant de communiquer le nom d'une personne mineure alléguant avoir été victime de CSCII contre son gré. En théorie, le critère de l'« intérêt de la justice » devrait tenir compte de cette réalité, mais concrètement, cette approche fait en sorte que la question devrait faire l'objet d'un litige dans le cadre duquel les parties défenderesses peuvent plaider contre une interdiction de publication afin d'obtenir un avantage tactique. Par conséquent, à notre avis, les parties demanderesses mineures devraient avoir le droit d'obtenir une interdiction de publication de leur identité si elles le souhaitent⁸⁷.

[105] Les administrations canadiennes qui disposent de règles distinctes concernant l'anonymat des mineurs ont toutes des interdictions de publication obligatoires de l'identité des parties demanderesses mineures. Toutefois, nous estimons que les mineurs devraient avoir la possibilité de renoncer à cette interdiction. Une personne capable de 17 ans qui ne souhaite pas intenter une action dans l'anonymat ne devrait pas être forcée de le faire. Le contexte des infractions criminelles d'agression sexuelle prouve que les interdictions de publication obligatoires peuvent être oppressantes pour les parties demanderesses. Une règle laissant à la personne mineure le soin de prendre cette décision permet d'atteindre un juste équilibre entre les préoccupations relatives au principe de la publicité des débats judiciaires, les conséquences pratiques d'exiger de porter l'affaire devant les tribunaux et les préoccupations concernant l'imposition d'interdictions de publication à des personnes contre leur gré.

[106] Pour être clair, cette question concerne uniquement l'identité de la partie demanderesse, et non d'autres aspects d'une affaire. Le critère généralement applicable en common law devrait régir l'utilisation des interdictions de publication dans ces situations. Un modèle de loi devrait comprendre une règle sur les interdictions de publication s'appliquant uniquement à l'identité de la partie demanderesse.

[107] En résumé, nous recommandons une procédure accélérée lorsque la partie défenderesse a communiqué une image intime de la partie demanderesse et dont les défenses sont le consentement, l'intérêt public et certaines défenses énumérées ressemblant à la défense de l'intérêt public. L'absence d'intention de publier une image et l'absence de connaissance ne devraient pas être des défenses, car il s'agit d'un délit de responsabilité stricte. Les recours possibles sont des mesures de redressement déclaratoires, des injonctions et des dommages-intérêts symboliques.

1) Menaces

La cause d'action devrait comprendre les menaces de communiquer des images intimes.

[108] Aucune administration canadienne n'inclut explicitement les menaces dans sa loi encadrant la CSCII⁸⁸, sauf la Nouvelle-Écosse, qui inclut les menaces en général dans sa définition de cyberintimidation⁸⁹.

[109] En Nouvelle-Écosse, la menace de communiquer une image intime est considérée comme un acte de cyberintimidation, et le tribunal peu, entre autres, rendre une ordonnance interdisant à une personne de communiquer une image intime.

[110] Nous estimons que la loi devrait prévoir explicitement un recours pour la menace de distribuer une image intime. Il existe des motifs appuyant l'idée de prévoir des recours dans le cas de menaces. La cause d'action civile prévue dans la version préliminaire de l'*Uniform Civil Remedies for Unauthorized Disclosure of Intimate Images Act*⁹⁰ des États-Unis comprenant la « menace de communiquer une image intime qui était privée⁹¹ ». De même, l'*Enhancing Online Safety Act*⁹² de l'Australie crée une cause d'action civile pour les menaces de publier une image intime sans consentement, bien que la disposition cible précisément la distribution en ligne⁹³.

[111] Une injonction pourrait permettre d'interdire la distribution d'une image intime qu'une cause d'action pour la menace de distribuer une image intime soit créée ou non. Cependant, en principe, nous concluons qu'une cause d'action distincte est justifiée. La menace de communiquer une image intime est susceptible de causer des préjudices même si cette menace n'est pas mise à exécution, ce qui justifie l'accès à une procédure accélérée pour le traitement des affaires de CSCII et l'attribution éventuelle de dommages-intérêts⁹⁴. Par exemple, la personne A peut menacer de distribuer la photo si la personne B la laisse ou ne se soumet pas à une quelconque demande de la personne A. Les menaces de cette nature sont de plus en plus fréquentes. Leur existence est évidente dans les cas de violence familiale, où la technologie est utilisée pour exercer un pouvoir et un contrôle sur une personne (p. ex. menaces de communiquer des images intimes, contrôle et surveillance de l'utilisation d'un ordinateur, contrôle de dispositifs de l'Internet des objets afin d'allumer et d'éteindre des lumières, de verrouiller et de déverrouiller des portes⁹⁵). Elle est aussi évidente dans d'autres contextes virtuels, y compris le comportement prédateur d'étrangers ou les abus de confiance d'amis, qui convainquent une personne de communiquer une image intime, puis la menacent de communiquer ces images (p. ex. extorsion sexuelle ou identification toxique⁹⁶). Bien que ce comportement puisse constituer un acte criminel, il n'existe à notre avis aucun motif de limiter la cause d'action en droit de la responsabilité délictuelle aux affaires de distribution. L'inclusion des menaces de communiquer des images dans les délits de CSCII offre à un plaignant la possibilité d'obtenir une ordonnance interdisant la distribution de l'image en premier lieu. Nous reconnaissons que dans certaines circonstances, en particulier dans les affaires de violence familiale, il est peu probable

que les personnes intentent une action au civil et que cette solution serait en grande partie inefficace contre les personnes se trouvant à l'étranger.

4. Action en dommages-intérêts compensatoires

[112] Les exigences relatives à la responsabilité dans une action pour l'obtention de dommages-intérêts compensatoires dans les affaires de CSCII devraient être plus rigoureuses que celles dans une action pour l'obtention de mesures de redressement déclaratoire et de mesures injonctives. Il en est ainsi non pas parce que les dommages-intérêts sont par nature plus nuisibles qu'une injonction pour une partie défenderesse, mais parce que l'attribution de dommages-intérêts est justifiée uniquement, à notre avis, lorsque la faute est établie, tandis que le retrait du contenu est justifié sans égard à la faute. En outre, il est nécessaire de prouver la faute et le préjudice pour quantifier adéquatement les dommages-intérêts.

Éléments

[113] En bref, les éléments de l'action en dommages-intérêts devraient être les mêmes que ceux de la procédure accélérée : a) la partie défenderesse a distribué b) une image intime c) de la partie demanderesse.

Défenses

[114] Les défenses devraient être les mêmes que celles de la procédure accélérée, à la différence qu'il devrait exister des défenses supplémentaires se rapportant à l'absence de faute.

a) Absence d'intention

Recommandation

L'intention de publier l'image en question devrait être exigée, mais devrait aussi être présumée (c.-à-d. l'absence de l'intention de publier est une défense).

[115] Les délits exigent généralement une faute; le fait de causer un préjudice est généralement considéré comme insuffisant pour établir la responsabilité délictuelle. La partie défenderesse doit plutôt avoir fait quelque chose de façon intentionnelle ou imprudente. Pour établir la responsabilité dans une action en dommages-intérêts, l'intention devrait être exigée. La nature de l'acte répréhensible est plus compatible avec les délits intentionnels, comme l'atteinte à la vie privée, la diffamation⁹⁷, le fait d'infliger intentionnellement un choc nerveux et les voies de fait qu'avec les délits commis par imprudence. De plus, il est rare que la publication d'images intimes soit attribuable à l'imprudence. On peut imaginer par exemple la situation où une personne conserve des images de façon imprudente, puis qu'une autre personne les publie, mais nous nous concentrons sur le comportement intentionnel. Quoi qu'il en soit, le délit de négligence peut s'appliquer à une telle imprudence⁹⁸.

[116] Le délit de CSCII devrait donc être un délit intentionnel; cela peut signifier que l'auteur du délit avait l'intention de publier une image, l'intention de publier une image sans consentement ou l'intention de causer un préjudice à la partie demanderesse.

[117] Nous pouvons éliminer la preuve d'intention de porter préjudice en partie pour les mêmes raisons que la preuve de préjudice ne devrait pas être exigée (voir la section sur le préjudice ci-dessous) : l'intention de porter préjudice n'est pas un élément essentiel de l'acte répréhensible. Il arrive qu'une partie défenderesse publie des images pour faire de l'argent ou se divertir⁹⁹. Un tel comportement devrait engager la responsabilité. En outre, le fait d'exiger l'intention de porter préjudice serait probablement peu utile, car cette intention découlerait probablement déjà de l'acte délibéré consistant à publier de telles images, du moins tant que l'intention par interprétation est considérée comme une forme d'intention. Aucune des lois civiles que nous avons étudiées n'exige l'intention de porter préjudice, contrairement à certaines dispositions criminelles portant sur la CSCII¹⁰⁰.

[118] En ce qui concerne l'intention de distribuer ou de publier du contenu, parmi les administrations canadiennes ayant légiféré dans ce domaine, seuls le Manitoba et l'Alberta exigent une telle intention¹⁰¹. Ce n'est pas le cas des lois en vigueur en Saskatchewan, à Terre-Neuve-et-Labrador et en Nouvelle-Écosse, ni de la version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis¹⁰².

[119] Nous recommandons d'exiger l'intention de distribuer ou de publier le contenu. Par conséquent, la distribution accidentelle ne devrait pas engager la responsabilité. Cela concorde non seulement avec les lois en vigueur au Manitoba et en Alberta, mais aussi avec le droit en matière de diffamation et de vie privée, qui exige l'intention de publier le contenu¹⁰³. L'essentiel du délit de CSCII ne réside pas dans la création ou la possession de telles images, mais bien dans leur distribution, au même titre que l'essentiel de la diffamation réside dans la publication d'un libelle. L'intention devrait être exigée, car la personne qui n'avait pas l'intention de publier le contenu n'a pas commis d'acte répréhensible¹⁰⁴. Il convient de souligner que lorsqu'une image est distribuée accidentellement, il est possible d'avoir recours à la procédure accélérée, car il s'agit d'un délit de responsabilité stricte, et d'obtenir une injonction.

[120] L'intention de distribuer le contenu devrait se rapporter à l'image ou aux images en question et au type de publication (p. ex. le fait de publier l'image sur un site Web ou de la montrer à des amis). Ainsi, la responsabilité des intermédiaires Internet ne serait pas engagée, car ils ignorent l'existence d'images en particulier et ne peuvent donc pas avoir l'intention de les distribuer.

[121] L'intention de distribuer le contenu devrait comprendre les republications autorisées d'autres personnes. Il est plus difficile de savoir s'il faut inclure les republications qui n'ont pas été autorisées, mais qui sont le résultat naturel et probable de la publication initiale. Ainsi, lorsqu'une personne publie une image dans un site Web

et que les images publiées sur ce site Web sont susceptibles d'être republiées ailleurs, la personne devrait-elle être tenue responsable non seulement de sa publication initiale, mais aussi de la republication? Bien que cela puisse souvent permettre d'obtenir des dommages-intérêts supérieurs, le seuil de la responsabilité importe. Par exemple, il se peut que l'acte initial de distribution ait été à l'extérieur de la période de prescription, mais pas la republication.

[122] Le fait de tenir la partie défenderesse responsable des republications qui sont le résultat naturel et probable de la publication initiale serait compatible avec le droit de la diffamation¹⁰⁵, bien que cette règle ne fasse pas l'unanimité¹⁰⁶. Nous croyons que les parties défenderesses devraient être responsables de la distribution qui est le résultat naturel et probable de leur acte de distribution, car autrement, cela les soustrait à leur responsabilité pour le préjudice qu'elles ont causé d'une manière prévisible, limite le nombre de parties défenderesses auxquelles une partie demanderesse a accès, et plus important encore, exige à la partie demanderesse d'agir relativement à un acte de distribution qui n'a pas nécessairement entraîné la diffusion assez vaste d'une image pour la toucher. Autrement dit, il se peut que ce soit la republication prévisible des images, et non la publication initiale, qui cause un préjudice suffisant pour pousser la partie demanderesse à intenter une action.

b) Connaissance

Recommandation

La connaissance du contenu distribué devrait être exigée, mais présumée réfutable.

[123] À l'heure actuelle, dans les lois canadiennes encadrant la CSCII, la définition de distribution sous-entend la *connaissance* de la distribution. Cela signifie sans doute une certaine intention de distribuer une image en particulier (c.-à-d. avec la connaissance de cette image et du fait qu'elle est distribuée). L'expérience en matière de diffamation révèle qu'il peut être souhaitable que la loi soit rédigée plus clairement en ce qui concerne l'exigence de connaissance entre la partie demanderesse et la partie défenderesse, entre autres parce que les intermédiaires peuvent être visés par l'application de la loi selon la portée de la disposition rédigée¹⁰⁷. Par exemple, une personne doit-elle connaître un contenu en particulier pour le transmettre sciemment, ou encore, est-il suffisant qu'elle ait donné à de tierces parties l'autorisation de publier ce qu'elles souhaitent? Est-ce que YouTube publie « sciemment » des images intimes communiquées sans consentement, car il permet aux gens de téléverser du contenu qui comprend parfois de telles images? Une personne doit-elle plutôt connaître l'existence de l'image en particulier et la transmettre sciemment? Il s'agit sans doute de l'objectif recherché par le paragraphe 1(2) de la loi en vigueur au Manitoba.

[124] Même en supposant qu'il faut connaître l'existence de l'image en particulier, la transmission d'un avis après le fait et le défaut de retirer le contenu seraient-ils suffisants? Là encore, le contexte de la diffamation est instructif. Il existe en droit de la diffamation la doctrine de la « publication par omission¹⁰⁸ ». Des parties demanderesse

ont fait valoir que les intermédiaires Internet, comme Facebook, qui ne retirent pas le contenu diffamatoire sont eux-mêmes responsables de la diffamation, car en omettant de retirer le contenu, il l'ont publié intentionnellement. Il faut se pencher sur la question de savoir si cet argument peut s'appliquer à un délit de CSCII.

[125] Nous recommandons que l'absence de connaissance d'un contenu précis distribué constitue une défense. Le droit de la diffamation progresse vers l'adoption d'une définition de la publication intégrant la notion de connaissance. Les lois du Manitoba et de l'Alberta régissant les délits de CSCII intègrent la connaissance dans la définition de la distribution.

[126] Nous préférons distinguer la question de la distribution et celle de la connaissance, car nous estimons que la partie demanderesse devrait prouver que la partie défenderesse a distribué l'image, mais pas qu'elle le savait. L'absence de connaissance devrait être une défense dont la partie défenderesse devrait faire la preuve. Nous sommes de cet avis, car une publication est rarement non intentionnelle; il semblerait donc lourd d'exiger à la partie demanderesse de toujours prouver l'intention positivement. En outre, la partie demanderesse est moins bien placée que la partie défenderesse pour prouver l'intention de celle-ci. Enfin, pour les délits intentionnels, il arrive souvent que ce soit les parties défenderesses qui ont le fardeau de réfuter l'intention. Par exemple, pour les délits d'intrusion, il est possible d'utiliser une défense prouvant l'absence d'intention ou d'imprudence : le fardeau incombe à la partie défenderesse, et non à la partie demanderesse¹⁰⁹. (Ceci étant dit, cette approche n'est pas universelle en matière de délits : les parties demanderesse ont le fardeau de prouver l'intention dans certains délits intentionnels, comme l'intrusion dans l'intimité.)

[127] Cependant, il peut être justifiable d'imposer des règles particulières pour les intermédiaires. L'examen détaillé de la responsabilité des intermédiaires dépasse la portée du présent rapport, mais nous invitons la CHLC à consulter notre rapport sur la responsabilité des intermédiaires Internet en matière de diffamation¹¹⁰. Bien que les intermédiaires Internet contribuent au préjudice causé par la CSCII et aient un pouvoir considérable afin de prévenir la CSCII et d'y remédier, leur rôle n'est généralement pas comparable à celui des personnes qui ont téléversé les images ou les ont autrement distribuées intentionnellement. Cependant, nous estimons qu'il devrait y avoir soit une exception pour les sites encourageant la publication d'images intimes communiquées sans consentement ou hébergeant principalement du contenu de cette nature¹¹¹, soit une obligation générale imposée aux intermédiaires afin qu'ils gèrent raisonnablement la publication sur leurs sites des images intimes communiquées sans consentement.

Recours

[128] Les lois canadiennes régissant la CSCII prévoient une gamme de recours. Voici par exemple un extrait de la loi en vigueur au Manitoba :

14(1) Dans le cadre d'une action pour distribution non consensuelle d'une image intime, le tribunal peut :

- a) accorder des dommages-intérêts au demandeur, notamment des dommages-intérêts généraux, particuliers, majorés ou punitifs;
- b) ordonner au défendeur de verser au demandeur les profits provenant de la distribution de l'image;
- c) prononcer une injonction selon les modalités qu'il juge indiquées dans les circonstances;
- d) rendre toute autre ordonnance qu'il estime juste et raisonnable dans les circonstances¹¹².

[129] Une disposition comme celle-ci peut être suffisante pour intenter une action en dommages-intérêts compensatoires liée à la CSCII, mais nous formulons le commentaire suivant.

c) Injonctions

[130] Comme il l'est précisé plusieurs fois dans le présent rapport, la majorité des parties demandresses voudront obtenir une mesure injonctive, et à notre avis, la simplification de la procédure permettant d'obtenir une mesure injonctive justifie la création des deux nouveaux délits de CSCII. Les mesures injonctives devraient être accessibles dans le cadre d'une action accélérée visant l'obtention de mesures injonctives et dans le cadre d'une action en dommages-intérêts compensatoires. Se reporter à l'analyse des injonctions ci-dessus pour obtenir de plus amples renseignements.

d) Dommages-intérêts

[131] Dans ce que nous appelons une action en dommages-intérêts compensatoires, une gamme de dommages-intérêts devraient être offerts. Nous nous penchons sur la question de savoir s'il faudrait limiter les dommages-intérêts et sur les facteurs qui devraient être pris en compte dans la quantification des dommages-intérêts.

[132] Nous recommandons de ne pas limiter les dommages-intérêts compensatoires non économiques (c.-à-d. généraux). Les raisons justifiant l'imposition d'une limite résident dans le fait que les dommages-intérêts généraux, à savoir les dommages-intérêts pour « douleur et souffrance » sont par nature arbitraires et ont tendance à augmenter au fil du temps¹¹³. En common law, l'invasion de la vie privée et les lésions corporelles sont assorties de telles limites¹¹⁴. Les dommages-intérêts généraux dans les affaires de

diffamation sont assortis d'une limite dans certains pays (p. ex. au Royaume-Uni et en Australie¹¹⁵).

[133] Ceci étant dit, les motifs justifiant l'imposition de limites ont plus de poids lorsqu'il existe un important intérêt compensateur, comme la liberté d'expression. Par exemple, en matière de diffamation et de vie privée, la menace d'accorder des dommages-intérêts importants peut avoir un effet paralysant sur la liberté d'expression. Dans les affaires de lésions corporelles, les limites contribuent à maintenir les primes d'assurance basses. Compte tenu de la faible valeur expressive de la plupart des images intimes (ou à tout le moins celles distribuées sans consentement), l'argument fondé sur l'effet paralysant est peu convaincant.

[134] En outre, il est peu probable qu'une telle limite fasse une quelconque différence dans le contexte d'un délit de CSCII, car les dommages-intérêts punitifs importants seront probablement fréquents et ne seront pas assujettis à une telle limite.

[135] La loi devrait être muette en ce qui concerne la façon de quantifier les dommages-intérêts généraux, comme le sont les lois canadiennes actuelles régissant la CSCII. Cependant, il demeure entendu que nous rejetons l'approche des dommages-intérêts généraux utilisée en diffamation, qui est axée non seulement sur le préjudice causé, mais aussi sur le comportement de la partie défenderesse¹¹⁶. Autrement, cela créerait à notre avis une confusion entre les dommages-intérêts compensatoires et les dommages-intérêts punitifs. Les dommages-intérêts accordés en raison du comportement de la partie défenderesse devraient entrer dans la catégorie des dommages-intérêts punitifs, ou peut-être des dommages-intérêts majorés, mais pas des dommages-intérêts généraux¹¹⁷.

[136] Les facteurs relatifs aux dommages-intérêts généraux devraient comprendre la question de savoir si la partie demanderesse est identifiable, ou si oui, dans quelle mesure elle est identifiable, la nature de l'image, la nature et la taille du public à qui l'image a été distribuée, et l'effet sur la partie demanderesse (la gêne, la détresse, etc.). Il n'est pas nécessaire de dresser une liste exhaustive.

[137] Idéalement, il ne serait pas permis d'accorder des dommages-intérêts majorés. Ces dommages-intérêts sont prévus explicitement dans les lois canadiennes sur la CSCII. En common law, ils peuvent être accordés « lorsque le comportement des défendeurs est particulièrement abusif ou opprimant, et accroît l'humiliation et l'anxiété¹¹⁸ ». Cependant, lorsque des dommages-intérêts généraux sont prévus en fonction du comportement de la partie défenderesse ou de l'incidence du comportement de celle-ci sur la partie demanderesse, ils reviennent presque invariablement au même que les dommages-intérêts compensatoires ou punitifs, ou les deux, et font en sorte que l'indemnité est trop élevée. Ray Brown s'est par conséquent prononcé contre cette catégorie en matière de diffamation¹¹⁹.

[138] Nous nous attendons à ce que des dommages-intérêts punitifs soient souvent accordés dans les affaires de CSCII, et en fait, ils pourraient souvent constituer la

majorité des dommages-intérêts accordés. Les règles habituelles régissant les dommages-intérêts punitifs devraient s'appliquer.

[139] Des dommages-intérêts particuliers devraient, bien entendu, être accessibles lorsqu'ils peuvent être établis.

5. Autres mécanismes législatifs pour lutter contre la CSCII

[140] Bien que cela dépasse probablement la portée du mandat de la CHLC, nous proposons aussi l'adoption d'une approche non fondée sur le délit pour lutter contre la CSCII. Une loi pourrait simplement exiger aux intermédiaires de retirer des images intimes à la demande de la personne y figurant. Il devrait sans doute s'agir d'une loi fédérale, car c'est une forme de règlement sur les communications. Elle devrait exiger aux responsables de l'hébergement de contenu, à savoir les entreprises offrant des services d'entreposage pour le contenu auquel de tierces parties ont accès¹²⁰, de retirer les images, et aux moteurs de recherche de procéder au déréférencement des résultats de recherche. L'auteur de la demande doit confirmer qu'il figure sur l'image, que la distribution de celle-ci n'a aucun fondement contractuel et qu'il ignore l'existence de toute autre autorisation légale de la distribuer. L'intermédiaire devrait donc confirmer que l'image en question est une image intime et qu'elle semble représenter l'auteur de la demande. (La déclaration que l'image représente l'auteur de la demande pourrait peut-être être suffisante pour cette confirmation.) L'image devrait ensuite être retirée immédiatement. Un avis serait transmis à la personne qui a effectué la publication initiale, et celle-ci aurait la possibilité de demander de publier de nouveau l'image, car elle répond à un des plusieurs critères reflétant les défenses dans le délit de CSCII, à savoir essentiellement l'intérêt public ou l'existence d'un fondement contractuel pour la distribution. Notamment, il ne serait pas exigé de prouver ni même d'affirmer que l'image a été distribuée sans consentement. Les personnes pourraient changer d'avis quant à la distribution d'images intimes, sous réserve de certaines exceptions.

[141] Le recours envisagé dans la rédaction d'une telle loi pourrait être tiré du régime d'avis et d'avis en matière de droit d'auteur¹²¹.

[142] Le principal avantage d'une telle loi réside dans le fait qu'elle n'exige pas de faute ni même l'identification de la personne qui a distribué l'image. Elle est axée uniquement sur le retrait des images intimes, indépendamment de l'identité de la personne qui les a publiées et de la question de savoir si la distribution initiale était répréhensible. Le processus serait rapide, peu coûteux et relativement efficace.

[143] Il faut reconnaître qu'il s'agit d'une loi sur l'atteinte à la liberté d'expression, mais à notre avis, elle est justifiée par le préjudice causé par la distribution de ces images, comparativement à la valeur expressive généralement minimale de la distribution de ces images. Elle est aussi justifiée par la nécessité de retirer l'image rapidement et à faible coût. Cependant, il convient de souligner qu'une telle règle s'appliquerait uniquement aux intermédiaires ayant une présence au Canada, et serait donc peu utile lorsqu'une

image est hébergée dans le site d'un particulier ou dans un site n'ayant aucune présence au Canada. Cependant, même dans cette situation, le déréférencement des moteurs de recherche devrait être d'une certaine utilité.

[144] En supposant que ces propositions dépassent la portée du mandat actuel de la CHLC, nous ne nous y attarderons pas davantage dans le présent rapport. Nous reconnaissons toutefois qu'il faut régler certaines questions, comme la façon dont ces règles s'appliqueraient si l'image représentait plus d'une personne.

¹ Voir p. ex. Claire Reilly, *Revenge porn crackdown proposes new laws for abusers and websites*, 22 mai 2017, Cnet, www.cnet.com/news/australian-government-revenge-porn-crackdown-proposes-new-laws-abusers-websites/, et Adrienne N. Kitchen, « The need to criminalize revenge porn: how a law protecting victims can avoid running afoul of the first amendment », *Chicago-Kent L Rev* 247, vol. 90, n° 1, 2015, p. 251 : « La plupart des victimes veulent le retrait du contenu offensant et elles n'ont presque jamais gain de cause dans les actions au civil visant à retirer les images en raison de l'ampleur de la diffusion. » [traduction]

² Emily Laidlaw, *Are we asking too much from defamation law? Reputation systems, ADR, Industry Regulation and other Extra-Judicial Possibilities for Protecting Reputation in the Internet Age: Proposal for Reform*, septembre 2017, Commission du droit de l'Ontario, <http://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2017/07/DIA-Commissioned-Paper-Laidlaw.pdf>, ou Emily Laidlaw, « Re-Imagining Resolution of Defamation Disputes », *Osgoode Hall LJ*, vol. 56, 162, 2019.

³ Voir p. ex. la politique de Facebook, https://www.facebook.com/communitystandards/sexual_exploitation_adults, et la politique de Twitter, <https://help.twitter.com/fr/rules-and-policies/intimate-media>.

⁴ support.google.com/blogger/contact/private_info?id=&url=

⁵ Voir les art. 8 et 14, https://www.facebook.com/communitystandards/sexual_exploitation_adults et www.facebook.com/communitystandards/adult_nudity_sexual_activity/.

⁶

<https://support.google.com/legal/troubleshooter/1114905?hl=fr#ts=1115645%2C3331068%2C1115795>

⁷ Google supprime le contenu uniquement dans des circonstances précises, comme le pourriel, les logiciels malveillants et l'hameçonnage, le harcèlement, l'intimidation, l'usurpation d'identité ou la communication de renseignements personnels ou de photos de nudité. Voir <https://support.google.com/legal/answer/3110420?hl=fr> et la politique de suppression de contenu, <https://support.google.com/legal/troubleshooter/1114905?hl=fr>.

⁸ Google prendra les mesures suivantes si le contenu ne contrevient pas à ses politiques : « Nous examinerons votre demande et prendrons les mesures nécessaires. Nous avertirons également l'utilisateur concerné qu'une demande a été faite pour qu'il ne partage plus ce contenu. » support.google.com/blogger/contact/private_info?id=&url=

⁹ support.google.com/blogger/answer/7540088?visit_id=636887089911140837-1804988280&rd=1.

¹⁰ *Defamation Act 2009*, Irlande, art. 28.

¹¹ *Ibid.*, par. 28(4).

¹² *Ibid.*, par. 28(8).

¹³ *Ibid.*, par. 28(6).

¹⁴ *Ibid.*, par. 28(2).

¹⁵ *Lowry v. Smith*, [2012] IR 400.

- ¹⁶ *Ibid.*, aux paragr. 34-35; voir l'analyse sur le fardeau dans *Gilroy & Anor v O'Leary*, [2019] IEHC 52; voir la *Defamation Act*, précitée à la note 10, al. 28(2)a).
- ¹⁷ *Loi sur la protection des images intimes*, Codification permanente des lois du Manitoba, ch. l87, par. 1(2) [loi en vigueur au Manitoba].
- ¹⁸ Voir Emily Laidlaw et Hilary Young, « Internet Intermediary Liability in Defamation », *Osgoode Hall LJ*, vol. 56, 112, 2019, p. 117-118.
- ¹⁹ David Kaye, *Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, A/HRC/38/35 (Kaye), paragr. 22. Voir la discussion en général aux paragr. 22-25.
- ²⁰ *Ibid.*, paragr. 13-21; 23.
- ²¹ Version préliminaire de l'*Uniform Civil Remedies for Unauthorized Disclosure of Intimate Images Act*, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2018, art. 8 [version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis]; *Communications Decency Act*, 1996, 47 USC, art. 230.
- ²² Danielle Citron, *Hate Crimes in Cyberspace*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2014, p. 177. [traduction]
- ²³ Bobby Chesney et Danielle Citron, « Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security », *Cal L Rev*, vol. 107, 2019 (ébauche, article à paraître), p. 40, < DOI: 10.2139/ssrn.3213954 >. [traduction]
- ²⁴ *Protecting Victims of Non-consensual Distribution of Intimate Images Act*, RSA 2017, ch. P-26.9, al. 1b) [loi en vigueur en Alberta]; *The Privacy Act*, RSS 1978, ch. P-24, art. 7.1 [loi en vigueur en Saskatchewan]; loi en vigueur au Manitoba, précitée à la note 17, art. 1; *Intimate Images and Cyber-protection Act*, SNS 2017, ch. 7, al. 3f) [loi en vigueur en Nouvelle-Écosse]; *Intimate Images Protection Act*, RSNL 2018, ch. l-22, art. 2 [loi en vigueur à Terre-Neuve-et-Labrador]; [collectivement, les lois canadiennes sur la CSCII].
- ²⁵ Robert Chesney et Danielle Citron, « Deep Fakes: A Looming Crisis for National Security, Democracy and Privacy », *Lawfare*, 21 février 2018, www.lawfareblog.com/deep-fakes-looming-crisis-national-security-democracy-and-privacy, et ébauche de l'article universitaire portant le même nom, précité à la note 23. [traduction]
- ²⁶ Adam Dodge et Erica Johnstone, « Using Fake Video Technology to Perpetrate Intimacy Partner Abuse », *Domestic Violence Advisory*, Without My Consent, 25 avril 2018, withoutmyconsent.org/sites/default/files/blog_post/2018-04-25_deepfake_domestic_violence_advisory.pdf.
- ²⁷ Voir le rapport de Kevin Roose, « Here Come the Fake Videos, Too », *New York Times*, 4 mars 2018, www.nytimes.com/2018/03/04/technology/fake-videos-deepfakes.html, cité d'abord dans Chesney et Citron, précité à la note 21.
- ²⁸ Mindy Weisberger, « Watch Mona Lisa come to life in startling 'deepfake' videos », *NBC News*, 28 mai 2019, www.nbcnews.com/mach/science/watch-mona-lisa-come-life-startling-deepfake-videos-nca1010871.
- ²⁹ Chesney et Citron, précité à la note 23, p. 5-8.
- ³⁰ Dodge et Johnstone, précité à la note 26, p. 5-6; ils donnent l'exemple d'un groupe Reddit comptant 100 000 utilisateurs.
- ³¹ Voir Chesney et Citron, précité à la note 23, en particulier les p. 16-20; voir Dodge et Johnstone, précité à la note 26, p. 4-5.
- ³² *Harmful Communications and Digital Safety Bill 2017* (Irlande), *Bill 5 of 2017* [loi en vigueur en Irlande].
- ³³ *Ibid.*, art. 2; l'Écosse utilise une définition semblable : *Abusive Behaviour and Sexual Harm (Scotland) Act*, 2016 asp 22, par. 3(2) [loi en vigueur en Écosse].
- ³⁴ Cela ne tient pas compte des accusations au criminel pouvant être portées pour de tels dessins, compte tenu de l'arrêt *R c. Sharpe*, 2001 CSC 2 (contrairement à la situation décrite dans l'arrêt *Sharpe*, les dessins ne sont pas utilisés à des fins personnelles; ils sont communiqués).
- ³⁵ Version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis, précitée à la note 21, note préliminaire, p. 1.

- ³⁶ Les autres causes d'action possibles ont influencé la réflexion des rédacteurs dans la version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis, précitée à la note 21, note préliminaire, p. 1.
- ³⁷ Lois canadiennes sur la CSCII, précitées à la note 24.
- ³⁸ Version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis, précitée à la note 21, al. 2(7)a). [traduction]
- ³⁹ *Ibid.*, p. 2, note préliminaire. [traduction]
- ⁴⁰ *Harmful Digital Communications Act* (Nouvelle-Zélande), 2015 n° 63, art. 4 [loi en vigueur en Nouvelle-Zélande]. [traduction]
- ⁴¹ Loi en vigueur en Irlande, précitée à la note 32, sous-al. 2a)(i): « des organes génitaux ou de la région anale de la personne, ou, dans le cas d'une femme, ses seins (que ces parties du corps soient recouvertes de sous-vêtements ou nues) ». [traduction]
- ⁴² Loi en vigueur en Écosse, précitée à la note 33, art. 2-3. [traduction]
- ⁴³ *Ibid.*, par. 2(1); Loi en vigueur en Irlande, précitée à la note 32, al. 2(b); Loi en vigueur en Nouvelle-Zélande, précitée à la note 40, sous-al. 4(a)(i).
- ⁴⁴ Version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis, précitée à la note 21.
- ⁴⁵ *Ibid.*, al. 3(2)b). [traduction]
- ⁴⁶ *Ibid.*, al. 2f). [traduction]
- ⁴⁷ Mary Anne Franks, *Drafting an Effective "Revenge Porn" Law: A Guide for Legislators*, 2015, DOI: 10.2139/ssrn.2468823.
- ⁴⁸ Lois canadiennes sur la CSCII, précitées à la note 24.
- ⁴⁹ Dans le contexte de la disposition du *Code criminel* sur la CSCII, voir la recherche de Moira Aikenhead, qui fait valoir que les dispositions sont trop étroites. Le fait de se concentrer sur des situations où il existe une attente raisonnable en matière de vie privée détourne l'attention du préjudice unique d'être représenté comme un objet sexuel contre son gré; voir l'analyse d'Ian Burns, « Study suggests 'revenge porn' law being interpreted too narrowly in court », *The Lawyer's Daily*, 9 mai 2018, www.thelawyersdaily.ca/articles/6459/study-suggests-revenge-porn-law-being-interpreted-too-narrowly-in-court.
- ⁵⁰ Version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis, précitée à la note 21, par. 2(7).
- ⁵¹ *Ibid.*, par. 2(2). [traduction]
- ⁵² Version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis, précitée à la note 21, al. 3 b.
- ⁵³ Loi en vigueur au Manitoba, précitée à la note 17, par. 11(1); voir aussi la loi en vigueur en, précitée à la note 24, art. 3.
- ⁵⁴ Loi en vigueur en Saskatchewan, précitée à la note 24, par. 7.5(2). [traduction]
- ⁵⁵ Loi en vigueur en Nouvelle-Écosse, précitée à la note 24, al. 3d); voir aussi la version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis, précitée à la note 21, al. 2c).
- ⁵⁶ Dans le contexte des voies de fait de nature sexuelle, voir *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, aux paragr. 53 [Scalera] et 108, et *Nelitz v. Dyck*, 2001 52 O.R. (3 d) 458, 139 O.A.C. 117, au paragr. 36. Dans le contexte des soins de santé, voir p. ex. *Toews v. Weisner and South Fraser Health Region*, 2001 BCSC 15, au paragr. 19.
- ⁵⁷ *Code criminel*, RSC 1985, ch. C-46, par. 273.1(1); voir aussi *R c. Ewanchuk*, 1999 CSC 711, paragr. 26 [Ewanchuk].
- ⁵⁸ Une croyance sincère, mais erronée annule l'intention coupable. *Ewanchuk*, précité à la note 57, paragr. 48-49.
- ⁵⁹ *Loi sur le consentement aux soins de santé*, 1996, L.O. 1996, ch. 2, annexe A, par. 29(1).
- ⁶⁰ Linden et coll., *Canadian Tort Law*, 11^e édition, Toronto, LexisNexis, 2018, p. 101. Nous remercions Jamie Lee pour cet exemple.
- ⁶¹ Cela vaut aussi pour la légitime défense en droit criminel. Voir *Code criminel*, précité à la note 57, par. 34(1).

⁶² *Black's Law Dictionary*, 8^e édition. [traduction]

⁶³ *Scalera*, précité à la note 56, au paragr. 10.

⁶⁴ *Ibid.*, au paragr. 11, citant Ruth Sullivan, « Trespass to the Person in Canada: A Defence of the Traditional Approach », *Ottawa L Rev*, vol. 19, 533, 1987, p. 562.

⁶⁵ « L'utilisation de cette norme dans une cause d'action civile portant sur de la pornographie vengeresse pourrait éliminer une étape que doit franchir la victime avant d'obtenir une mesure de redressement, en plus de réduire la durée du procès. » [traduction] Jessica Pollack, « Getting Even: Empowering Victims of Revenge Porn with a Civil Cause of Action », *Alb L Rev*, vol. 80 353, 2016, p. 379.

⁶⁶ Loi en vigueur en Alberta, précitée à la note 24, art. 6; loi en vigueur en Saskatchewan, précitée à la note 24, art. 7.6; loi en vigueur au Manitoba, précitée à la note 17, art. 13; loi en vigueur à Terre-Neuve-et-Labrador, précitée à la note 24, art. 8; loi en vigueur en Nouvelle-Écosse, précitée à la note 24, art. 7 (s'applique aussi à la cyberintimidation).

⁶⁷ Version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis, précitée à la note 21.

⁶⁸ L'expression « public concern » [intérêt public], est propre au droit américain. Elle était incluse dans version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis pour veiller à ce que cette loi respecte le Premier amendement : *US Civil Remedies for Unauthorized Disclosure of Intimate Images Act: with prefatory note and comments*, 10. [traduction]

⁶⁹ Version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis, précitée à la note 21, al. 4b) et e).

⁷⁰ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 RCS 626, 157 DLR (4th) 385.

⁷¹ *RJR MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 RCS 311, 111 DLR (4th) 385, à la page 334 :

Premièrement, une étude préliminaire du fond du litige doit établir qu'il y a une question sérieuse à juger. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. Enfin, il faut déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond.

⁷² *Ibid.*, aux paragr. 47-49.

⁷³ Voir p. ex. *The Small Claims Act, 2016*, SS 2016, ch. S-50.12, par. 3(1).

⁷⁴ Voir p. ex. *Small Claims Act*, RSNL 1990, ch. S-16, par. 3(2).

⁷⁵ Les tribunaux concluent généralement que le fait d'attribuer à des tribunaux qui ne sont pas visés à l'article 96 des pouvoirs propres aux tribunaux visés à l'article 96 est constitutionnel, tant qu'il n'est pas tenté de retirer les pouvoirs en question à des tribunaux visés à l'article 96. Voir *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, aux paragr. 29-30 : « Bien que les mots eux-mêmes traitent de la nomination des juges, l'art. 96 a un objectif plus général, qui consiste à protéger la compétence fondamentale des cours supérieures provinciales : le Parlement et les assemblées législatives des provinces peuvent créer des cours inférieures et des tribunaux administratifs, mais « [a]ucun des ordres de gouvernement ne peut retirer à une cour supérieure cette compétence fondamentale, sans que ne soit modifiée la Constitution » (*MacMillan Bloedel*, par. 15) ». Voir aussi *MacMillan Bloedel Ltd c. Simpson*, [1995] 4 RCS 725, p. 751, 191 NR 260.

⁷⁶ Les personnes autres que les juges ont parfois le pouvoir d'accorder des mesures de redressement équivalant à une injonction interlocutoire. Par exemple, les conseillers-maîtres à la gestion des causes au Nouveau-Brunswick peuvent rendre des ordonnances temporaires se rapportant à des questions de droit familial, comme la garde des enfants. Voir *Judicature Act*, RSNB 1973, ch. J-2, art. 56.2 et annexe C.

⁷⁷ *Civil Resolution Tribunal Act*, SBC 2012, ch. 25, art. 48 p. ex. L'exemple des strates est tiré d'un échange personnel avec la directrice de ce tribunal, Shannon Salter.

⁷⁸ Richard Zussman, « Trial Lawyers Association of B.C. set to take government to court over ICBC changes », *Global News*, 31 mars 2019, globalnews.ca/news/5116333/trial-lawyers-association-bc-constitutional-challenge-icbc-changes/.

⁷⁹ Voir p. ex.. Ben Robinson et Nicola Dowling, « Revenge porn laws 'not working', says victims group », *BBC News*, www.bbc.com/news/uk-48309752, qui laisse entendre qu'au Royaume-Uni, le fait de refuser d'accorder l'anonymat aux plaignants peut réduire le nombre de plaintes ou d'enquêtes pour des affaires criminelles de CSCII.

⁸⁰ Loi en vigueur en Saskatchewan, précitée à la note 24, art. 7.8. Voir aussi la loi en vigueur au Manitoba, précitée à la note 17, art. 15; loi en vigueur en Alberta, précitée à la note 24, art. 9.

⁸¹ Loi en vigueur à Terre-Neuve-et-Labrador, précitée à la note 24, art. 10.

⁸² Loi en vigueur en Nouvelle-Écosse, précitée à la note 24, art. 8 et 9.

⁸³ Dans l'arrêt *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, au paragr. 11 [*Bragg Communications*], la Cour suprême s'est exprimée en ces termes :

Le principe de la publicité des débats judiciaires exige qu'en règle générale, les procédures judiciaires soient accessibles au public et aux médias. On a dit de ce principe qu'il est une « caractéristique d'une société démocratique » (*Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43 ([CanLII](#)), [2004] 2 R.C.S. 332, par. 23) et il est inextricablement lié à la liberté d'expression.

⁸⁴ Voir p. ex. Jennifer McGuire, « #YouKnowHerName – Behind the legal fight to name Rehtaeh Parsons », *CBC News*, 25 mars 2015, www.cbc.ca/newsblogs/community/editorsblog/2015/03/youknowhername.html.

⁸⁵ Les décisions de principe sur la constitutionnalité des publications sont *Dagenais c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 RCS 835 (pour les interdictions discrétionnaires) et *Toronto Star Newspapers c. Canada*, [2010] 1 RCS 721 [*Toronto Star*] (pour les interdictions obligatoires). Dans l'arrêt *Toronto Star*, il est question de la constitutionnalité d'une interdiction de publication obligatoire sur les renseignements produits lors d'une enquête sur remise en liberté provisoire.

⁸⁶ *Toronto Star*, *Ibid.*, aux paragr. 21-60.

⁸⁷ Il convient de souligner que dans l'arrêt *Bragg Communications*, précité à la note 83, la Cour suprême du Canada a indiqué que le jeune âge de la partie demanderesse était un facteur justifiant l'imposition d'une interdiction de publication de son identité, tout comme la nature sexuelle de l'atteinte à la vie privée (au paragr. 14) : « Il ne s'agit pas simplement d'une question de protection de sa vie privée, mais de sa protection contre l'humiliation constamment envahissante liée à l'intimidation à caractère sexuel en ligne. »

⁸⁸ La disposition pertinente de chaque loi est la définition de la distribution : loi en vigueur en Alberta, précitée à la note 24, art. 2; loi en vigueur en Saskatchewan, précitée à la note 24, par. 7.3(2); loi en vigueur au Manitoba, précitée à la note 17, par. 11(2); loi en vigueur en Nouvelle-Écosse, précitée à la note 24, al. 3d); loi en vigueur à Terre-Neuve-et-Labrador, précitée à la note 24, art. 4. Aucune autre disposition ne traite des menaces de communiquer les images.

⁸⁹ Loi en vigueur en Nouvelle-Écosse, précitée à la note 24, al. 3c).

⁹⁰ Version préliminaire de l'*Intimate Images Act* des États-Unis, précitée à la note 21.

⁹¹ *Ibid.*, 3b) [...] une personne figurant sur une image qui est identifiable et qui subit un préjudice en raison de la communication intentionnelle ou de la menace de communication d'une image intime qui était privée sans son consentement peut tenter une action contre la personne qui a communiqué ou menacé de communiquer l'image si cette personne savait que [ou a fait preuve d'une insouciance grave quant aux faits suivants] : (1) la personne figurant sur l'image n'a pas consenti à la communication de l'image; (2) l'image intime était privée; (3) la personne figurant sur l'image était identifiable. » [traduction]

⁹² *Enhancing Online Safety Act* (Australia), No 24, 2015.

⁹³ *Ibid.* art. 44B : « (1) Une personne (la **première personne**) ne doit pas publier, ou menacer de publier, une image intime d'une autre personne (la **deuxième personne**) sur :

- a) un service de médial social;
- b) un service électronique pertinent;
- c) un service Internet désigné [...] » [traduction]

⁹⁴ Par exemple, voir l'analyse dans Robinson et Dowling, précité à la note 79.

⁹⁵ Voir Nellie Bowles, « Thermostats, Locks and Lights: Digital Tools of Domestic Abuse », *New York Times*, 23 juin 2018, www.nytimes.com/2018/06/23/technology/smart-home-devices-domestic-abuse.html.

⁹⁶ Dans l'affaire d'Amanda Todd, un étranger a convaincu Amanda de lui envoyer une image intime, puis a menacé à répétition de la publier au fil des ans, y compris de la distribuer à ses pairs.

⁹⁷ Bien que la diffamation ne soit généralement pas considérée comme un délit intentionnel, elle exige l'intention de publier, essentiellement comme nous le recommandons pour la CSCII.

⁹⁸ La seule difficulté pour tenter une action en négligence dans une affaire de CSCII est l'exigence que la négligence ait causé un certain type de préjudice. Il peut s'agir de lésions corporelles, de dommages à des biens ou de préjudices psychologiques atteignant un certain seuil (voir *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, aux paragr. 31 et 37 [*Saadati*]). Il est plutôt difficile de savoir si les types de troubles émotionnels, d'humiliation et d'atteinte à la réputation susceptibles de découler de la CSCII sont des préjudices qui pourraient être reconnus en droit de la négligence. Ils le seraient sans doute sûrement, compte tenu de la reconnaissance du fait qu'il n'est pas nécessaire que les préjudices psychologiques soient diagnostiqués ou appartiennent à une catégorie reconnue de la *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes* (la « CIM ») (*Saadati*). En outre, l'atteinte à la réputation peut donner lieu à une indemnité dans les affaires de négligence (*Young c. Bella*, 2006 CSC 3, au paragr. 56).

⁹⁹ Voir Franks, précité à la note 47, p. 7.

¹⁰⁰ Par exemple, dans la loi en vigueur en Nouvelle-Zélande, précitée à la note 40, l'al. 22(1)a) prévoit que commet une infraction la personne qui cause préjudice à autrui en publiant des communications numériques, mais uniquement si elle les publie « dans l'intention de causer préjudice à une victime ». [traduction] La disposition pertinente du *Code criminel* n'exige aucune intention de causer un préjudice. Voir *Code criminel*, précité à la note 57, art. 162.1.

¹⁰¹ Loi en vigueur au Manitoba, précitée à la note 17, par. 1(2); loi en vigueur en Alberta, précitée à la note 24, art. 2.

¹⁰² Voir la loi en vigueur en Saskatchewan, précitée à la note 24. Par exemple, l'article 7.2 est presque identique au paragraphe 1(2) de la loi en vigueur au Manitoba et à l'article 2 de la loi en vigueur en Alberta, exception faite qu'il ne comprend pas le mot « knowingly » [sciemment].

¹⁰³ Il est bien établi que l'intention de publier le contenu est exigée en matière de diffamation. Voir Linden et coll., précité à la note 60, p. 761. Les délits d'atteinte à la vie privée qui sont prévus dans les lois et qui existent en common law sont considérés comme des délits intentionnels. Par exemple, aux termes de la loi en vigueur en Colombie-Britannique, commet un délit « quiconque porte atteinte à la vie privée d'autrui délibérément et sans apparence de droit » [traduction]. P. ex. *Privacy Act*, RSBC, 1996, ch. 373, par. 1(1). *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32 [*Jones*], la décision de principe sur les délits d'atteinte à la vie privée en common law, appuie la définition de ce délit sur l'intrusion intentionnelle (au paragr. 19).

¹⁰⁴ Il se peut que l'imprudence relativement à la publication soit répréhensible, mais comme nous l'avons mentionné précédemment, nous laissons ces affaires être réglées en droit de la négligence.

¹⁰⁵ Voir *Pritchard c. Van Nes*, 2016 BCSC 686, au paragr. 78. Il existe relativement peu d'articles universitaires sur la question du « résultat naturel et probable », mais elle établit sans doute un seuil plus élevé que la simple prévisibilité, qui pourrait englober presque toute republication.

¹⁰⁶ Voir p. ex. Emily Laidlaw, « *Pritchard v Van Nes* : Imposing Liability on Perpetrator Zero of Defamatory Facebook Posts Gone Viral », *University of Calgary Faculty of Law Blog*, 18 mai 2016, ablawg.ca/2016/05/18/pritchard-v-van-nes-imposing-liability-on-perpetrator-zero-of-defamatory-facebook-posts-gone-viral/.

¹⁰⁷ Laidlaw et Young, précité à la note 18, p. 116-120.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 118-120.

¹⁰⁹ « Il ne fait aucun doute que dans l'ensemble, on estime en droit canadien qu'il revient à la partie défenderesse de réfuter l'élément mental exigé pour le délit d'intrusion. » [traduction] (Frank Bates, « Accident, Trespass and Burden of Proof: A Comparative Study », *Irish Jurist*, vol. 11, 88, 1976, p. 96.) Voir aussi *Dahlberg v Naydiuk* (1969), DLR (3 d) 319, 72 WWR 210.

¹¹⁰ Laidlaw et Young, précité à la note 18.

¹¹¹ Citron, précité à la note 22, p. 177.

¹¹² Loi en vigueur au Manitoba, précitée à la note 17, par. 14(1). La loi en vigueur en Alberta, précitée à la note 24, a une disposition semblable au paragraphe 7(1), tout comme la loi en vigueur à Terre-Neuve-et-Labrador, précitée à la note 24, par. 9(1), et la loi en vigueur en Saskatchewan, précitée à la note 24 par. 7.7(1). Il convient de souligner que la loi en vigueur en Nouvelle-Écosse, précitée à la note 24, art. 6, énumère une grande variété d'ordonnances pouvant être rendues, mais à notre avis, il est inutile d'énumérer si précisément les types d'ordonnances pouvant être rendues. Les mesures injonctives sont équitables et discrétionnaires, et les juges comprennent leur pouvoir d'accorder des mesures injonctives appropriées. Le fait d'énumérer les types d'ordonnances, même si on prévoit « toute autre ordonnance juste et raisonnable » [traduction], risque de faire en sorte que l'interprétation législative limite les types d'ordonnances possibles en fonction des exemples fournis dans la loi.

¹¹³ Il en est ainsi au moins en ce qui concerne les dommages-intérêts généraux dans les affaires de diffamation. Voir Hilary Young, « The Canadian Defamation Action: An Empirical Study », *Revue du Barreau canadien*, vol. 95, 591, 2017, p. 612-613.

¹¹⁴ Voir *Jones*, précité à la note 103, paragr. 87, et *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 RCS 229, 83.

¹¹⁵ Voir la *Defamation Act 2005*, par. 35(1) : dans cinq des six États australiens (par. 33(1) pour l'Australie-Méridionale), la loi limite à 250 000 \$ les dommages-intérêts non économiques dans les affaires de diffamation. Ces montants sont revus à la hausse en fonction de l'inflation et se chiffreront à 407 500 \$ à compter du 1^{er} juillet 2019. (Journal officiel du gouvernement de la Nouvelle-Galles du Sud, n^o 55, 31 mai 2019.) Au Royaume-Uni, il existe une quasi-limite de 275 000 £. Voir *Simmons v. Castle* [2012] EWCA Civ 1039.

¹¹⁶ La méthode de quantification de dommages-intérêts en diffamation est énoncée au paragraphe 182 de l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130, 126 DLR (4th) 129 [*Hill*] :

Il [le jury] est fondé à tenir compte de la conduite du demandeur, de sa situation et de son statut, de la nature du libelle, du mode et de la portée de la publication, de l'absence ou du refus de toute

rétractation ou excuse, et de « l'ensemble de la conduite du défendeur à partir de la publication du libelle jusqu'au moment même de son verdict. Il peut tenir compte de la conduite du défendeur avant l'action, après l'action et pendant l'audition de l'action », et aussi, soutient-on, de la conduite de son avocat qui ne peut pas couvrir son client en prenant la responsabilité de la façon dont l'affaire est menée. Il doit reconnaître « la triste réalité qu'aucune excuse, aucune rétractation ou aucun retrait ne peut jamais assurer que seront complètement effacés le mal ou le préjudice causés ». Il doit également tenir compte de la preuve présentée relativement à la majoration ou à la réduction des dommages.

¹¹⁷ Bien entendu, le mauvais comportement de la partie défenderesse peut accroître le préjudice subi par la partie demanderesse, ce qui justifie l'accord de dommages-intérêts compensatoires plus élevés. Cependant, l'accent devrait être porté sur le préjudice, et non sur le comportement de la partie défenderesse, pour éviter la duplication des dommages-intérêts.

¹¹⁸ Hill, précité à la note 116, paragr. 188.

¹¹⁹ Raymond Brown, *Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States*, 2^e édition, Toronto, Thomson Reuters Canada, 2017 (feuillet mobile mis à jour en 2016, version 1), ch. 25, p. 79 : « L'octroi de dommages-intérêts majorés distincts constitue une évolution pernicieuse du droit; c'est absurde en théorie et malveillant en pratique. » [traduction]

¹²⁰ Voir p. ex. Jaani Riordan, *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford University Press, 2016, 2.50, et Karine Perset (OCDE), *The Economic and Social Role of Intermediaries*, 2010, p. 9, DOI: 10.1787/5kmh79zszs8vb-en.

¹²¹ *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, ch. C-45, art. 41.25-41.27.