

La surveillance : pour ou contre ?

par

Monika M.L. Zauhar

COX & PALMER

coxandpalmerlaw.com

La surveillance : pour ou contre ?

Monika M.L. Zauhar*
Cox & Palmer

Cox & Palmer fait partie du réseau
Avocats Gestionnaires de Risque du Canada

INTRODUCTION

Vous est-il arrivé de soupçonner un demandeur d'exagérer son handicap ou un réclamant de faire de la simulation ? Avez-vous alors envisagé de le placer sous surveillance ? Dans ce cas, vous devez tenir compte de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, couramment appelée *LPRPDE*¹. Cette *Loi* est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004, et trois étapes ont été nécessaires avant sa promulgation: la première, en janvier 2001, consistait à réglementer la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels uniquement pour les organisations privées sous juridiction fédérale; la deuxième, qui a pris effet le 1^{er} janvier 2002, prévoyait l'intégration des renseignements médicaux à ces règlements; enfin, le 1^{er} janvier 2004, le champ d'application de la *Loi* a été élargi à toute activité commerciale réalisée au sein d'une province [ne possédant pas de mesures législatives provinciales similaires] et aux organisations soumises aux règlements de la province où ils sont établis.

En termes généraux, la *LPRPDE* régit la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels dans le cadre d'activités commerciales. Elle définit ce qui est considéré comme des renseignements personnels et ce qui est vu comme un « enregistrement », ce qui comprend l'existence d'une bande vidéo. La prémisse de base de la *LPRPDE*, c'est que « toute personne doit être informée de toute collecte,

¹ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5.

utilisation ou communication de renseignements personnels qui la concernent et y consentir, à moins qu'il ne soit pas approprié de le faire ».

En mai 2009, à la suite de la promulgation de la LPRPDE, le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (CPVP) a publié le *Document d'orientation sur la vidéosurveillance secrète dans le secteur privé*². Cet ouvrage a pour objectif de « définir les obligations et les responsabilités en matière de protection de la vie privée des organisations du secteur privé qui envisagent de recourir à la vidéosurveillance secrète ou qui l'utilisent déjà »³. Selon la définition du guide, la vidéosurveillance est qualifiée de « secrète » lorsque les individus ne sont pas informés du fait qu'ils sont surveillés.

Les compagnies d'assurances, y compris les assureurs de première partie, doivent être conscients des effets que la LPRPDE et le *Document d'orientation sur la vidéosurveillance secrète dans le secteur privé* peuvent éventuellement avoir sur la conduite entourant un litige, particulièrement de toute restriction que cette loi et les orientations y afférentes peuvent opposer aux assureurs qui souhaitent mettre sur pied une vidéosurveillance « secrète ».

Il importe d'examiner plus en profondeur diverses questions afin de déterminer si cette *Loi*, qui vise à restreindre la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels dans le contexte d'un procès, s'applique à la surveillance. La définition que donne la *Loi* de ce qu'est une « activité commerciale » est-elle suffisamment large pour englober des activités liées à des litiges telles que la surveillance ? Dans le cadre d'un litige, serait-il réellement « approprié » d'obtenir le consentement du demandeur avant de mettre en place une surveillance ? S'il

² *Document d'orientation sur la vidéosurveillance secrète dans le secteur privé*, mai 2009, Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, <https://www.priv.gc.ca>. Ce document vise uniquement à fournir des lignes directrices; le CPVP examine toute plainte au cas par cas.

³ Voir le guide du CPVP.

s'avérait qu'une telle surveillance a été effectuée « secrètement » en vue d'étayer une poursuite en justice, serait-elle admissible comme preuve devant les tribunaux?

Le présent article tentera de répondre à ces questions et de fournir aux assureurs certaines lignes directrices en ce qui a trait à la mise en place d'une activité de surveillance dans le cadre d'un litige. Il ne prétend pas examiner en profondeur la *LPRPDE* ni débattre de son applicabilité à un litige. Nous conseillons aux lecteurs de solliciter les avis juridiques appropriés pour aborder les questions spécifiques liées au droit concernant la vie privée.

DÉFINITION DE CE QU'EST UNE « ACTIVITÉ COMMERCIALE »

À la Section 2 de la *LPRPDE*, une « activité commerciale » est définie comme suit: « Toute activité régulière ainsi que tout acte isolé qui revêtent un caractère commercial de par leur nature, y compris la vente, le troc ou la location de listes de donneurs, d'adhésion ou de collecte de fonds ».

Certains praticiens de la défense en matière d'assurance ont contesté que, dans le cadre de la rédaction législative, la définition d'une « activité commerciale » ait même été sensée s'étendre au processus de litige. Ils prétendaient que les rédacteurs et les législateurs n'avaient pas considéré l'acte de surveillance lui-même ni le litige lorsqu'ils avaient défini la portée d'une « activité commerciale ». De leur côté, les avocats-conseils des demandeurs prétendent que le recrutement d'un enquêteur exige que l'on effectue une transaction commerciale pour solliciter une activité de type commercial, entreprise par une entité commerciale [la firme d'enquête] à la demande d'une autre entité commerciale [la compagnie d'assurances].

Cette question a été abordée spécifiquement dans l'affaire *Ferenczy c. MCI Medical Clinics et Dr. Gary Weinstein*⁴. Dans ce cas, la demanderesse poursuivait le

⁴ *Ferenczy c MCI Medical Clinics et al.*, 2004, CanLII 12555 (C.S. Ontario).

défendeur pour faute professionnelle médicale. Lors du procès, la demanderesse a fait état que ses blessures la rendaient incapable de saisir une tasse avec sa main gauche. Or, le défendeur avait en sa possession une bande vidéo de surveillance montrant la demanderesse au *Tim Horton's* local tenant une tasse de café dans sa main gauche durant un long moment. Le défendeur souhaitait présenter cette bande vidéo pour contester la crédibilité de la demanderesse. Celle-ci a récusé l'admissibilité du document vidéo en faisant valoir que son enregistrement contrevenait à la *LPRPDE*, puisque le consentement de la demanderesse n'avait pas été obtenu.

Lors de la discussion sur l'applicabilité de la *Loi*, la Cour a déclaré que la surveillance ne tombait pas sous la définition de ce qu'est une « activité commerciale ». Dans les paragraphes 27 à 30, la juge Dawson fait la déclaration suivante:

[TRADUCTION] [27] La loi en question est complexe et formulée en termes si généraux que l'on pourrait, en se fondant sur une argumentation raisonnable, étendre sa portée au point où cela transformerait les procès au civil comme au criminel de façon radicale par rapport à ce qu'ils sont aujourd'hui. Les arguments avancés ici au nom de la demanderesse le montrent clairement. Selon la demande de la demanderesse, le Dr Weinstein aurait pu être autorisé à utiliser sa propre caméra vidéo et à enregistrer des preuves pour sa propre défense, mais un enquêteur privé n'aurait pu être autorisé à le faire pour lui s'il était payé pour cela.

[28] Cet argument s'étendrait à un accusé dans une affaire criminelle. Même si la *Loi* comporte certaines exceptions qui permettent aux autorités policières d'enquêter et de recueillir des renseignements au sujet d'un suspect ou d'un accusé, il est permis de croire qu'un accusé se verrait interdire de recourir à un enquêteur privé ou à un autre mandataire payé pour recueillir des renseignements ou effectuer une surveillance qui pourraient pourtant être vitaux pour sa défense.

[29] Dans le cadre d'une affaire criminelle, un accusé pourrait peut-être faire appel à la *Charte des droits et libertés* et présenter des arguments qui pourraient faire en sorte que la *Loi* ne s'applique pas de la manière décrite, alors qu'un défendeur contre qui de graves allégations ont été portées dans une poursuite civile pourrait ne pas être en mesure de le faire.

[30] Une façon d'éviter un tel résultat, et je conclus qu'il s'agit de l'interprétation correcte de la *Loi*, consiste à appliquer le principe du droit du mandat. Suivant ce principe, c'est le défendeur de l'affaire au civil qui est la personne qui recueille des renseignements pour son usage personnel

en vue de se défendre contre les allégations faites par le demandeur. Les personnes qu'il emploie, ou qui sont employées pour son compte, sont simplement des mandataires. Suivant cette analyse, c'est l'article 4(2)(b) de la *Loi* qui s'applique. Cet article se lit comme suit :

4(2) La présente partie ne s'applique pas :

b) à un individu à l'égard des renseignements personnels qu'il recueille, utilise ou communique à des fins personnelles ou domestiques et à aucune autre fin; [...].

En conséquence, dans l'affaire *Ferenczy*, la Cour a conclu que le défendeur – le médecin praticien ou son assureur – en se défendant contre les allégations de faute professionnelle dans le contexte de la poursuite, ne collectait ni n'enregistrait de renseignements personnels, y compris par vidéosurveillance, dans le cadre d'une « activité commerciale ».

Pour étayer davantage son analyse, la juge Dawson s'appuyait sur l'article 3 de la *Loi*, selon laquelle une telle analyse correspond à la raison d'être globale de la *LPRPDE*. L'article 3 se lit comme suit :

Objet

3. La présente partie a pour objet de fixer, dans une ère où la technologie facilite de plus en plus la circulation et l'échange de renseignements, des règles régissant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l'égard des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances.

En se fondant sur l'affaire *Ferenczy*, on peut donc faire valoir que, par l'entremise d'un agent tel un enquêteur privé, une partie à un litige peut être autorisée à recueillir des renseignements, y compris au moyen de la surveillance, pour se défendre dans le cadre d'une poursuite. On pourrait faire valoir qu'une telle collecte de renseignements, effectuée à des fins personnelles dans le contexte d'un procès civil engagé contre ce défendeur, ne tomberait pas sous la définition que la *Loi* donne de ce qu'est une « activité commerciale ».

LA NOTION DE CONSENTEMENT

De façon générale, la *LPRPDE* stipule que la personne doit donner son consentement avant toute collecte, utilisation ou divulgation de renseignements personnels la concernant, y compris l'enregistrement d'une vidéo de surveillance. Le *Commissariat à la protection de la vie privée du Canada* considère la surveillance « secrète » comme une forme de technologie « portant grandement atteinte à la vie privée » et devant être employée dans un nombre de cas très limité et en tout dernier recours, tel que prescrit dans son guide d'orientation ⁵.

La *LPRPDE* reconnaît cependant que dans certaines circonstances, ce consentement n'est pas nécessaire ⁶. Le paragraphe 7(1)b) autorise la collecte ⁷ de renseignements personnels, y compris la vidéosurveillance « secrète » effectuée sans le consentement ou la connaissance de la personne, aux conditions suivantes:

- 1- **il est raisonnable de s'attendre à ce que la collecte effectuée au su ou avec le consentement de l'intéressé puisse compromettre l'exactitude du renseignement ou l'accès à celui-ci, et**
- 2- **la collecte est raisonnable à des fins liées à une enquête sur la violation d'un accord ou la contravention du droit fédéral ou provincial.**

Si la première exigence du paragraphe 7(1)b) est relativement facile à satisfaire ⁸, la deuxième est un peu moins claire.

⁵ Voir le guide du CPVP.

⁶ *LPRPDE*, art. 7.

⁷ Dans l'affaire **Ferenczy**, il a également été dit que « [TRADUCTION] une fois que l'on a constaté que la collecte de renseignements est visée par l'art. 7(1)(b), alors, selon l'art. 7(2)(d), elle peut être utilisée ». Il est certain que la portée de l'art. 7(3)c) et du paragraphe (i) est assez large pour englober la communication de renseignements dans le cadre du procès, conformément aux règles de la Cour. Voir le paragraphe 33.

⁸ Si le consentement est obtenu avant que la surveillance ne soit effectuée, il est très peu probable que cette surveillance révèle quoi que ce soit de substantiel.

Y a-t-il des circonstances où un individu devrait raisonnablement s'attendre à ce qu'il y ait sans son consentement collecte de renseignements personnels le concernant ? Cette question s'est posée dans le monde du travail à l'occasion de l'affaire **Ross c. Rosedale**⁹, [décision régie par le *Code Canadien du travail, L.R.C. 1985, ch. L-2*], dans laquelle un employeur, soupçonnant un employé de fausse déclaration, demanda que soit effectuée une vidéosurveillance alors que celui-ci déménageait des meubles. Lors de l'audience, l'employé objecta à l'admissibilité de cette bande vidéo, alléguant que cet acte constituait une collecte de renseignements personnels obtenus sans son consentement et contrevenait donc à l'article 7(1) de la *LPRPDE*, laquelle s'appliquait, puisque la société Rosedale exerçait des activités de camionnage au-delà des frontières de l'Ontario.

Pour déterminer s'il était raisonnable de recourir à la vidéosurveillance comme moyen d'enquêter sur une violation du contrat de travail, l'arbitre s'est penché sur la jurisprudence arbitrale et a examiné la grille qui était utilisée à ce sujet avant la promulgation de la *LPRPDE*¹⁰. Le tribunal a donc dû se demander :

- ▶ s'il était raisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances, de demander une surveillance ;
- ▶ si la surveillance avait été effectuée de manière raisonnable ; et
- ▶ si l'entreprise aurait pu trouver d'autres manières d'obtenir les preuves recherchées.

L'arbitre, tenant compte du besoin de trouver le juste milieu entre les intérêts de la personne et ceux de l'employeur, décida que ces derniers n'allaient pas jusqu'à

⁹ *Ross c. Rosedale*, [2003] C.L.A.D. No. 237.

¹⁰ *Re Transit Windsor and Amalgamated Transit Union, Local 616 (2001)*, 99 L.A.C. 4th 295 (Brandt) et *Re Canadian Pacific Ltd. and Brotherhood of Maintenance of Way Employees 91996*, 59 L.A.C. (4th) 111 (M.-G. Picher).

justifier l'espionnage spéculatif d'un employé que l'employeur n'avait aucune raison de soupçonner de malhonnêteté. La surveillance fut qualifiée de mesure « extraordinaire », à laquelle on ne pouvait recourir que si on avait, au préalable, de solides doutes pour la justifier. Ce qui était raisonnable et justifiable devait donc être déterminé d'après les faits, au cas par cas.

Dans cette cause, l'arbitre conclut que la vidéosurveillance n'était pas admissible, car elle était déraisonnable ; compte tenu des circonstances entourant ce cas, l'employeur n'avait pas agi raisonnablement en effectuant de la vidéosurveillance. Selon l'arbitre, l'employeur aurait pu utiliser une méthode d'enquête portant moins atteinte à la vie privée, par exemple en demandant une évaluation médicale indépendante, ce qui n'avait jamais été fait.

On pourrait penser qu'il existe une contradiction entre les cas **Ferenczy** et **Ross c. Rosedale**. Le premier illustre le principe selon lequel un défendeur a le droit de recueillir des renseignements personnels, plus spécifiquement au moyen de la vidéosurveillance, pourvu que cette collecte soit effectuée « en vue de sa défense dans le cadre d'une poursuite ¹¹ ». Les renseignements recueillis doivent cependant avoir un lien avec la défense qui sera présentée dans le cadre d'une poursuite judiciaire.

Il est important de noter que dans l'affaire **Ferenczy**, la décision reposait sur le fait que la surveillance avait eu lieu dans un lieu public. La juge Dawson a de toute évidence cherché à établir un équilibre entre les intérêts de nature privée du demandeur et le droit du défendeur d'obtenir l'information nécessaire pour se

¹¹ Voir **Ferenczy c. MCI Medical Clinics** et **Carter c. Connors**, 2009 NBQB 317 (CanLII), paragraphe 41, dans le contexte de renseignements communiqués sur Facebook, ainsi que le résumé (n° 311) d'une affaire liée à la LPRPDE concernant une femme dont les activités avaient été enregistrées sur bandes sonores et sur vidéo par un enquêteur privé recruté par une compagnie d'assurances, 2005, CanLII 21590 (P.C.C.).

défendre contre les allégations du demandeur. La Cour a reconnu qu'un demandeur ne peut invoquer ses limites physiques, attribuer aux actes du défendeur une responsabilité quant à celles-ci, et par ailleurs dénier au défendeur la possibilité de mettre en cause de telles allégations. Il semble que la Cour ait établi une distinction entre, d'une part, des situations dans lesquelles un individu peut raisonnablement s'attendre à ce que sa vie privée soit protégée de toute intrusion, et d'autre part, les événements de la vie privée se déroulant dans des lieux publics où, de façon générale, le demandeur exerce des activités et pose des gestes à la vue de tous.

La décision rendue dans la cause **Ferenczy** appuie donc la position selon laquelle une fois qu'un individu a entamé des poursuites en justice, il est réputé avoir implicitement donné au défendeur son consentement pour que celui-ci puisse recueillir et utiliser des renseignements personnels à son sujet, se livrer à des activités de vidéosurveillance *dans des lieux publics*, et utiliser toute l'information ainsi collectée.

Ainsi, une fois que le requérant a déposé sa réclamation, il consent implicitement à l'ouverture éventuelle d'une enquête, y compris la vidéosurveillance dans un endroit public, puisque tout requérant devrait s'attendre « de façon raisonnable » à faire l'objet d'une surveillance dans un lieu public.

CRITÈRES D'ADMISSIBILITÉ DE LA VIDÉOSURVEILLANCE

Comme l'a déclaré la Cour supérieure de l'Ontario dans **Ferenczy**, il est entendu que la *LPRPDE* ne doit pas être interprétée d'une manière susceptible d'interférer avec la quête de justice du tribunal, ce qui signifie que cette *Loi* n'interdit pas que l'on admette en preuve des renseignements personnels cueillis ou enregistrés d'une façon qui contrevient à cette même *Loi*. La *LPRPDE* donne simplement aux particuliers et au *Commissaire à la protection de la vie privée* le droit de déposer une plainte menant à une enquête, et, tel que statué par la Cour suprême du Canada dans l'affaire **Canada (Commissariat à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe**

*Department of Health*¹², le *Commissaire à la protection de la vie privée* joue un rôle administratif, qui ne peut être mis sur un pied d'égalité avec celui d'un juge de la Cour supérieure.

Dans l'affaire *Ferenczy*, la Cour a vérifié l'admissibilité de la preuve, qui repose sur la pertinence d'un élément que l'on cherche à faire admettre. La Cour a admis la vidéosurveillance en tant qu'élément de preuve. De plus, la Cour a déclaré comme deuxième possibilité que dans le cas où cela ne serait pas correct, l'exception présentée à l'article 7(1)b) de la *Loi* s'appliquerait.

De façon similaire, dans *Cam c. Hood*¹³, la demanderesse a présenté une réclamation en responsabilité civile délictuelle pour des lésions des tissus mous causées par trois accidents de véhicule à moteur. Or, la défense, ayant obtenu des bandes vidéo enregistrées par vidéosurveillance montrant la demanderesse jouant au volley-ball, souhaitait les présenter en preuve au procès. La demanderesse a contesté l'admissibilité de cette preuve. En appliquant les critères d'admissibilité (présentés précédemment) et en admettant la vidéosurveillance comme élément de preuve, la Cour a fait remarquer que si on avait contrevenu à une atteinte raisonnable au respect de la vie privée de la demanderesse, celle-ci pouvait se tourner vers la *Privacy Act*¹⁴. Cependant, cette loi ne permettait pas d'exclure la preuve en question lors du procès.

Ainsi, une violation potentielle de la *LPRPDE* n'influe pas nécessairement sur l'admissibilité d'une preuve lors d'un procès. En conséquence, même si le fait d'avoir entrepris une vidéosurveillance « secrète » peut contrevenir à la *Loi*, ce n'est pas

¹² *Canada (Commissariat à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, [2008] S.C.J. No. 45; 2008, Carswell 2244.

¹³ *Cam c. Hood*, 2006 B.C.S.C. 842 (CanLII).

¹⁴ *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 373.

suffisant pour rendre la preuve ainsi obtenue non admissible. En effet, la simple définition de surveillance « secrète » contenue dans la *LPRPDE* ou dans le *Guide en matière d'atteinte à la vie privée* du CPVP est inadéquate en elle-même pour empêcher que des éléments obtenus par surveillance soient utilisés lors d'un procès.

RESTRICTIONS SPÉCIFIQUES CONTENUES DANS LA LPRPDE
CONCERNANT LA SURVEILLANCE « SECRÈTE »

La protection des « renseignements personnels » que couvre la *LPRPDE* comprend l'obtention de renseignements par vidéosurveillance dans la définition que la *Loi* donne de ce qu'est la « collecte de renseignements personnels ». En conséquence, à première vue, il pourrait sembler que la simple définition des « renseignements personnels » au sens de la *Loi* empêche que l'on puisse surveiller un individu.

En outre, tel que mentionné plus haut, en mai 2009, le CPVP a publié le *Document d'orientation sur la vidéosurveillance secrète dans le secteur privé*, qui énumère certaines exigences que les organisations ayant recours à la vidéosurveillance « secrète » sont tenues de respecter. Cette publication tente d'aborder les questions soulevées dans le cadre de la *LPRPDE* en relation avec le recours à la vidéosurveillance « secrète ». Voici une présentation des « principes » les plus applicables de ce document, chacun étant suivi de commentaires de l'auteure :

- Toute collecte de renseignements personnels effectuée au moyen de la vidéosurveillance dans le cadre d'une activité commerciale entreprise par une organisation ou un employeur assujettis à la *LPRPDE*, quel qu'en soit le lieu, doit être effectuée conformément aux principes directeurs établis par le *Commissariat à la protection de la vie privée* du Canada.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, on ne peut compter sur le fait que la surveillance « secrète » entreprise par un défendeur en vue de se défendre lui-même

*contre une plainte déposée par l'individu qui faisait l'objet d'une surveillance tombe sous la définition de ce qu'est une « activité commerciale » au sens de la Loi, comme le montre l'affaire **Ferenczy**.*

En outre, dans cette affaire, la Cour a déclaré qu'une partie à un litige devrait raisonnablement s'attendre à ce que des renseignements personnels la concernant soient recueillis par un défendeur dans le but de se défendre contre des allégations faisant l'objet d'une poursuite, pourvu que les renseignements recueillis soient pertinents à cette poursuite. Dans cette affaire, la juge a réaffirmé l'importance du consentement implicite du demandeur.

- Les fins pour lesquelles les renseignements personnels sont collectés doivent être considérées comme appropriées dans les circonstances, ce qui signifie que l'on doit être en mesure de démontrer et de prouver la nécessité d'une telle collecte ; la loi prévoit que de simples soupçons sont insuffisants pour justifier le recours à une surveillance « secrète ».
- Les avantages que l'organisation tirera des activités de surveillance doivent l'emporter sur l'atteinte à la vie privée résultant de la surveillance « secrète ».

Tel que mentionné précédemment, la pertinence et les fins de la collecte de renseignements personnels ont été légitimées par les tribunaux seulement si cette collecte est menée contre un défendeur par un individu qui fait l'objet d'une collecte de renseignements personnels, et est autorisée seulement si elle est pertinente aux questions en jeu dans la poursuite judiciaire. En conséquence, selon l'auteure, cette disposition particulière n'entraîne pas un fardeau de la preuve plus important que celui imposé par les tribunaux.

Quant à l'énoncé stipulant que « de simples soupçons » sont insuffisants, il ne fait aucun doute que cette précaution s'appliquerait dans une mesure encore plus grande à un assureur de première partie.

Le fardeau de la preuve revient pour la plus grande part aux assureurs de première partie. Comme en témoigne la jurisprudence en matière d'assurance, un contrat d'assurance entre assureur et assuré repose sur une bonne foi absolue ; les deux parties doivent faire preuve de la bonne foi la plus entière à l'égard l'un de l'autre. « La raison en est que seul l'assuré connaît les faits matériels d'importance qui font que l'assureur évalue, accepte ou continue de couvrir un risque, ou évalue une demande de remboursement et en établit le montant. Étant donné que pour l'assureur, il est difficile, voire impossible, de déterminer la véracité de ces faits, cette obligation suppose que l'assuré communique une information complète à l'assureur. Lorsqu'il traite une demande de remboursement, l'assureur, bien qu'il ne soit pas un administrateur de biens, détient une position de pouvoir par rapport à l'assuré [...]. Cette obligation d'agir de bonne foi face à l'assuré est distincte des obligations de l'assuré et de l'assureur en vertu de la police d'assurance ¹⁵[...] ».

Ainsi, on recommande aux assureurs de première partie d'être extrêmement prudents lorsqu'ils envisagent de recourir à la surveillance. Celle-ci continue toutefois d'être une méthode d'enquête acceptable pour les assureurs qui cherchent à prouver que la demande de remboursement d'un assuré n'est pas justifiée ¹⁶, dans des circonstances raisonnables. L'obligation, pour l'assureur, de faire preuve de la bonne foi la plus entière ne l'empêche pas d'avoir recours à la surveillance « secrète » pour s'assurer qu'un assuré respecte également ses obligations à l'égard

¹⁵ Traduction libre d'extraits de MacGillivray and Parkington on Insurance Law, 7th ed. (London, Sweet and Maxwell, 1981), par. 301, 303, 308, 524 et 614; Brown et Menezes, Insurance Law in Canada, 2^e éd., (Toronto, Carswell, 1991, par. 1:2: et 11:5,2; Whiten c. Pilot Insurance Co. (1999), 42 O.R. (3d) 641 (Ont. C.A., p. 650 per Laskin, J.A.; affaire Poersch c. Aetna 2000 CanLII 22613 (ON S.C.).

¹⁶ Voir **Adams c. Confederation Life Insurance Co.** [1994] A.J. n^o. 308, par. 68.

de la « bonne foi la plus entière »¹⁷. Néanmoins, la surveillance devrait être exercée dans des situations où elle est justifiée, preuves médicales et documents probants à l'appui. Si un assureur de première partie lançait sa propre enquête sans raisons ni justifications valables et tentait simplement de « saisir et de révéler les supposées mauvaises intentions de son assuré », cela pourrait engendrer des problèmes. S'il n'y a pas de fondements factuels à l'origine de cette surveillance, non seulement l'assureur risque de faire l'objet d'une plainte recevable par le CPVP, mais il peut aussi être considéré par le tribunal comme ayant manqué à son devoir de bonne foi et ayant violé le contrat d'assurance le liant à son assuré. La surveillance doit être justifiée et fondée sur des preuves existantes suffisantes pour que la demande de l'assuré soit contestée dans le cadre de son contrat d'assurance.

- Les renseignements personnels collectés par l'organisation doivent être liés de façon évidente à des fins et objectifs légitimes liés aux affaires de celle-ci. Ainsi, l'utilisation de la surveillance « secrète » doit avoir un lien direct avec les objectifs énoncés de l'organisation.

Il semble qu'en dépit d'une telle directive, les critères établis concernant la pertinence et l'admissibilité de la preuve exigent clairement qu'il y ait une relation causale directe avec les enjeux matériels sur lesquels porte le litige. En conséquence, « dans tous les cas, la preuve doit appuyer l'existence ou la non-existence des faits permettant de déterminer les questions problématiques de façon soit plus probante, soit moins probante que cela serait possible en l'absence de cette preuve »¹⁸.

¹⁷ Voir **Poersch c. Aetna** 2000 CanLII 22613 ON S.C., par. 81; 152 A.R. 121; [1994] I.L.R. par. 1-3096 à 2985.

¹⁸ Voir **Lis c. Lombard Insurance Company** 2006 CanLII 21595 (ON S.C.).

Quoi qu'il en soit, il semble que l'on indique plus loin que l'argumentation qui porte sur la nature non commerciale de l'activité de vidéosurveillance « secrète » exercée par la défense dans le cadre d'une poursuite couvre cette section particulière du guide du CPVP.

- Bien que la LPRPDE exige généralement l'obtention du consentement d'une personne avant que l'on puisse collecter et utiliser des renseignements personnels à son sujet, le guide du CPVP reconnaît qu'il peut y avoir consentement implicite de la part de cette personne, par exemple en tant que demandeur ayant entamé des poursuites en justice. Par conséquent, un tel consentement implicite permet au défendeur de collecter des renseignements personnels dans le but de se défendre, et tout renseignement recueilli touchant des sujets ou des parties non reliées doit être limité et n'est autorisé que si de tels renseignements concernant des tierces parties sont pertinents à l'objectif pour lequel on collecte des renseignements sur le demandeur [...]. Tout renseignement enregistré à propos d'individus qui n'ont aucun lien avec les objectifs de l'enquête doit être effacé ou « dépersonnalisé » le plus rapidement possible. Cette obligation touche non seulement les images, mais aussi tout renseignement tel que les noms, les numéros de rues ou encore les numéros de plaques d'immatriculation qui pourraient contribuer à identifier ces tierces parties.

Le CPVP a dû mettre à jour ses directives et clarifier l'application de plusieurs dispositions de la LPRPDE à la lumière des décisions judiciaires rendues depuis l'entrée en vigueur pleine et entière de la LPRPDE. De toute évidence, cette directive particulière vise à reconnaître le fait que les tribunaux ont reconnu des circonstances de litiges dans lesquelles les défendeurs doivent être autorisés à se défendre contre les allégations d'un demandeur et à collecter des renseignements personnels au sujet de celui-ci pour pouvoir se défendre adéquatement lors d'une demande d'indemnisation.

On peut néanmoins faire valoir que l'effacement ou la pixillation d'images d'une tierce partie effectués le plus rapidement possible, tel que le préconise le Guide du CPVP, fait fi de la règle de la meilleure preuve, puisque les tribunaux exigent que du matériel original, notamment des bandes vidéo non retouchées, soit présenté au procès. Si la preuve obtenue par vidéosurveillance est modifiée par les enquêteurs avant d'être déposée, le tribunal sera susceptible de déclarer une telle preuve peu fiable et de la rejeter. Ainsi, pour atteindre un certain équilibre, on pourrait avancer une interprétation de l'expression « le plus rapidement possible » plus appropriée au litige, et prévoir de détruire la preuve concernant des tierces parties après le procès, et après l'expiration de tous les délais d'appel.

- Il faudrait envisager des méthodes de collecte de renseignements personnels moins intrusives au premier chef, car le CPVP considère que la surveillance « secrète » porte sérieusement atteinte au droit de l'individu à la vie privée, que la Loi vise à protéger.

Il faut admettre que l'exigence consistant à adopter toutes les mesures de remplacement possibles qui soient moins intrusives que la vidéosurveillance avant de recourir à celle-ci interfère avec les droits de l'assureur et avec son devoir de se défendre, principe juridique très ancien qui découle à la fois de la « common law » et des autorités législatives.

COMPÉTENCE

Récemment, au Nouveau-Brunswick, *State Farm Insurance* a contesté la compétence du CPVP dans l'affaire *State Farm c. Privacy Commissioner of Canada*¹⁹. Dans le cadre de sa défense, un assuré alléguait que son assureur

¹⁹ *State Farm c. Commissaire à la protection de la vie privée du Canada* (2009), 341 N.B.R. (2e) 1 (C.A.).

exerçait une surveillance à son endroit à la suite d'une demande d'indemnisation pour lésions corporelles. Le demandeur avait déposé une plainte auprès du *Commissaire à la protection de la vie privée* en vertu de la *LPRPDE*. L'assureur demandait, notamment, un jugement déclaratoire stipulant que le *Commissaire à la protection de la vie privée* n'avait pas l'autorité requise pour mener une enquête sur la plainte déposée contre lui par un individu. De son côté, le *CPVP* a demandé une ordonnance visant à rejeter ou à suspendre la requête de l'assureur, alléguant que c'était la Cour fédérale, et non la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, qui était habilitée à entendre et à trancher la demande.

L'affaire se poursuit à la Cour fédérale, Section de première instance. L'assureur demande qu'une décision soit rendue quant à savoir si le *CPVP* a compétence sur la vidéosurveillance qu'il a exercée sur le demandeur. *State Farm Insurance* affirme qu'il n'est pas justifié que le *CPVP* s'intéresse à cette vidéosurveillance, puisque la seule relation entre le demandeur et le défendeur découle de l'accident, qui ne constitue pas une « relation commerciale » selon les termes de l'article 4 de la *LPRPDE*. Au moment de la rédaction du présent article, la contestation de *State Farm Insurance* n'avait pas encore été entendue. Cette affaire fournira des développements intéressants à l'égard de l'autorité que possède le *CPVP* pour réglementer les activités des compagnies d'assurances qui doivent se défendre contre des poursuites en justice.

CONCLUSION

Les tribunaux n'ont pas encore pleinement pris la mesure de la *LPRPDE* de même que des lignes directrices et des suggestions du *CPVP* concernant la vidéosurveillance. Les orientations du *CPVP* peuvent être décrites comme étant vagues et larges, sans autorité légale permettant au Commissariat d'exiger une stricte conformité. En conséquence, en attendant que les cours de justice déterminent quelles dispositions sont applicables, ces principes directeurs demeurent sujets à interprétation.

À cet égard, l'affaire *Englander c. Telus Communications Inc.* a fourni quelques balises²⁰ : le demandeur a déposé une plainte contre Telus en vertu de la *Loi*, demandant à la *Commissaire à la vie privée* de déterminer si le consentement à publier censé être obtenu par la société de communications auprès de ses nouveaux clients respectait la norme prévue par la *Loi*, et si des frais mensuels pouvaient être facturés par la société de télécommunications pour un service de non-publication. La *Commissaire* a décidé que Telus avait le droit de facturer des frais pour la non-publication de renseignements personnels concernant un abonné. Bien que les sections de la *Loi* citées par la Cour ne s'appliquent pas au présent débat, les commentaires du juge d'appel Décary sont tout à fait pertinents.

Le juge a déclaré que, puisque l'Annexe 1 de la *LPRPDE* est un texte qui n'a aucune teneur juridique, « sa lecture ne se prête pas à l'interprétation rigoureuse habituellement possible »; le « sens commun, la souplesse et le pragmatisme constitueront de meilleurs guides pour les tribunaux ». Selon le juge d'appel Décary, la Cour, dans son interprétation de la *LPRPDE*, doit « trouver le juste milieu » entre la protection de la vie privée de l'individu et la nécessité d'accéder à des renseignements personnels pour des motifs d'ordre commercial.

Reconnaissant la nécessité, sur le plan juridique, d'établir des règles du jeu équitables et d'assurer une instruction juste de tous les faits pertinents devant les tribunaux en vue de rendre une décision à l'égard d'une demande d'indemnisation, le *CPVP* a rendu en 2005 une décision qui appuie de façon claire le droit d'un assureur de se défendre au moyen d'une surveillance « secrète »²¹.

²⁰ *Englander c. Telus Communications Inc.*, 2004 CAF 387 (CanLII).

²¹ *Résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 311, 2005 CanLII 31590.*

Le *CPVP* a ouvert une enquête sur la plainte déposée par une femme qui avait été impliquée dans un accident de véhicule à moteur en 2000 et qui, par la suite, avait entamé des poursuites contre le conducteur de l'autre véhicule. À la suite de la déposition de la plaignante lors de l'enquête préliminaire, la compagnie d'assurances de l'autre conducteur avait effectué une surveillance de cette dernière. Certains renseignements contenus dans le dossier médical fourni révélèrent certaines divergences et inconsistances au sujet des blessures qu'elle affirmait avoir subies. Lorsqu'elle fut informée de cette surveillance, la plaignante déposa une plainte au *CPVP*, affirmant que la compagnie d'assurances et l'enquêteur privé avaient recueilli des renseignements personnels à son sujet sans qu'elle en soit informée et sans son consentement, en violation de la *LPRPDE*.

La *Commissaire* adjointe à la protection de la vie privée estima que lorsque la plaignante avait entamé sa poursuite, puisque son témoignage ainsi que son dossier médical révélaient des divergences et des inconsistances quant aux blessures déclarées, elle était réputée avoir donné son consentement implicite à la collecte de renseignements personnels à son sujet. Elle précisa toutefois que dans de telles circonstances, la collecte de renseignements personnels au sujet d'une personne devait être restreinte à ce qui est pertinent pour les besoins de la cause et pour mener à bien la défense.

Encore une fois, il est évident que les critères pour évaluer la pertinence de la surveillance se fondent sur des règles en matière de preuve bien établies et que, par conséquent, cette exigence, telle que reconnue par le *CPVP* dans sa décision, ne fait pas en sorte que les exigences quant à une activité de surveillance exercée par un défendeur soient plus sévères que ce qu'un tribunal admettrait comme preuve lors d'un procès.

Pour le moment, nous attendons que l'interprétation juridique de la *LPRPDE* soit affinée et que ses retombées sur le secteur des assurances soit mieux connues, et il convient donc de méditer les conseils ci-dessous afin de réduire au minimum les

plaintes portant sur la surveillance « secrète » déposées en vertu de la *LPRPDE*, et dont les auteurs auraient gain de cause. Cela ne signifie pas que ces conseils soient des moyens absolument infaillibles d'empêcher des plaintes de la part d'assurés ou de demandeurs en relation avec la surveillance en vue d'un procès ou pendant un procès ; toutefois, ces lignes directrices pourront contribuer à prémunir les assureurs contre des allégations d'atteinte à la vie privée.

CONSEILS POUR OBTENIR DE LA VIDÉOSURVEILLANCE EN VUE D'ASSURER SA DÉFENSE DANS LE CADRE D'UNE DEMANDE D'INDEMNISATION

Avant d'entreprendre une surveillance « secrète » pour le compte d'un assureur dans le cadre d'une défense contre une demande d'indemnisation, il est conseillé d'envisager les points suivants :

- ▶ EXAMINEZ LA NATURE DES ALLÉGATIONS ET LA PREUVE À OBTENIR AU MOYEN D'UNE SURVEILLANCE POUR ÊTRE EN MESURE D'OPPOSER UNE DÉFENSE ADÉQUATE À LA DEMANDE.
- ▶ DÉTERMINEZ QUELLE EST LA MEILLEURE MÉTHODE POUR OBTENIR PAR SURVEILLANCE LA PREUVE PERTINENTE REQUISE – ACTIVITÉS QUOTIDIENNES DU DEMANDEUR, HABITUDES DE TRAVAIL, ACTIVITÉS SOCIALES – AFIN DE CERNER LE TYPE D'ACTIVITÉS OFFRANT UN ACCÈS PUBLIC.
- ▶ RECOUREZ À UNE SOCIÉTÉ D'ENQUÊTE OU EMBAUCHEZ UN ENQUÊTEUR PRIVÉ DE BONNE RÉPUTATION.
- ▶ ASSUREZ-VOUS QUE CETTE SOCIÉTÉ D'ENQUÊTE OU CET ENQUÊTEUR PRIVÉ POSSÈDE UNE POLITIQUE ADÉQUATE QUANT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET PROCUREZ-VOUS-EN UNE COPIE POUR VOS DOSSIERS.
- ▶ VÉRIFIEZ SI LA SOCIÉTÉ D'ENQUÊTE OU L'ENQUÊTEUR PRIVÉ EST MEMBRE DE L'ASSOCIATION D'ENQUÊTEURS PRIVÉS DE VOTRE PROVINCE (S'IL Y EN A UNE), ET SI CETTE ASSOCIATION EXIGE QUE SES MEMBRES RESPECTENT UNE POLITIQUE PRÉCISE. SI UNE TELLE POLITIQUE EXISTE, DEMANDEZ-EN ÉGALEMENT UNE COPIE POUR VOS DOSSIERS.

- ▶ VEILLEZ À CE QUE L'ENQUÊTEUR REÇOIVE DES DIRECTIVES APPROPRIÉES ET CONVENABLES : IL NE DOIT NI SOLLICITER L'INDIVIDU SOUMIS À UNE SURVEILLANCE, NI ENGAGER DE CONVERSATION AVEC LUI, NI ÉTABLIR AUCUNE RELATION AVEC LUI ²².
- ▶ VEILLEZ À CE QUE LA SURVEILLANCE AIT LIEU DANS UN LIEU PUBLIC OÙ LES GESTES DE LA PERSONNE SONT VISIBLES DU PUBLIC, ET DANS DES ENDROITS QUI PERMETTRONT D'AFFIRMER HORS DE TOUT DOUTE QU'IL N'Y A EU AUCUNE ATTEINTE À LA VIE PRIVÉE DE LA PERSONNE QUI ÉTAIT SURVEILLÉE ²³.
- ▶ ASSUREZ-VOUS QUE LES RENSEIGNEMENTS RECUEILLIS CORRESPONDENT BIEN AU FONDEMENT DE LA DEMANDE – REVOYEZ LES QUESTIONS LIÉES À LA DEMANDE ET LE TYPE DE SURVEILLANCE DEMANDÉ À L'ENQUÊTEUR EN VUE D'OBTENIR DES ÉLÉMENTS DE PREUVE.
- ▶ SOYEZ PRUDENT QUANT AU TRAITEMENT DES RENSEIGNEMENTS SUR DES TIERCES PARTIES QUE VOUS POURRIEZ AVOIR SAISIS SUR BANDE VIDÉO. LA PIXILLATION OU L'EFFACEMENT DE PARTIES DE LA BANDE VIDÉO POURRAIT RENDRE CELLE-CI NON ADMISSIBLE POUR CAUSE DE FALSIFICATION OU DE MANIPULATION ; PAR CONTRE, LA DIVULGATION DE L'IDENTITÉ DE TIERCES PARTIES VOUS EXPOSE À DES PLAINTES DE LA PART DE CELLES-CI.
- ▶ LES ASSUREURS DE PREMIÈRE PARTIE DOIVENT FAIRE PREUVE D'UNE EXTRÊME PRUDENCE S'ILS ENVISAGENT DE SURVEILLER LEURS ASSURÉS, EN RAISON DU DEVOIR DE PLEINE ET ENTIÈRE BONNE FOI QU'ILS ONT ENVERS CEUX-CI. CELA NE SIGNIFIE PAS QUE LES ASSUREURS DE PREMIÈRE PARTIE NE PEUVENT JAMAIS AVOIR RECOURS À LA SURVEILLANCE ; TOUTEFOIS, CES DEMANDES D'INDEMNISATION EXIGENT QUE L'ASSUREUR FONDE SA PREUVE SUR DES ÉLÉMENTS PARTICULIÈREMENT SOLIDES, ET QU'IL PROUVE QUE LA SURVEILLANCE EST NÉCESSAIRE AVANT D'ENTREPRENDRE CELLE-CI.
- ▶ DÉTRUISEZ LES DOCUMENTS OBTENUS PAR SURVEILLANCE LE PLUS RAPIDEMENT POSSIBLE. CETTE DIRECTIVE DOIT ÊTRE DÉFINIE CLAIEMENT ET FOURNIE PAR ÉCRIT AU PERSONNEL ET À TOUS LES FOURNISSEURS DE SERVICES.
- ▶ AFIN D'ÉVITER QUE LA *LPRDPE* SOIT UNE SOURCE DE STRESS INUTILE, LES ASSUREURS DE PREMIÈRE PARTIE PEUVENT DEMANDER À LEURS CLIENTS DE CONSENTIR À DES ENQUÊTES ÉVENTUELLES AU MOMENT DE LA SOUSCRIPTION DE LA POLICE OU LORS D'UNE DEMANDE D'INDEMNISATION.

²² Voir **Cowles c. Balac**, [2004] O.J. n° 4534.

²³ Voir **Ferenczy**.

- ▶ LES POLITIQUES ET LES FORMULAIRES DE DEMANDE D'INDEMNISATION DEVRAIENT PRÉVOIR UNE RUBRIQUE SOLLICITANT LE CONSENTEMENT DE L'ASSURÉ À TOUTE COLLECTE, TOUT USAGE ET TOUTE DIVULGATION DE RENSEIGNEMENTS PERSONNELS QUI SERAIENT RAISONNABLEMENT NÉCESSAIRES POUR ENQUÊTER ET FAIRE DES VÉRIFICATIONS CONCERNANT TOUTE DEMANDE D'INDEMNISATION.

- ▶ SI, DANS UNE SITUATION PARTICULIÈRE, ON NE PEUT AVOIR LA CERTITUDE QU'UNE SURVEILLANCE SERAIT ACCEPTABLE EN VERTU DE LA *LOI SUR LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE*, IL VAUT MIEUX DEMANDER L'AVIS D'UN CONSEILLER EXPÉRIMENTÉ.

Tout ce qui précède nous amène à penser que la surveillance demeure un moyen acceptable et utile de se défendre dans le cas de demandes d'indemnisation présentées à des compagnies d'assurances. Même s'il importe de recourir à cette méthode d'enquête de manière relativement plus prudente et dans les limites raisonnables de ce qui est considéré comme la vie privée, les assureurs ne devraient pas éprouver davantage de craintes face à une démarche de surveillance effectuée pour se défendre dans le cas d'une demande d'indemnisation qu'ils n'en éprouvaient avant l'avènement de la *LPRPDE*. Il est possible de continuer à s'appuyer sur la surveillance en tant qu'instrument efficace pour se défendre en matière d'indemnisation lorsqu'on se limite à des motifs précis et à des objectifs clairement formulés, et que cette surveillance se déroule dans des lieux publics.

* Monika M.L. Zauhar est associée au cabinet d'avocats de l'Atlantique **Cox & Palmer**. Elle pratique le droit depuis 1991, essentiellement dans les secteurs de la défense en litige dans le domaine des assurances et en droit administratif. On peut la joindre par l'intermédiaire du site Web de **Cox & Palmer**, à www.coxandpalmerlaw.com.