

Le droit de la personne sur son image

Pierre Trudel*

| | |
|--|-----|
| Introduction | 355 |
| I. La nature du droit à l'image | 357 |
| A. Une composante du droit à la vie privée..... | 358 |
| B. Un droit de la personnalité..... | 362 |
| C. Un droit quasi-patrimonial..... | 363 |
| II. La portée du droit à l'image | 366 |
| A. Le lieu de la captation..... | 366 |
| B. La personne doit être reconnaissable..... | 369 |
| C. La personne doit constituer le « sujet principal »..... | 372 |
| III. Les limites du droit à l'image | 373 |
| A. Le consentement du sujet..... | 373 |
| B. L'information légitime du public..... | 381 |
| Conclusion | 388 |

* Professeur titulaire, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, www.pierretrudel.net. L'auteur tient à souligner l'apport de M^{mes} France Abran et Jie Zhu qui l'ont assisté dans la recherche et la rédaction de cet article.



Introduction

L'avènement de la photographie et des techniques de reproduction de l'image ont interpellé le droit : de nouveaux conflits sont apparus du fait de cette dissociation, dorénavant possible, entre le sujet et son image. Réagissant à cette évolution de ce que la technique rend possible, le droit québécois a développé la notion de droit à l'image comme une composante du droit à la vie privée. Par exemple, on évoque souvent les errements des paparazzi considérés comme des « violeurs de l'intimité » ne cherchant qu'à accrocher un public toujours curieux d'en connaître davantage sur la vie des personnages publics pour fonder la légitimité d'un droit du sujet de contrôler ce qu'il advient de son image¹.

En revanche, l'image constitue l'un des principaux vecteurs de communication des événements qui se déroulent dans l'espace public. Pour plusieurs, savoir suppose de « voir ». Si, en soi, il est toujours possible de relater des situations en les décrivant dans un texte, la possibilité d'accéder aux images constitue une voie privilégiée.

L'information contemporaine ne s'envisage pas sans les images. Rapporter et expliquer l'actualité implique de montrer, d'illustrer. Les conditions dans lesquelles les médias peuvent licitement capter et utiliser des images constituent ainsi l'un des grands enjeux du droit de l'information. Mais avec la banalisation des outils personnels capables de capter et de diffuser des images, chacun est désormais doté d'une capacité de défier les prétentions que les individus peuvent avoir à l'égard de ce qu'il advient de leur propre image.

L'expression « droit à l'image » apparaît dans le corpus doctrinal québécois au cours de la décennie 1970. Dès 1972, la professeure Édith Deleury soulignait la situation inédite du sujet de droit « reconnu comme objet de droit »². La professeure Monique Ouellette a fait entrer l'expression « droit à l'image » dans la doctrine juridique québécoise avec la publication en 1974 d'un commentaire analysant des décisions judiciaires portant sur le droit des personnes lors de la diffusion de leur image³.

¹ Marion VARINOT et Nicolas MAUBERT, « Le droit des photographes de la vie privée », dans Clément CHÉROUX, *Paparazzi! Photographes, stars et artistes*, Paris, Flammarion, Centre Pompidou-Metz, 2014, 153-159.

² Édith DELEURY, « Une perspective nouvelle : le sujet reconnu comme objet de droit », (1972) 13 *C. de D.* 529.

³ Monique OUELLETTE, « Chronique de jurisprudence – le droit à l'image », (1974) 34 *R. du B.* 69.

Dans son article «Le droit de la personne sur son image en droit québécois et français» paru en 1977, le professeur Molinari explique que: «La plupart des auteurs québécois affirment que le droit d'une personne sur son image est une composante du droit à la vie privée, ce qui revient à dire qu'en dehors du domaine de la vie privée, en dehors de cette notion que l'on dit simple mais que d'aucuns définissent comme "une constellation de valeurs concordantes et opposées, de droits solidaires et antagonistes, d'intérêts communs et contradictoires", il n'existe plus alors de droit à l'image»⁴.

Molinari met en évidence l'une des dimensions les plus névralgiques du droit à l'image: celui-ci se situe aux confins de l'intimité de la personne et des interfaces assurant son inclusion dans la vie collective. L'image de la personne constitue en effet un ensemble informationnel participant aussi bien à son intimité qu'à sa singularisation dans l'espace public. Rien d'étonnant alors que le droit à l'image se révèle un espace de cristallisation des interrogations et controverses relatives à la portée et aux limites des droits fondamentaux.

Comme l'avait montré Bernard Edelman, le droit à l'image, rendu possible par la généralisation de la photographie, agit comme une commotion⁵. Il «surprend» le droit et incite à remettre en question les catégories juridiques. Les travaux publiés par Molinari figurent au nombre des contributions à cette remise à plat doctrinale.

Car l'émergence du droit à l'image a été accompagnée d'une quête pour un cadre théorique. Les travaux du professeur Molinari ont contribué à identifier les bases de raisonnement afin d'identifier les situations dans lesquelles il trouve application. À l'égard d'une notion émergente comme le droit à l'image, la recherche juridique contribue à identifier les repères afin de reconnaître les situations dans lesquelles le droit de la personne à s'opposer à la diffusion de son image prévaut sur la liberté des autres de capter et de décrire le monde qui les entoure.

La facilité – désormais à la portée de tous – avec laquelle on peut capter et diffuser l'image des autres, aussi bien que la sienne, contribue à attiser les conflits qui mettent en cause le droit des personnes sur la diffusion

⁴ Patrick A. MOLINARI, «Le droit de la personne sur son image en droit québécois et français», (1977) 12 *R.J.T.* 95, 97.

⁵ Bernard EDELMAN, *Le droit saisi par la photographie*, Paris, Maspero, 1973.

de leur image. Il convient donc de faire le point sur la nature juridique, la portée et les limites du droit à l'image.

I. La nature du droit à l'image

Le droit à l'image est intimement lié à la vie privée. Il en est une composante à titre de sous-ensemble de prérogatives associées à la capacité de maîtriser l'information portant sur notre intimité. L'image constitue l'interface entre notre intimité et nos interactions avec les autres ; elle suppose essentiellement des informations ayant vocation à circuler et qui, de ce fait, sortent du champ de l'intime.

Lorsque les circonstances de la prise d'image relèvent de la « sphère de vie privée » (par exemple, l'intimité du domicile), le droit de maîtrise du sujet sur son image apparaît comme un corollaire de son droit à la vie privée.

L'image d'une personne peut aussi être utilisée de manière à porter atteinte à son honneur ou à sa réputation. Ainsi, dans la mesure où l'image véhiculée est un « montage », pouvant potentiellement induire en erreur ou qu'elle présente malicieusement cette personne sous un jour défavorable, l'image sera le vecteur d'une atteinte à la réputation⁶.

Dans ses premières reconnaissances jurisprudentielles, le droit à l'image s'est déduit de l'obligation générale d'agir de manière non fautive⁷. Ainsi, le droit québécois de la responsabilité civile n'a pas eu de mal, sous le régime du *Code civil du Bas Canada*, à protéger les intérêts auxquels un individu peut prétendre sur son image et à conférer une effectivité juridique à cette protection. La notion de comportement fautif, compris comme un comportement s'éloignant de celui d'une personne raisonnable, a permis

⁶ Voir, par exemple, la décision interlocutoire *Bédard c. W.M. Wrigley Jr. Co.*, [2000] R.R.A. 511, [2000] n° AZ-00021348, J.E. 2000-734 (C.S.). L'affaire s'est toutefois réglée hors cour. Voir également *Pilon c. St-Pierre* ([1999] R.J.Q. 1825, [1999] n° AZ-99031262, J.E. 99-1339 (C.Q.)) Le demandeur dans cette affaire était un client habitué d'un petit bar de quartier. Un matin, après avoir consommé quelques bières et s'être endormi au bar, ses amis, d'autres habitués, le maquillèrent et le photographièrent. Le défendeur, propriétaire du bar, afficha les photos dans le but de faire rire, et ce, malgré les protestations du demandeur. La Cour en conclut qu'il y avait eu violation du droit à l'image et atteinte au droit à l'honneur et à la réputation.

⁷ *Rebeiro c. Shawinigan Chemicals*, [1973] C.S. 389 ; *Field c. United Amusement*, [1971] C.S. 283 ; *Hudon c. CHLT-TV*, [1986] R.J.Q. 2651 (C.S.).

de sanctionner la captation et la diffusion de l'image dans diverses circonstances.

A. Une composante du droit à la vie privée

L'article 36 du Code civil reconnaît désormais explicitement que le fait de capter ou d'utiliser l'image ou la voix d'une personne lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés, ou de l'utiliser à toute autre fin que l'information légitime du public peut constituer une atteinte à sa vie privée.

Comme, *a priori*, en droit québécois, le droit à l'image est considéré comme une composante du droit à la vie privée, il en partage les caractéristiques mais il possède en propre certaines particularités.

La question de l'autonomie du droit à l'image a toujours soulevé des questionnements. Dans *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*⁸, le juge Lamer, dans sa dissidence, hésitait à conclure que le droit à l'image n'avait pas d'existence autonome de la vie privée⁹. La majorité de la Cour suprême a affirmé, quant à elle, que le droit à l'image était une composante de la vie privée et avait un aspect extrapatrimonial et patrimonial¹⁰. Par la suite, dans *Laoun c. Malo*¹¹, la Cour d'appel du Québec ira dans le même sens en refusant de reconnaître une existence autonome au droit à l'image¹².

Dès lors que l'on prend acte que le droit d'une personne sur son image est une composante de sa vie privée, il faut nécessairement rechercher un équilibre entre le droit à la vie privée et la liberté d'expression. Dans une telle démarche, il conviendra de se demander si la photo a été prise dans des circonstances où la personne pouvait raisonnablement s'attendre à

⁸ [1998] 1 R.C.S. 591.

⁹ *Id.*, par. 21.

¹⁰ *Id.*, par. 51. Pour une critique de cet arrêt, voir Marc-André BLANCHARD, «Le droit à l'image en droit québécois : une critique de l'arrêt *Aubry c. Vice-Versa*», dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Développements récents en droit du divertissement (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 et Pierre TRUDEL, «Droit à l'image : La vie privée devient veto privé : *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*», [1998] 77 *Revue du barreau canadien* 456.

¹¹ [2003] R.J.Q. 381, [2003] R.R.A. 44, REJB 2003-36925, [2003] n° AZ-50159439, J.E. 2003-298 (C.A.).

¹² La Cour d'appel renversait ainsi la conclusion du juge de première instance : *Malo c. Laoun*, [2000] R.J.Q. 458, [2000] R.R.A. 204, REJB 2000-15944, [2000] n° AZ-50068850, J.E. 2000-273 (C.S.).

être vue, voire photographiée. Par exemple, dans l'affaire *Aubry*, la photo de la demanderesse avait été prise sur la rue, alors qu'elle était assise sur les marches d'un édifice, un endroit public dans lequel une personne raisonnable s'attend à être vue et observée.

Mais dans l'affaire *Aubry*, la Cour suprême a ignoré cette étape consistant à déterminer si en l'espèce la demanderesse se trouvait dans une situation relevant de sa vie privée. Les juges Bastarache et l'Heureux-Dubé s'y prennent plutôt à revers : ils se demandent, après avoir établi péremptoirement que la diffusion de l'image est en soi fautive, si un motif d'intérêt public pourrait avoir un effet exonérateur¹³.

L'effet pratique de ce glissement dans le raisonnement est d'entretenir l'ambiguïté à l'égard des corollaires découlant du rattachement du droit à l'image au droit à la vie privée.

Le fardeau de démontrer la licéité de la diffusion de l'image d'une personne repose sur les épaules de celui qui s'exprime par le biais de cette dernière. Il lui faut, à tout coup, démontrer un motif légitime de publier l'image d'une personne. La liberté d'expression, que l'on croyait être une faculté de poser des gestes qui ne sont pas explicitement interdits devient alors une justification qu'on est admis à invoquer uniquement s'il y a un intérêt public. Le droit d'une personne à s'opposer à la diffusion de son image ne s'arrête plus aux confins de sa vie privée : il prévaut aussi longtemps que l'intérêt public de la publication n'a pas été démontré. En ce sens, il est possible de penser que le droit d'une personne sur son image a une étendue plus vaste que son droit à la vie privée.

Pourtant, la notion de vie privée peut procurer les repères nécessaires afin d'identifier les situations dans lesquelles il est licite de diffuser une image.

Certes les contours de la notion de vie privée restent imprécis¹⁴. La plupart des auteurs constatent qu'il est impossible d'en arriver à une définition qui pourrait faire l'unanimité¹⁵. Mais on s'entend au moins pour

¹³ P. TRUDEL, préc., note 10, 458.

¹⁴ Voir notamment Alan F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1968, p. 8 et suiv.; Richard A. PARKER, «A Definition of Privacy», (1973-74) 27 *Rutgers L.R.* 275; Robert BADINTER, «Le droit au respect de la vie privée», J.C.P. 1968.2136, n° 12.

¹⁵ Voir Martin MICHAUD, *Le droit au respect de la vie privée dans le contexte médiatique: de Warren et Brandeis à l'inforoute*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur,

convenir que la vie privée participe aux principes d'autonomie et de dignité de la personne¹⁶.

Pour établir s'il y a atteinte à la vie privée, il est nécessaire de déterminer si une divulgation d'information ou une intrusion porte sur un élément de la vie privée¹⁷. Le domaine de la vie privée regroupe certains types d'information qui y sont, en principe, rattachées. Il connaît aussi des variations selon les qualités et la situation des personnes.

On peut reconnaître deux volets à la teneur informationnelle de vie privée. Le premier réfère aux faits et aux aspects de la vie d'une personne qui sont inclus dans un domaine protégé comme étant constitutif de l'intimité. Il permet d'identifier objectivement les éléments traditionnellement reconnus par la société comme étant inclus dans le domaine de la vie privée d'une personne, à une époque donnée.

On trouve dans la jurisprudence québécoise, de même que dans la jurisprudence française, plusieurs éléments de la vie d'une personne qui

1996; Karim BENYEKHLEF, « Les dimensions constitutionnelles du droit à la vie privée », dans Pierre TRUDEL et France ABRAN (dir.), *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables ?*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1992, p. 18. Voir sur les tentatives et les difficultés de cerner la notion de vie privée, Pierre KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit – Protection du secret de la vie privée*, 3^e éd., Paris, Economica, 1995; Raymond LINDON, « La protection de la vie privée : champ d'application », J.C.P. 1971.II.6734; Jean MALHERBE, *La vie privée et le droit moderne*, Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1968; Roger NERSON, « La protection de l'intimité », *J.T.* 1959.713; Jacques VELU, *Le droit au respect de la vie privée*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, vol. 10, Namur, Presses universitaires de Namur, 1974. En droit canadien, voir aussi Peter BURNS, « The Law and Privacy: the Canadian Experience », (1976) 54 *Can. Bar Rev.* 1; Geoffrey MARSHALL, « The Right to Privacy: a Sceptical View », (1975) 21 *McGill L. J.* 242; Hugh ROWAN « Privacy and the Law », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto, Richard De Boo Ltd, 1973, p. 259; Jeremy S. WILLIAMS, « Invasion of Privacy », (1973) 11 *Alta L. Rev.* 15.

¹⁶ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; François RIGAUD, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Paris, LGDJ, 1990, nos 1 à 10 et 639 à 655.

¹⁷ Voir Pierre TRUDEL, « Le rôle de la loi, de la déontologie et des décisions judiciaires dans l'articulation du droit à la vie privée et de la liberté de presse », dans Pierre TRUDEL et France ABRAN (dir.), *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables ?*, préc., note 15, p. 181, aux p. 194-195.



sont fréquemment rattachés à la sphère privée: l'intimité du foyer¹⁸, l'état de santé¹⁹, l'anatomie et l'intimité corporelle²⁰, la vie conjugale, familiale et amoureuse²¹, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses²² et l'orientation sexuelle²³. Ce sont en quelque sorte des informations se rattachant à des dimensions de la vie qui sont fréquemment associés à l'intimité.

Toutefois, le contenu concret de ce domaine varie suivant les personnes, la position qu'elles occupent dans la société et d'autres circonstances. Ce deuxième volet contextuel permet d'apprécier le contenu du domaine de la vie privée en fonction des circonstances, notamment la participation de l'individu à la vie de la Cité²⁴.

Car tout n'est pas vie privée lorsqu'il s'agit d'information relative à une personne. Si l'on s'accorde pour reconnaître que toute personne doit pouvoir soustraire sa vie privée aux ingérences et aux divulgations, on convient que la vie publique doit être ouverte et transparente. Comme nous vivons en société, il est des aspects de notre vie qui ont un caractère

¹⁸ *Robbins c. CBC*, (1958) C.S. 152, 12 D.L.R. (2d) 35; en droit français: *Dame Bardot c. Société Beaverbrook*, Tr. gr. inst. Seine, 24 novembre 1965, J.C.P 1966.14521.

¹⁹ *Valiquette c. The Gazette*, [1991] R.R.A. 327; *The Gazette (Division Southam Inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.S.); en droit français: *SARL France Éditions et publications c. Dame Nagaux vve Gérard Philippe*, Cass. civ., 12 juillet 1966, *Gaz. Pal.* 1966.2.187.

²⁰ *Dame Carole Laure c. Soc VM Productions*, Tr. gr. inst. Paris, 11 mai 1974, D. 1974.1.767.

²¹ Monique CONTAMINE-RAYNAUD, « Le secret de la vie privée », dans *L'information en droit privé*, Paris, L.G.D.J. (Bibliothèque de droit privé CLII), 1978, p. 401, à la p. 426, n° 20; *Soc Presse – Office “Lui” c. De Villalonga*, D. 1976.I.421; *Dame Catherine Dorléac, dite Deneuve c. Soc. d'Éditions Parisiennes Associées*, *Gaz. Pal.* 1970.2.150; Patrick A. MOLINARI, « Le droit de la personne sur son image en droit québécois et français », préc., note 4, 96 à 105.

²² *Chabert c. Dame Germain dite Manouche*, *Gaz. Pal.* 1975.3.180.

²³ Adrian POPOVICI, « L'altération de la personnalité aux yeux du public », (1994) 28 *R.J.T.* 289 (disponible en ligne: <https://ssl.editionsthemis.com/revue/article-4381-l-altération-de-la-personnalité-aux-yeux-du-public.html>); M. MICHAUD, préc., note 15, p. 40.

²⁴ Patrick A. MOLINARI et Pierre TRUDEL, « Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: Aspects généraux et applications », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Application des chartes des droits et libertés en matière civile (1988)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 197, à la p. 211.



public tandis qu'il y a certains types d'information référant à des aspects de la vie d'une personne qui relèvent de l'intimité.

Par exemple, dans *Field c. United Amusement*, le requérant en injonction alléguait qu'il avait été ridiculisé et qu'on avait attenté à son honneur en le filmant en tenue sommaire en compagnie d'une amie à l'occasion du festival pop de Woodstock²⁵. Mais le Tribunal estime que le requérant se trouvait dans une situation relevant de sa vie publique. Il participait à un événement public et il était d'intérêt public de rendre compte de cet événement, notamment en filmant les personnes qui s'y trouvaient. La décision tient donc compte du fait que les individus peuvent se trouver dans une situation publique et que leur volonté de ne pas voir leur image diffusée ne saurait prévaloir sur le droit du public à être informé de ce qui se déroule dans les espaces publics.

Avec la décision *Aubry*, même si la Cour suprême rattache le droit à l'image au droit à la vie privée, le droit d'une personne de s'opposer à la publication de son image peut aller au-delà du domaine de sa vie privée, soit jusqu'à la démonstration de l'intérêt public à la publication de l'image, même si celle-ci relève de sa vie publique.

B. Un droit de la personnalité

En tant que composante du droit à la vie privée, le droit à l'image est un droit de la personnalité. Il confère le droit exclusif de la personne de s'opposer à la reproduction de son image sans son autorisation.

Attaché à la personne humaine, le droit à l'image confère à celle-ci un droit de contrôle sur son image, puisqu'elle constitue un ensemble d'information pouvant affecter radicalement sa dignité. Les droits de la personnalité, au nombre desquels figurent le droit à la vie privée et le droit à l'image, n'entrent pas *a priori* dans le patrimoine. En tant que droits extrapatrimoniaux, ils sont donc non monnayables, et sont en principe, insaisissables, incessibles et non transmissibles.

Mais on constate que tout extrapatrimonial qu'il soit, le droit à l'image présente des similitudes avec les droits patrimoniaux, du moins pour tout ce qui relève de l'exploitation commerciale de l'image d'une personne lorsque celle-ci présente une valeur marchande.

²⁵ *Field c. United Amusement*, préc., note 7.

C. Un droit quasi-patrimonial

À l'égard de certaines personnes, la valeur commerciale attachée à l'image et la reconnaissance que le public peut lui accorder permettent de l'assimiler à un droit de propriété²⁶. Les personnes connues ont ainsi le droit de tirer profit de la valeur commerciale de leur image. Vu sous cet angle, le droit à l'image prend des allures de droit patrimonial qui le rapprochent d'un droit de propriété intellectuelle, semblable au droit d'auteur.

En droit américain, la protection de l'image (et du nom) d'une personne, notamment s'il s'agit d'une personnalité publique, est assurée par le « *right of publicity* ». Ce droit est protégé en common law mais également par la loi de différents États américains. Il vise principalement à assurer à toute personne le contrôle sur l'utilisation de son nom ou de son image, en subordonnant leur utilisation à des fins publicitaires ou en relation avec un produit commercial à l'autorisation du sujet. En ce sens, toute personne a un monopole sur l'exploitation de son image²⁷. Ce droit englobe le droit sur la voix²⁸, l'apparence, l'image d'une personne et même son patois²⁹.

²⁶ Sur l'utilisation de l'image à des fins commerciales au Québec, voir Isabel POIRIER, « Droit à l'image d'une personne physique en droit québécois et utilisation à des fins commerciales », *Technologies de l'information en bref*, n° 12, janvier 2016. La conception du droit à l'image en tant que droit de propriété a d'abord été retenue aux États-Unis. Par la suite, différents États américains ont protégé le droit à l'image dans le contexte publicitaire, empêchant toute entreprise d'utiliser le nom ou l'image d'une personne à de telles fins, sans obtenir son consentement. Voir Richard F. HICKSON, *Privacy in a Public Society – Human Rights in Conflict*, New York, Oxford University Press, 1987, p. 38-39; citant les affaires *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538 (1902) et *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*, 122 Ga. 190 (1905).

²⁷ Voir *Deschamps c. Renault Canada*, (1977) 18 C. de D. 937 (C.S.). Voir aussi Susan H. ABRAMOVITCH, « Publicity Exploitation of Celebrities: Protection of a Star's Style in Quebec Civil Law », (1991) 32 C. de D. 301; Michael MADOW, « Private Ownership of Public Image, Popular Culture and Publicity Rights », (1993) 81 *Calif. L. Rev.* 127.

²⁸ Pour un exemple québécois où le droit à la voix a été reconnu : *176100 Canada inc. c. Réseau des Appalaches F.M. Itée*, [2001] R.J.Q. 1011, [2001] R.R.A. 503, [2001] n° AZ-50084537, J.E. 2001-877.

²⁹ Martin H. REDISH et Kelsey B. SHUST, « The Right of Publicity and the First Amendment in the Modern Age of Commercial Speech », (2015) 56 *William & Mary L. Rev.* 1443. Ce droit a été reconnu pour la première fois dans *Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.* (202 F.2d 866, 868 (2d Cir.), cert. denied, 346 U.S. 816

Le « *right of publicity* » joue le rôle d'un mécanisme d'intégration à l'économie de marché, assurant la protection de différents intérêts à caractère patrimoniaux. D'abord, il protège les intérêts financiers ou économiques de personnes dont le gagne-pain découle de leur célébrité. Deuxièmement, il permet à ces personnes de protéger leur réputation en permettant de prévenir les utilisations abusives de leur « identité », comme les appuis ou endossements non autorisés. Troisièmement, il empêche les personnes non autorisées de profiter injustement de la popularité, de la réputation et des efforts d'autrui³⁰

Ainsi entendu comme un droit quasi-patrimonial, ce droit est généralement invoqué par les personnalités publiques qui tirent de l'utilisation de leur image une source de revenus importants : les gens du spectacle, de la mode, les comédiens, les humoristes, les chanteurs, les sportifs, etc. Leur notoriété est devenue telle qu'elle a acquis une valeur sur le marché et constitue un moyen d'attirer de la clientèle. Dès lors qu'un tel intérêt possède une valeur reconnue sur le marché, il procure un droit susceptible de négociation. Du coup, le droit à l'image acquiert alors certaines caractéristiques des droits patrimoniaux. L'action en réparation découlant de l'utilisation non autorisée de l'image vise alors à compenser les pertes matérielles subies.

(1953)). Voir aussi, entre autres, les décisions suivantes : *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562, 575 (1977); *Allen v. National Video, Inc.*, 610 F. Supp. 612, 630 (S.D.N.Y. 1985) (l'apparence ou style de Woody Allen (« *look-alike* »)); *Ali v. Playgirl, Inc.*, 447 F. Supp. 723, 728 (S.D.N.Y. 1978) (le surnom); *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc.*, 698 F.2d 831, 837 (6th Cir. 1983) (la phrase « *Here's Johnny* »); *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992), cert. denied, 508 U.S. 951 (1993). Pour la voix similaire : *Midler v. Ford Motor Co.*, 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988) et *Waits v. Frito-Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992), cert. denied, 506 U.S. 1080 (1993). Pour les cas où il a été jugé qu'il n'y avait pas violation de ce droit : *Montana v. San Jose Mercury News, Inc.*, 24 Cal. App. 4th 790 (1995) (un célèbre joueur de football ne pouvait empêcher la publication d'un poster sur lequel il apparaît dans le cadre du Super Bowl, puisqu'il s'agit d'un événement public ayant l'intérêt de la nouvelle et que le journal a le droit de faire la promotion de ses articles); *Cardtoons, LC v. Major League Baseball Player's Assoc'n.*, WL490707 (10th Cir. 1996) (permettant la satire des joueurs de baseball sur cartes).

³⁰ Jonathan L. FABER, « Recent Right Of Publicity Revelations : Perspective from the Trenches », (2016) *Savannah L. Rev.* 1-18. en ligne : <<http://rightofpublicity.com/wp-content/uploads/2008/11/SavannahLawReview.pdf>>, consulté le 7 mars 2018.

Au Québec, l'amorce d'un raisonnement fondé sur l'existence de la valeur appréciable d'une image sur le marché est présente dans l'affaire *Rebeiro c. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*³¹ Le demandeur, alors qu'il occupait un emploi d'été dans le domaine de la chimie, se fit prendre en photo les bras nus, en tenue de travail, faisant figure de manœuvre recevant des instructions d'un homme de science. Le demandeur prétendait avoir consenti à la prise de la photo pour son enfant. Or, les photos ont plutôt servi à illustrer des placards publicitaires ayant paru dans diverses revues à caractère technique ou industriel. Devant la Cour supérieure, le demandeur se plaignit de la diffusion de sa photo sans son autorisation. Il réclamait également des dommages moraux au motif qu'il exerçait le métier d'enseignant durant l'année scolaire et que ses élèves, qui l'ont vu dans les placards publicitaires, s'étaient moqués de lui à la dérobée, ce qui l'a humilié et embarrassé.

En accordant une indemnité de 300 \$ pour dommage moral, le Tribunal reconnaît néanmoins que « nul ne doit s'arroger le droit de faire paraître la photographie de quelqu'un, comme dans le présent cas, sans autorisation : la publication d'une photo comme celle concernée dans la présente cause pourrait laisser croire que le demandeur consent à se servir de ce moyen pour augmenter son revenu, ce qui pourrait ne pas être apprécié de tous. »³² L'analyse évoque aussi la possible valeur associée à la prestation consistant à prêter son image à une entreprise pour utilisation à des fins promotionnelles.

La valeur patrimoniale de l'image était directement en cause dans l'affaire *Deschamps c. Renault Canada*³³. Les acteurs Yvon Deschamps et Dominique Michel demandaient une injonction interdisant la diffusion d'une affiche publicitaire les représentant en présence d'une automobile Renault. Ils s'étaient prêtés par courtoisie à des séances de photos, croyant que celles-ci seraient utilisées à titre de souvenirs. En accueillant la demande en injonction, la Cour supérieure a mis l'accent sur le fait que les demandeurs, artistes connus, ont le droit d'exploiter leurs noms et images à leur guise³⁴.

³¹ Préc., note 7.

³² *Id.*, 392.

³³ Préc., note 27.

³⁴ *Id.*, 940: «The Court is satisfied, quite apart from any question of defamation or libel and quite independently of whether the poster is of good or poor quality, that the names and likenesses of petitioners involve proprietary rights which they are free

II. La portée du droit à l'image

Quelles sont les situations dans lesquelles une personne possède un droit de s'opposer à la diffusion de son image ? L'article 36 (5^o) du Code civil du Québec prévoit que peut être notamment considéré comme une atteinte à la vie privée d'une personne le fait d'« Utiliser [...] son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public ». Cet énoncé suppose que chacun dispose *a priori* d'un droit sur l'utilisation de son image. L'utilisation aux fins de l'information légitime du public joue comme une exception à cette prérogative reconnue à la personne.

A. Le lieu de la captation

En vertu de l'article 36 (3^o) du C.c.Q., constitue également une atteinte à la vie privée d'une personne de « Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés ». Le droit à l'image est donc transgressé lorsqu'il y a captation dans un lieu privé. La diffusion qui s'ensuit est forcément une violation du droit à l'image, sauf s'il est possible de faire valoir un motif d'intérêt public.

Le législateur québécois fait ici la distinction entre la captation et l'utilisation de l'image. La simple « captation » de l'image d'un individu, lorsqu'il se trouve dans des lieux privés, peut constituer une atteinte à la vie privée, même sans utilisation ou diffusion ultérieure.

La distinction « lieu privé » et « lieu public » réfère généralement à leurs « aspects matériels ou territoriaux » mais « cette approche n'est pas toujours adéquate pour déterminer correctement la portée de la protection accordée par le Code civil du Québec et la Charte des droits et libertés. D'autres critères doivent aussi être considérés. »³⁵ Par exemple, la notion de « lieu privé » concerne d'abord à la résidence ou le domicile de la personne, mais aussi à tout autre lieu « qui lui est en quelque sorte réservé »³⁶. D'où la nécessité de s'interroger sur l'existence d'une expecta-

to exploit commercially or to refrain from doing so, and equally free to decide the conditions under which such exploitation shall take place.»

³⁵ *Pia Grillo c. Google inc.*, 2014 QCCQ 9394, par. 47.

³⁶ *Association internationale des machinistes et des travailleuses et travailleuses de l'aérospatiale, section locale 1660 – District 11 c. Andritz Hydro ltée*, 2012 CanLII 69460, par. 38 (QC SAT).

tive raisonnable de vie privée au regard de l'ensemble des circonstances particulières à chaque situation.

Sur la délimitation de cette sphère de la vie privée, l'auteur Sylvain Bourassa écrit qu'elle est généralement abordée en tenant compte de la dichotomie entre ce qui est privé et ce qui est public. Elle « s'effectue par une analyse de l'ensemble des circonstances en cause et plus particulièrement, l'identification de la personne, la nature des activités de celle-ci, de même que le lieu où elles sont accomplies. Elle se rapporte à une évaluation des attentes raisonnables d'une personne à se protéger des ingérences d'autrui. »³⁷

Certains cas sont clairs. Par exemple, dans *L.D. c. J.V.*³⁸, le défendeur avait capté et enregistré des ébats sexuels à l'insu de la demanderesse. Dans cette affaire, la personne n'avait pas consenti à l'enregistrement vidéo de ces ébats avec le défendeur. L'enregistrement avait été réalisé de façon subreptice, au moyen d'un appareil photo sur lequel le défendeur avait désactivé le voyant indiquant que l'appareil est en marche. Le Tribunal n'a eu aucune hésitation à conclure à une atteinte au droit à la vie privée.

À l'autre extrémité du spectre, la prise de photographies de gestes anodins, comme entrer et sortir d'endroits commerciaux accessibles à tous n'attende pas à la vie privée : « La personne qui entre, ou qui sort d'un établissement ne peut s'attendre raisonnablement à ce que son geste bénéficie de la protection découlant du principe du respect de la vie privée et je ne puis concevoir que le fait qu'un quidam, fut-il policier, le photographie en train de se livrer à cette activité viole le droit qu'il a de jouir de l'intimité des lieux. »³⁹

Dans d'autres cas, le caractère privé ou public d'un environnement est moins évident. Dans *Pia Grillo c. Google inc.*⁴⁰, la demanderesse poursuit Google pour la diffusion sur le site « Google Maps » d'une photo de sa propriété privée où elle apparaît assise sur la première marche de l'escalier en face de sa résidence, pieds nus et portant un vêtement sans manche, et une partie de sa poitrine est exposée. Le juge conclut que même si la

³⁷ Sylvain BOURASSA, *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2013-2014, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2013, p. 31.

³⁸ 2015 QCCS 1224.

³⁹ *Elzein c. R.*, [1993] R.J.Q. 2563, 2570 (C.A.).

⁴⁰ Préc., note 35.

demanderesse se trouvait à l'extérieur de sa maison, et donc qu'elle était visible de la rue publique, elle n'avait pas nécessairement ou tacitement, de ce seul fait, renoncé à la protection de sa vie privée et de son image⁴¹. La preuve a démontré que la demanderesse habitait un secteur qu'elle a décrit comme «privé», où la circulation n'était pas importante. De plus, elle ne participait pas à une activité publique, elle était chez elle, en congé. Elle était en droit de s'attendre à ce que sa vie privée et son image continuent d'être protégées. L'image de la demanderesse ne pouvait pas être captée, encore moins diffusée, sans son consentement.

En tout état de cause, le droit au respect de la vie privée se rattache à la personne : il n'est pas tributaire du lieu dans lequel se trouve une personne⁴². C'est donc dire «qu'une personne qui ne se trouve plus dans un endroit privé, au sens matériel ou généralement entendu de cette expression, ne se trouve pas forcément dans un endroit public, à tous égards, de telle sorte que l'on puisse, de ce seul fait, utiliser son image sans aucune retenue ou limite»⁴³. Il en découle que, même dans un espace public, une personne peut se trouver dans une situation relevant de la vie privée si cet environnement revêt une dimension privée pour elle.

Dans *Rabai c. Montréal (Ville de)*⁴⁴, un agent de police a capté l'image de Rabai à l'aide d'un téléphone intelligent alors que celui-ci se trouvait assis dans une aire ouverte d'un commerce, le Peep Show, où l'on peut être vu facilement de l'extérieur. L'agent n'a pas publié la photographie de Rabai, qui a été prise aux seules fins d'une enquête policière. Est-ce néanmoins une faute? Pour le Tribunal, un examen de la situation dans son contexte global comporte deux volets : si Rabai était objectivement en droit de s'attendre au respect de sa vie privée dans les circonstances et, d'autre part, si toute personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, pouvait penser subjectivement avoir une telle expectative de vie privée.

En ce qui concerne le volet subjectif, le Tribunal constate que «Rabai était assis dans le hall d'entrée du commerce tout près d'une grande vitrine qui donnait directement sur la rue Ste-Catherine à Montréal. Par

⁴¹ *Id.*, par. 51 à 54.

⁴² *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, préc., note 8; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 16; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, D.T.E. 99T-846, 1999 CanLII 13295 (QC CA).

⁴³ *Pia Grillo c. Google inc.*, préc., note 35, par. 49.

⁴⁴ *Rabai c. Montréal (Ville de)*, 2012 QCCQ 13725.

essence, un hall d'entrée est un endroit où l'on accueille les personnes qui entrent dans un établissement, ouvert au public adulte. Par essence toujours, une grande vitrine permet à quiconque de voir et d'être vu, surtout lorsqu'elle donne sur une artère commerciale aussi passante que la rue Ste-Catherine à Montréal»⁴⁵. Il en conclut qu'en se tenant à cet endroit, Rabai ne pouvait pas avoir personnellement et subjectivement une grande expectative de vie privée.

Quant au volet objectif, le Tribunal estime que lorsque la prise de photographie se produit dans un lieu public, le degré d'attente de vie privée est faible et lorsque l'unique but recherché par les policiers est de mettre à jour une banque d'information ceci constitue une atteinte réduite et justifiée au droit à la vie privée. Le Tribunal conclut qu'une personne raisonnable, placée dans la même situation que Rabai, n'aurait pu raisonnablement croire avoir une grande expectative de vie privée dans le présent contexte.

En somme, la seule publication sans autorisation d'une photographie d'une personne identifiable, indépendamment des circonstances (bonne foi, croyance sincère à un consentement libre et éclairé, simple négligence ou insouciance...), constitue une faute civile de la part de l'auteur de la publication⁴⁶, sauf s'il s'agit de situations à l'égard desquelles il est possible d'invoquer une excuse ou une justification conférant préséance au droit du public à l'information. Mais, comme l'indique la majorité de la Cour suprême dans *Aubry c. Vice Versa*, certaines conditions doivent être réunies pour qu'une personne puisse invoquer son droit à l'image. La personne doit être reconnaissable et elle doit constituer le sujet principal de l'image.

B. La personne doit être reconnaissable

Pour invoquer son droit à l'image, il faut que la personne représentée sur le cliché soit reconnaissable. Dans *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*,

⁴⁵ *Id.*, par. 188, 184-192.

⁴⁶ Voir entre autres *Deslauriers c. Impression numérique de Québec inc.*, 2008 QCCQ 12306; *Gougoux c. Richard*, 2008 QCCS 4722; *Agence Scoop inc. c. 9056-5316 Québec inc.*, 2007 QCCQ 11464; *Podolej c. Rodgers Media Inc.*, 2004 CanLII 49429 (QC CS); *contra*: *Loranger c. Côté*, 2009 QCCQ 4328, par. 24: «Le fait qu'on ne puisse pas reconnaître la demanderesse puisqu'on la voit de dos sur la photo exonère-t-il le défendeur de toute responsabilité? Le Tribunal ne le croit pas. Ça ne saurait jouer qu'au niveau des dommages.»

la Cour explique que : « Ce droit surgit lorsque le sujet est reconnaissable. Il faut donc parler de violation du droit à l'image, et par conséquent de faute, dès que l'image est publiée sans consentement et qu'elle permet l'identification de la personne. »⁴⁷ Tant que cette condition n'est pas remplie, il n'y a pas d'image de la personne. Cela tombe sous le sens : tant qu'il demeure impossible de reconnaître la personne, il est difficile de prétendre qu'on a diffusé son image.

La question se pose en effet à la lumière des possibilités rendues disponibles par les technologies⁴⁸. L'image d'une foule peut être prise à une grande distance et dans des conditions telles qu'il est impossible de reconnaître un individu en particulier. Mais si l'image est traitée de manière à agrandir et cadrer celle-ci au point de montrer clairement l'image d'une personne, alors il faut convenir que ce traitement a rendu la personne identifiable.

Le caractère reconnaissable de la personne est apprécié de façon stricte : certaines décisions exigent que la personne soit positivement reconnaissable. Cela paraît tomber sous le sens : lorsqu'on prend la décision de diffuser une image, il faut être en mesure d'évaluer si l'image représente bel et bien une personne déterminée ou si elle représente un autre aspect de la réalité que l'on envisage de décrire.

C'est pourquoi certaines décisions exigent que l'identification soit claire. Par exemple, dans *Dion c. 3576523 Canada inc.*⁴⁹, la demanderesse apparaissait sur une photo imprimée sur des coupons rabais d'un restaurant. Elle avait appris l'existence de ces coupons rabais par le biais d'une amie qui l'avait reconnue. Néanmoins, le juge en arriva à la conclusion qu'elle n'était pas suffisamment reconnaissable pour conclure que son droit à l'anonymat avait été transgressé.

De même, dans *Blondeau c. Croisières A.M.L. inc.*⁵⁰, le juge a refusé de conclure à la violation du droit à l'image de la demanderesse, manne-

⁴⁷ *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, préc., note 8, par. 53.

⁴⁸ Voir Geneviève GRENIER et Nicolas SAPP, « Le droit à l'image et à la vie privée à l'ère des nouvelles technologies », Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

⁴⁹ [2001] R.L. 253, [2001] n° AZ-50190072 (C.Q.).

⁵⁰ 2000 CanLII 18280 (QC CQ).

quin de carrière internationale, puisque sur la photo à l'origine du litige, elle était photographiée de profil et ne pouvait être identifiée.

Une autre tendance, moins exigeante, fonde le caractère identifiable du sujet en tenant compte du contexte de l'image. Alors l'identification peut découler de facteurs qui n'ont pas de relation avec ce que le photographe pourrait être en mesure d'évaluer lors de la captation de l'image ou lors de son analyse au moment de la décision de la publier.

Par exemple, dans *Pia Grillo c. Google inc.*⁵¹, le visage de la demanderesse sur la photo était brouillé mais pas la plaque d'immatriculation de son véhicule automobile ni le numéro civique de sa maison. Google prétendait que la demanderesse n'avait subi aucun préjudice parce que son identification était impossible, sinon difficile. Le juge rejeta cette objection en concluant qu'une personne ne devient pas méconnaissable du seul fait que son visage sur la photo est brouillé ou camouflé. D'autres informations ou données se trouvant sur la photo (comme la plaque d'immatriculation ou l'adresse civique) peuvent également conduire à son identification.

Dans *Hammedi c. Cristea*⁵², le juge écarte les prétentions du journal selon lesquelles les demandeurs ne sont pas reconnaissables. En dépit du fait que la femme portait un voile qui ne laissait paraître que ses yeux, le juge retient que le demandeur est reconnaissable et que son épouse est identifiable par le port du voile intégral et la présence à ses côtés de son conjoint et de son enfant. Ainsi, même si le visage de la personne est voilé, celle-ci peut quand même être reconnaissable.

Un tel recours au contexte de l'image afin de déterminer si la personne qui en est le sujet est reconnaissable présente d'importants risques d'imposer une condition difficile à satisfaire pour une personne qui ne connaît pas l'identité des individus faisant partie du contexte de la scène représentée. Dans la situation de l'affaire *Hammedi c. Cristea*, il aurait fallu que l'éditeur du journal sache que la personne représentée, bien que voilée, était identifiable par ceux qui pouvaient connaître les personnes qui l'accompagnaient. Le fardeau devient lourd pour la personne qui souhaite représenter une situation se déroulant dans l'espace public. N'est-ce pas là un risque qui engendre un effet inhibiteur démesuré ?

⁵¹ Préc, note 35, par 56.

⁵² 2014 QCCS 4564, autorisation d'appel rejetée : *Cristea c. Hammedi*, 2014 QCCA 1936.

C. La personne doit constituer le «sujet principal»

Dans l'arrêt *Aubry*, les juges majoritaires expliquent que l'intérêt public prédomine dans les situations où une personne paraît de façon accessoire dans la photographie d'un lieu public. Dans une telle situation, c'est le lieu public lui-même qui est le sujet principal. L'image de la personne acquiert de ce fait un statut d'élément accessoire :

L'image saisie dans un lieu public peut alors être considérée comme un élément anonyme du décor, même s'il est techniquement possible d'identifier des personnes sur la photographie. Dans cette hypothèse, vu que l'attention de l'observateur imprévu se portera normalement ailleurs, la personne «croquée sur le vif» ne pourra s'en plaindre.⁵³

La Cour suprême explique que la même solution s'impose à l'égard d'une personne faisant partie d'un groupe photographié dans un lieu public. Si elle n'est pas le sujet principal, elle ne peut s'opposer à la publication de sa photo. Par contre, le caractère public du lieu où une photographie a été prise «est sans conséquence lorsque ce lieu sert simplement à encadrer une ou plusieurs personnes qui constituent l'objet véritable de la photographie.»⁵⁴

Qu'en est-il d'une personne qui accompagne un accusé? Le fait d'être dans un endroit public ne constitue pas une renonciation au droit à l'anonymat. Ce principe a été rappelé dans *Thomas c. Publications Photo-Police Inc.*⁵⁵ Dans cette affaire, la conjointe d'un individu accusé d'indécence avait vu sa photo publiée alors qu'elle accompagnait l'accusé à la sortie du palais de justice. L'article paru dans ce journal spécialisé dans les affaires criminelles et l'actualité judiciaire permettait d'identifier Thomas comme la conjointe d'un «désaxé sexuel». Au surplus, la photo permettait plus facilement de reconnaître la conjointe (de face) que l'accusé lui-même (de côté). Or, des aveux même du journaliste-photographe, «ordinairement, on ne prend ou ne publie que la photo de l'accusé» et «qu'il eut été possible de couper la photo au montage avant publication»⁵⁶.

⁵³ *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, préc., note 8, par. 59.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ 1997 CanLII 6460 (QC CQ).

⁵⁶ *Id.*, par. 27, conf. par *Publications Photo-police inc. c. Thomas*, 2001 CanLII 39812 (QC CA).

III. Les limites du droit à l'image

Les limites que connaît le droit de s'opposer à la diffusion de son image découlent du consentement que l'on peut avoir donné. Un tel consentement peut être explicite ou découler implicitement de la situation concrète dans laquelle se trouvait le sujet.

L'intérêt public à l'information que comporte l'image constitue l'autre grande limite au droit de s'opposer à sa diffusion.

A. Le consentement du sujet

Le droit à l'image découlant du droit à la vie privée⁵⁷, les tribunaux conviennent qu'une entente ayant pour objet l'utilisation de l'image constitue une renonciation à un droit fondamental, qui doit, par conséquent, s'interpréter restrictivement⁵⁸.

Si le consentement est exprimé dans un contrat, le tribunal doit d'abord rechercher la commune intention des parties. Pour cela, les règles du Code civil s'appliquent, et ce n'est que si une ambiguïté demeure que le juge doit interpréter restrictivement. En principe, un individu qui conclut un contrat selon lequel il autorise l'utilisation de son image se trouve lié et ne peut changer d'idée. Considérant le caractère extrapatrimonial du droit à l'image, on peut se demander jusqu'à quel point une personne est irrévocablement liée par un consentement qu'elle a un jour accordé.

En matière de responsabilité extracontractuelle, la notion de consentement s'appuie sur une présomption d'autonomie individuelle et de libre arbitre⁵⁹. Les auteurs Beaudouin et Deslauriers s'expriment ainsi : « Le consentement de la victime peut aussi servir de justification à l'auteur du dommage. Encore faut-il, cependant, que ce consentement ait été véritablement donné et ait été le fruit d'une décision libre et éclairée. »⁶⁰.

⁵⁷ *Aubry c. Éditions Vice-Versa*, préc., note 8; *Journal de Québec (Le), division de Communications Québecor inc. c. Beaulieu-Marquis*, [2002] R.R.A. 797, [2002] n° AZ-50143036, J.E. 2002-1722, 2002 CanLII 41223 (QC CA).

⁵⁸ *Podolej c. Rogers Media Inc.*, préc., note 46; *Laoun c. Malo*, préc., note 11; *Cohen c. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (C.S.).

⁵⁹ *Marquis-Beaulieu c. Journal de Québec, division de communication Québecor inc.*, [2000] R.R.A. 229, [2000] n° AZ-50069074, J.E. 2000-475, 2000 CanLII 14436 (QC CQ), s'appuyant sur l'arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226.

⁶⁰ Jean-Louis BEAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, p. 134, n° 179.

Toutefois, lorsque celui-ci est donné, il faut alors analyser ce à quoi la personne a consenti et, si ce consentement est non équivoque, il n'y a pas lieu de l'interpréter restrictivement.

L'autorisation expresse prend généralement la forme d'un écrit par lequel le sujet photographié accepte que son image soit diffusée à travers un média particulier, à des fins spécifiques ou de façon plus large⁶¹. La portée de cette autorisation dépendra des termes utilisés dans l'entente, des circonstances de la conclusion de celle-ci et de l'intention respective des parties⁶². Une rémunération du sujet peut être prévue.

Dans *Aubry*, la Cour suprême retient que la captation et la diffusion de l'image sont deux étapes distinctes, et qu'en l'espèce, c'est la diffusion qui a été fautive. Il y a une distinction entre le consentement à la captation et celui qui est relatif à la diffusion.

Dans *Marquis-Beaulieu c. Journal de Québec, division de communication Québécois inc.*⁶³, deux jeunes joueurs de hockey avaient été interviewés par un journaliste et un photographe à la sortie de leur école secondaire au sujet des séances d'initiation de leur club de hockey. Celles-ci étaient devenues d'intérêt public en raison de supposés actes dégradants et obscènes qu'on y aurait observé. Le journaliste tentait d'obtenir les impressions et opinions de certains joueurs qui y avaient assisté.

L'interview avait eu lieu dans un endroit public, avec le consentement des demandeurs, et le juge de première instance conclut que ce consentement avait également été donné à l'égard de la captation des photos. Il spécifie que malgré cela, la captation et la diffusion sont deux actes dis-

⁶¹ Dans *Bardot c. Éditions J'ai Lu* (T.G.I. Paris, 10 avril 1991), le Tribunal a considéré que des photographies tirées d'un film cinématographique ne pouvaient pas être utilisées dans un ouvrage sans consentement, puisque ces photographies ne ressortent pas de l'actualité et leur publication ne découlait pas des impératifs de l'information. Voir le résumé paru dans *Légipresse* 1994, vol. 108, 5-6.

⁶² Voir, par exemple *Podolej c. Rogers Media Inc.* (préc., note 46) où le défendeur et la demanderesse s'était mal compris sur l'aspect final que prendrait la photo publiée. Le haut du corps de la demanderesse était photographié nu et, selon ce que croyait la demanderesse, il devait être recouvert par la suite d'éléments ajoutés par infographie, de manière à cacher ses seins. Le défendeur croyait pour sa part que s'il y avait modification au projet conceptuel original, il pouvait publier la photo même si une partie de sa poitrine était visible, ce qu'il fit. Le juge analysa toutes les circonstances de l'affaire pour découvrir si l'entente entre les parties comprenait cette possibilité.

⁶³ Préc., note 59.

tincts. Il se demande ainsi ensuite si le consentement avait été donné à l'égard de la diffusion, et après avoir analysé la renonciation au droit à la vie privée et avoir rappelé qu'elle devait s'interpréter de façon restrictive, il conclut qu'en l'espèce les deux jeunes n'avaient pas mesuré l'étendue de leur consentement et qu'ils n'avaient pas consenti à la diffusion de leur image⁶⁴.

La Cour d'appel renversa le jugement⁶⁵. Elle relève une distinction entre les faits de cette cause et ceux de l'affaire *Aubry*. Elle statue que si la différence entre la captation et la diffusion avait été apportée dans *Aubry*, la demanderesse n'avait donné son consentement ni à l'une, ni à l'autre. En l'espèce, les jeunes avaient consenti à la captation des images⁶⁶ et « la publication et la diffusion [étaient] tellement caractéristiques de la nature même de l'événement qu'il appart[enait] à celui qui désir[ait] empêcher tout ou partie de la publicité ou de la diffusion de poser ses conditions avant de se soumettre à une interview »⁶⁷. C'est que dans ce cas précis, où le journaliste et le photographe s'étaient présentés comme tels, il était difficile d'imaginer pour quelles autres raisons que la diffusion, le photographe aurait pris les photos auxquelles les jeunes avaient consentis.

De façon générale, le consentement donné pour une diffusion déterminée d'une photographie n'implique pas qu'elle puisse être utilisée à d'autres fins, pour d'autres diffusions. Comme l'affirme le professeur Patrick A. Molinari :

Dans tous les cas, la preuve d'un consentement libre et non équivoque doit être faite : il faut prouver que la personne a consenti à une utilisation précise et spécifique. C'est ainsi qu'on doit poser que le consentement à la réalisation n'emporte pas le consentement à la publication ou que le consentement à publier dans une revue ou un journal, ne profite qu'à celui qui l'a reçu et non pas à tous les détenteurs éventuels des photographies.⁶⁸

⁶⁴ *Id.*, p. 240.

⁶⁵ *Journal de Québec (Le)*, division de Communications Québecor inc. c. Beaulieu-Marquis, préc., note 57.

⁶⁶ *Id.*, par. 31-32.

⁶⁷ *Id.*, par. 38.

⁶⁸ P. A. MOLINARI, « Le droit de la personne sur son image en droit québécois et français », préc., note 4, 109.

La spécificité du consentement est une constante bien ancrée. Avoir accepté de poser pour une photographie professionnelle devant être distribuée et appelée à circuler à l'intérieur d'un établissement hôtelier aux fins de la promotion de la prestation de services de massothérapie n'autorise pas l'établissement à insérer la même photographie dans le guide touristique officiel des Laurentides, même pour faire la publicité de cet hôtel⁶⁹.

Le consentement à l'utilisation, la reproduction et la diffusion de son image par une entreprise commerciale n'autorise pas pour autant l'exercice de ces mêmes droits par tous les distributeurs de cette dernière, et ce, même si la réutilisation du matériel vise des fins identiques à celles originellement consenties et poursuivies⁷⁰. Il va aussi de soi que le consentement à être photographié, sous réserve d'un droit de regard avant publication des images, n'autorise pas implicitement le photographe à publier les photos sans cette permission additionnelle, même si, aux yeux du photographe, il ne serait pas envisageable d'obtenir l'autorisation de tous et chacun des membres d'un club naturiste⁷¹.

De même, le consentement donné à la publication d'une photo dans le calendrier promotionnel d'un bar de danseuses nues vaut-il également pour la publication de la page de calendrier à l'intérieur d'une revue érotique ? Dans les affaires *Geoffré c. 9140-9599 Québec inc.*⁷² et *Larente c. 9140-9599 Québec inc.*⁷³, le Tribunal estime que la mention que le calendrier se faisait « en collaboration avec la revue *Québec Érotique* », conjuguée à la présence de l'équipe de Québec Érotique à la séance de photos, n'est pas assez spécifique pour que les mannequins (jeunes femmes toutes légèrement vêtues, mais sans nudité ni sexualité explicite) s'attendent de ce fait à une publication de leurs photos à la page centrale de la revue. Le Tribunal infère qu'une personne raisonnable pouvait interpréter cette collaboration avec Québec Érotique comme s'agissant d'une commandite du calendrier.

⁶⁹ *Laurin c. 9070-6391 Québec in. (Hôtel spa Watel)*, 2011 QCCQ 12569.

⁷⁰ *Laoun c. Malo*, préc., note 11.

⁷¹ *Brisson c. Virtually Magazine*, [2002] R.R.A. 866, [2002] n° AZ-50135810, J.E. 2002-1362 (C.S.).

⁷² 2011 QCCS 3431.

⁷³ 2011 QCCS 3430.

En principe, «le consentement à la prise d'une photographie n'emporte pas nécessairement un acquiescement à tout usage quel qu'il soit»⁷⁴. Il faut donc évaluer à chaque fois la portée du consentement donné lors de la captation de l'image compte tenu du contexte particulier. C'est ainsi que dans l'affaire *Cohen*⁷⁵, un consentement à la seule prise de photos, aux fins de «promotion des produits de son employeur», ne vaut pas acceptation tacite à une exploitation commerciale précise (par exemple, sur des emballages d'accessoires de bain distribués à travers le Canada comme en l'espèce). A été pareillement considérée imprécise une clause contractuelle par laquelle le client aurait accepté de «léguer les droits d'auteur pour tout tournage vidéo ou photo prise». Une telle clause n'emporte pas en elle-même une cession du droit à l'image, incessible par principe; elle n'est pas suffisamment spécifique pour valoir un consentement éclairé à l'utilisation d'images captées à l'occasion d'un mariage, à des fins publicitaires ou promotionnelles⁷⁶.

Il existe néanmoins des circonstances où le silence vaut consentement, faute d'objection en temps opportun. Lorsque, à la demande expresse des élèves responsables de la confection de l'album des finissants, la professeure ne dit ni oui ni non, ni n'exige de voir une épreuve de l'album avant l'impression définitive, il y a une situation où il est raisonnable de déduire un consentement tacite, d'autant plus qu'il n'y a aucun élément de surprise sur la photo⁷⁷.

La Cour supérieure a également statué, dans l'affaire *Larente*⁷⁸, que sur acceptation d'être pris en photo contre rémunération (sans s'informer, voire se soucier outre mesure de l'usage qui en sera fait), il faut «présumer» que celui qui nous paie fera usage des photos réalisées. Comme, de nos jours, «l'endroit de prédilection» pour publier ces photos est généralement les sites internet ou les médias sociaux, il pourrait s'agir d'un usage acceptable pour lequel le consentement s'infère de la nature de circonstances telles que le versement d'une rémunération.

⁷⁴ *Journal de Québec, division de Communications de Québecor inc. c. Beaulieu-Marquis*, préc., note 57, par. 33. Voir *Brisson c. Virtually Magazine*, préc., note 71.

⁷⁵ *Cohen c. Queenswear International Ltd.*, préc., note 58.

⁷⁶ *Langlois c. Loisirs Scirocco inc.*, 2012 QCCQ 5722.

⁷⁷ *Blanchet c. Poirier*, 2002 CanLII 34972 (QC CS).

⁷⁸ *Larente c. 9140-9599 Québec inc.*, préc., note 73, par. 74 à 80.

Compte tenu du contexte, il faut s'interroger à l'égard des attentes qu'une personne peut entretenir quant à l'usage des photographies. Dans *Cohen*, la mention « aux fins promotionnelles » est vague. Faire la promotion d'une entreprise désignant à peu près tout : bouche à oreille, foires commerciales, distribution de brochures et de circulaires, publicités payées dans les médias traditionnels, réseaux sociaux (Facebook, Twitter, Instagram, Flickr, Youtube...), sites internet personnels, professionnels ou spécialisés. Pour chacune de ces hypothèses, le public ciblé, l'impact et l'efficacité de la publicité diffèrent. Trop imprécis, un consentement devient sans objet et, partant, susceptible d'être invalidé.

Par contre, dans *Larente*, le Tribunal souligne l'existence d'une présomption – que toute personne raisonnable devrait garder à l'esprit – entre la rémunération (pour un service) et la publication (des photos ainsi obtenues). À cet égard, l'identité et le statut des photographes impliqués (amateurs, professionnels...) permettrait d'inférer, dans une certaine mesure, l'usage qui sera fait des photos. Tout comme il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'une photo prise contre rémunération par un photographe amateur se retrouve ultérieurement sur le web (sites internet ou réseaux sociaux), les photos prises au cours d'une journée de promotion d'un bar peuvent légitimement être diffusées sur le site internet du bar en question. S'agissant d'une autorisation tacite pour une durée *a priori* indéterminée, elle pourra être révoquée en tout temps⁷⁹.

Lorsque les circonstances particulières ne permettent pas de conclure à un usage raisonnable des photos prises, ou encore si celui qui en est fait excède la portée raisonnable d'une autorisation implicite, il n'y aura pas consentement – même tacite – à la publication, faute d'objet.

Ainsi, le consentement à être photographié avec le « député [local] en action » lors d'une fête de Noël communautaire, même au cours de la période de campagne électorale, n'autorise pas ce député à publier cette photo dans un dépliant dont 45 000 exemplaires sont distribués dans sa circonscription pendant la campagne électorale. Le consentement donné par la personne ne visait que la prise de photos pour une utilisation privée et elle ne pouvait pas s'attendre raisonnablement à une toute autre utilisation⁸⁰.

⁷⁹ *Id.*, par. 80.

⁸⁰ *Clavet c. Sourour*, 2009 QCCA 941, par. 39 et 42.

Une telle grille d'analyse de la raisonnable est transposable dans le contexte journalistique. Par exemple, celui qui réalise une interview n'a pas à obtenir un consentement spécifique avant de procéder à la diffusion de l'image et de l'identité de l'interviewé. Ce dernier connaissant l'identité des journalistes et le contenu de l'interview, il lui est raisonnable de s'attendre à une éventuelle diffusion de son image et de son identité⁸¹.

Dans le même esprit, le tribunal dans *Duguay c. Village des sports* retient que le fait de sourire au photographe peut équivaloir à un consentement implicite à renoncer à son droit à l'image⁸².

A fortiori, lorsqu'on se présente de plein gré au lendemain des élections au côté du maire nouvellement élu participant à une assemblée publique, il y a consentement « clairement tacite » à la prise de photographies par des représentants des médias, et ce, à tout moment de la soirée, ainsi qu'à leur publication subséquente dans le cours normal des activités médiatiques⁸³. La donne change toutefois lorsque les demandeurs transmettent une mise en demeure au journal dans les jours suivants. La faculté de consentir implique la faculté de retirer son consentement, l'utilisation continue du nom ou de l'image d'une personne après que l'autorisation ait été révoquée, constitue une atteinte illicite au droit à la vie privée d'autrui⁸⁴, à moins qu'il ne soit trop tard pour « arrêter les presses ».

Le consentement tacite à être photographié et rapporté peut aussi s'inférer du fait qu'on aurait « tout fait pour être remarqué ce jour-là » au cours d'événements publics, sans montrer signe d'opposition. L'autorisation implicite consiste à consentir, par son comportement, à la captation et à la diffusion de son image. Il s'agit de situations dans lesquelles le comportement de la personne présente des caractéristiques donnant à conclure qu'elle est d'accord avec la captation et la diffusion qui est prévue en découler. Le lieu de la captation, les circonstances et la nature de l'événement de même que le comportement de la personne peuvent procurer des indices d'un consentement implicite.

⁸¹ *Journal de Québec, division de Communications de Québecor inc. c. Beaulieu-Marquis*, préc., note 57, par. 37-39.

⁸² *Duguay c. Village des sports inc.*, AZ-99036318 (C.Q.).

⁸³ *Bernier c. Courrier de St-Hyacinthe*, 2011 QCCQ 6956.

⁸⁴ Voir aussi *Timing Inc. c. Idéation Chou inc.*, 2009 QCCQ 6037; *Jean c. Germain*, 2007 QCCQ 11914.

Un exemple d'autorisation implicite est la décision *Levy c. McClelland & Stewart Ltd.*⁸⁵ Lors des funérailles de Pierre-Elliott Trudeau, des journalistes photographièrent la demanderesse qui retrouva sa photo en version pleine page d'un magazine commémorant l'événement. Elle n'avait jamais consenti verbalement à être photographiée.

Le juge rejeta tout de même sa requête. Il conclut que la demanderesse avait consenti à la captation et à la publication de son image. Il analyse ainsi le comportement de la demanderesse, qu'il qualifie de consentant :

Levy Ayala a tout fait pour être remarquée cette journée-là. Photographique, elle est vêtue de noir et tient en évidence une magnifique rose rouge. Elle arrive une heure avant la cérémonie et s'installe sur le trottoir de la Place d'Armes, à une dizaine de pieds où devront passer toutes les personnalités mondiales pour accéder au parvis de la Basilique Notre-Dame. Ayala Levy ne se place pas seulement à l'avant plan, mais elle se hisse sur un petit escabeau pour pouvoir mieux voir et par conséquent être aussi plus évidente. Comme cet emplacement est névralgique, une quarantaine de journalistes, caméramans et photographes y sont. Plusieurs dialoguent avec elle. Elle confirmera qu'il y en a une bonne vingtaine à proximité d'elle. Elle nommera même l'une d'elles par son prénom dans le corridor du palais de justice. Selon les témoignages de photographes, ils prennent d'elle de 20 à 93 photos (D-2). Une photo la montre entourée de trois photographes qui la mitraillent de clichés.⁸⁶

Il retient ensuite que la demanderesse a donné son nom et ses coordonnées à des journalistes, pour ensuite conclure la description des faits ainsi :

Levy Ayala n'a donné aucun signe d'opposition cette journée-là, au contraire sa façon d'être, ses échanges avec les photographes, la situation très choisie pour être en évidence, tous ces éléments concourent à dire qu'elle acquiesçait à être photographiée et surtout, elle ne pouvait pas ne pas savoir qu'avec le nombre de clichés que l'on a pris d'elle, qu'elle serait certainement reproduite ; et elle l'a été.⁸⁷

De ce comportement, le juge déduit un consentement implicite de la demanderesse qui empêche de considérer qu'il y a eu faute.

⁸⁵ 2003 CanLII 24112 (QC CQ).

⁸⁶ *Id.*, par. 5.

⁸⁷ *Id.*, par. 9.

De même, l'utilisation d'une image que la personne a elle-même publiée sur internet ne saurait constituer une violation de son droit⁸⁸. En effet, lorsqu'une personne diffuse son image sur le web, elle devrait raisonnablement s'attendre (ou consentir implicitement) à une utilisation subséquente qui pourra, vraisemblablement, échapper à son contrôle. Dans *Blanc c. Éditions Bang Bang inc.*, la Cour supérieure raisonne comme suit :

[62] En l'instance, la photo de Mme Blanc qui a servi à la Chronique est une photo qui fait partie du domaine public. Cette photo est intrinsèquement liée aux blogues et chroniques de Mme Blanc.

[63] En effet, Mme Blanc, la chroniqueuse et blogueuse, fait le choix d'utiliser cette photo à plusieurs fins. Elle apparaît sur Facebook, sur Twitter. Elle est vue par des milliers d'internautes.

[64] De plus, la photo de Mme Blanc qui a servi au photomontage est enregistrée chez Gravatar.com un site de « Globally Recognized Avatar ». On y lit : « Your Gravatar is an image that follows you from site to site appearing beside your name when you do things like comment or post on a blog. Avatars help identify your posts on blogs and web forums, so why not on any site ? ».

[65] Il y a, dans ces circonstances, à tout le moins, un consentement tacite de Mme Blanc [...] à l'utilisation de sa photo.⁸⁹

L'addition de ces circonstances conduisent le juge à retenir que l'image était dans l'espace public avec le consentement de la personne représentée.

B. L'information légitime du public

Dans certaines circonstances, le droit à l'image ne peut être invoqué au détriment de la liberté de presse. Lorsqu'il existe un *intérêt public* ou un souci *d'information légitime du public* à la diffusion d'une image, il ne serait pas nécessaire d'obtenir l'autorisation de la personne (manifestation ou événement public, personnalité publique, etc.). Il en serait de même lorsque l'utilisation de l'image d'une personne est incidente. L'évaluation de l'intérêt public est nécessaire lorsqu'il s'agit de déterminer si l'image d'une personne peut être captée et publiée sans son consentement.

⁸⁸ *Blanc c. Éditions Bang Bang inc.*, 2011 QCCS 2624.

⁸⁹ *Id.*, par. 62-65.

On pourrait tenter de voir une différence entre la notion d'information « légitime du public » et l'intérêt public. Il est toutefois raisonnable de postuler que ce qui est légitime correspond à ce qui peut être tenu pour conforme ou justifié dans l'intérêt public. Pour évaluer la légitimité de l'information pour le public, le sujet est pris en compte : affaires publiques, utilisation des ressources publiques, notoriété, autorité de la personne, etc.

La « notoriété d'une personne est un facteur qui joue en faveur du droit du public de savoir »⁹⁰ ; mais cela ne saurait pour autant justifier une intrusion abusive dans sa vie privée. Outre le fait que la personne soit connue du public, l'image qui la représente dans un « espace privé » doit pouvoir se justifier à titre d'intérêt public. Par exemple, la Cour de cassation italienne a ainsi tracé la limite entre ces différents facteurs :

L'intérêt public à l'information doit correspondre à un intérêt justifié de la collectivité pour une connaissance toujours plus approfondie de la personne connue. Cet intérêt ne doit cependant pas se confondre avec une curiosité morbide de la part du public, pour les situations piquantes et scandaleuses se déroulant dans l'intimité de la demeure de la personne célèbre.⁹¹

En droit allemand⁹², la protection de la vie privée et du droit à l'image envisage deux catégories de personnes publiques : celles qui « se sont engagées, d'une façon permanente, sur le théâtre de l'histoire contemporaine », incluant les hommes politiques, les acteurs et les sportifs célèbres, et celles qui sont « relativement publiques », par exemple, les conjoints (ou la famille) de personnalités publiques (de la première catégorie), les personnes directement concernées dans une instance judiciaire ou criminelle, mais pas la famille d'une victime. Les personnes qui n'entrent dans aucune de ces catégories demeurent des personnes privées. Si, en principe, les personnes vraiment publiques auront moins de contrôle sur la diffusion de leur image, il est retenu que pour les personnes relativement publiques, la diffusion de leur nom et de leur image ne sera légitime que pour une période limitée, soit celle nécessaire à la divulgation d'informations d'actualité qui lui sont relatives. Enfin, en ce qui concerne les per-

⁹⁰ Marie SERNA, *L'image des personnes physiques et des biens*, Paris, Économica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1997, p. 51.

⁹¹ Décision n° 2129 du 27 mai 1975 impliquant Soraya Esfandiari ; citée dans M. SERNA, *id.*, p. 54.

⁹² Voir *id.*, p. 59 et suiv.

sonnes privées, qui jouissent d'une plus grande protection, leur assentiment sera nécessaire à la publication de leur image pour illustrer un sujet déterminé.

En droit québécois, c'est sur celui qui s'exprime par la diffusion de l'image que repose le fardeau d'établir que cette dernière est faite dans l'intérêt public. Le photographe doit savoir, lors de la prise de la photo, qu'il est dans une situation où prévaut l'intérêt public ; il lui faut espérer que cet intérêt public sera également démontrable lorsque la photo sera publiée.

Devant un *veto* d'une telle ampleur reconnu aux personnes sur leur image, les médias n'ont pas d'autre alternative que de demander, à titre préventif, le consentement du sujet. À défaut de pareille précaution, le photographe est toujours exposé à la possibilité qu'une personne photographiée dans un contexte que l'on aurait pu croire relever de l'intérêt public, se plaigne d'une atteinte à son droit à l'image. En de telles circonstances, le fardeau de convaincre le tribunal de l'existence de l'intérêt public sera tout entier supporté par le photographe ou le média.

C'est dire à quel point il devient important pour les médias de dégager ce qui est considéré par les tribunaux comme étant conforme à l'intérêt public.

Dans *Aubry*, la majorité de la Cour d'appel du Québec avait utilisé l'expression d'« information socialement utile »⁹³ afin de cerner l'intérêt public. La Cour suprême du Canada n'a toutefois pas considéré cette notion nécessaire et a rappelé qu'il s'agit principalement d'établir une pondération entre les droits en présence, soit entre la liberté d'expression de l'artiste – et le droit du public à l'information qui la soutient – et le droit au respect de la vie privée. Mais à quelle notion d'intérêt public fait-on référence ? La Cour suprême retient une vision étroite de l'intérêt public :

Le droit du public à l'information, soutenu par la liberté d'expression, impose des limites au droit au respect de la vie privée dans certaines circonstances. Ceci tient au fait que l'expectative de vie privée est réduite dans certains cas. Le droit au respect de la vie privée d'une personne peut même être limité en raison de l'intérêt que le public a de prendre connaissance de certains traits de sa personnalité. L'intérêt du

⁹³ *Éditions Vice-Versa Inc. c. Aubry*, [1996] R.J.Q. 2137 (C.A.), 2149.

public à être informé est en somme une notion permettant de déterminer si un comportement attaqué dépasse la limite de ce qui est permis.⁹⁴

Tout en reconnaissant que «L'intérêt public ainsi défini est donc déterminant, dans certains cas.», la Cour ajoute que la «pondération» des droits «dépend de la nature de l'information, mais aussi de la situation des intéressés. C'est une question qui est dépendante du contexte.»⁹⁵

Mais, plutôt que d'aller au bout du raisonnement et de s'interroger sur le contexte dans lequel avait été prise la photographie incriminée, la Cour cesse à ce point de traiter du contexte pour passer à une toute autre question. On aborde en effet les balises que connaît la vie privée des personnes exerçant une activité publique, comme si seules les personnes exerçant une activité publique ou celles qui sont projetées au premier plan de l'actualité avaient une vie publique. Ainsi, le contexte dans lequel fut prise la photo n'est pas pertinent pour déterminer si on est dans une situation qui relève de la vie privée d'une personne, mais uniquement pour savoir s'il présente des circonstances susceptibles d'exonérer d'une atteinte qui est tout à coup commise, même à l'encontre d'une personnalité notoirement publique.

Dans *Hammedi c. Cristea*⁹⁶, un journal avait publié la photo d'un couple dont la femme portait le voile afin d'illustrer un article intitulé «Le voile intégral est de retour à Québec. Choc visuel et stupeur au Marché aux puces de Ste-Foy». Dans sa décision, le juge estime que le journal n'a pas réussi à démontrer que l'intérêt public justifiait la publication de la photographie. Il invoque que les demandeurs n'exercent aucune activité publique et n'ont aucune notoriété publique pouvant justifier que leur image devienne matière à intérêt public.

En somme, le Tribunal retient ici une conception extrêmement étroite de la notion d'intérêt public. Dans l'affaire *Aubry*, la Cour suprême avait estimé qu'il n'y avait pas d'intérêt public à publier une image d'une personne dans le cadre d'un article sur la vie urbaine. Mais dans la décision *Hammedi*, le juge fait un pas de plus dans l'interprétation étroite de la notion d'intérêt public. Il prend en considération des facteurs relatifs aux

⁹⁴ *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc*, préc., note 8, par. 57.

⁹⁵ *Id.*, par. 58.

⁹⁶ Préc., note 52.

personnes qui se plaignent : il relève que ces demandeurs ne dépendent pas de l'opinion publique.

En fait, le juge écarte du champ de l'intérêt public l'expression de propos relatifs à la controverse qui existait à l'époque de la publication de l'article et qui concernait le port du voile ou d'autres vêtements de même type dans l'espace public. Pour le juge, l'intérêt public à prendre en compte lors de la diffusion d'une photo serait uniquement celui qui est relatif au rôle que tient la personne photographiée. Le fait qu'une personne se trouve dans l'espace public affichant un trait caractéristique qui a des échos dans l'actualité ne relèverait pas de l'intérêt public.

Dans *Amin c. Journal de Montréal*⁹⁷, le Tribunal a plutôt jugé licite de publier l'image de personnes, y compris des enfants, sur la base qu'il s'agissait d'une photo du domaine public diffusée dans le cadre de la discussion d'une question qui est assurément d'intérêt public.

Il s'agissait de photos prises lors d'un concours de mémorisation du Coran s'adressant aux enfants musulmans de huit ans et moins. La preuve a établi qu'elles avaient été captées et publiées à la demande expresse de leurs parents sur le site internet de la mosquée où se déroulait l'événement. Les photos pouvaient toutes être retrouvées sur le site de la mosquée, sans restriction et mise en garde, sous un onglet faisant spécifiquement référence au concours de mémorisation du Coran et facilitant le partage. Quatre de ces photos furent utilisées par Mme Benhabib dans son blogue du *Journal de Montréal* pour critiquer le port du voile et le concours de récitation coranique à laquelle participaient des jeunes filles de 8 ans ou moins.

Le Tribunal explique que la protection du droit au respect de la vie privée n'est pas absolue ou illimitée. Dans le cadre d'une société libre et démocratique, le droit au respect de la vie privée doit céder le pas ou être modulé dans certains cas en fonction d'autres libertés ou droits fondamentaux, notamment la liberté d'expression, la liberté d'opinion et le droit du public à l'information.

En somme, les parents avaient accepté que les photos sur lesquelles apparaissent leurs deux enfants quittent la sphère privée pour se retrouver dans le domaine public. C'était une décision libre de ces parents. En demandant et en consentant à ce que les photos soient publiées sur un site internet auquel le public a librement accès et en permettant, sans aucune

⁹⁷ 2015 QCCQ 5799.

réserve, mise en garde ou restriction, qu'elles puissent être transmises à des tiers, les parents, expressément ou tacitement, ont accepté du même coup que les photos se retrouvent dans le domaine public. Les photos en litige sont devenues publiques et disponibles pour tous.

Le juge explique également qu'il est difficilement contestable que la question du port du voile par les jeunes filles et même les femmes adultes musulmanes fait l'objet de plusieurs discussions et débats publics dans plusieurs pays. En particulier au Canada et, peut-être de façon plus remarquée, au Québec, depuis quelques années. Il estime qu'on ne peut ignorer l'existence de ce débat public et l'importance qu'il revêt pour de nombreuses personnes ou groupements religieux ou communautaires. Le juge ajoute que les propos ou commentaires de M^{me} Benhabib et l'utilisation des quatre photos s'inscrivent correctement dans ce débat public. Le sujet discuté est d'intérêt public et les photos utilisées sont pertinentes, voire en lien direct, avec la ou les questions soulevées et discutées dans le blogue.

Dans certains cas, le tribunal évalue la pertinence de la publication de l'image litigieuse afin de juger de son caractère fautif. En France, le critère de la « nécessité de l'information » impose au photo-journaliste de s'interroger si le cliché (ou la scène filmée) illustre de façon appropriée l'article ou le reportage à vocation informative. Si la réponse est affirmative, généralement on considérera que le droit à l'image cède le pas aux nécessités de l'information⁹⁸.

En France et au Québec, les tribunaux se sont toutefois parfois reconnu le droit de revoir les choix rédactionnels ayant conduit à la diffusion de scènes de rue ou de groupe⁹⁹.

Ainsi, dans *Hammedi c. Cristea*, le Tribunal affirme que « l'article en question pouvait facilement être écrit sans nécessiter d'y juxtaposer la photo des demandeurs »¹⁰⁰. Un tel critère, habituellement envisagé lors de l'évaluation de l'intérêt public, suppose un jugement de valeur sur la structure, voire même l'opportunité du reportage tel qu'il a été diffusé. Le risque d'une révision des choix rédactionnels par les juges est ici bien réel.

⁹⁸ Voir la jurisprudence citée dans Christophe BIGOT, « Les exigences de l'information et la protection de la vie privée », *Légipresse* 1995, n° 126-II, 83, 89, notamment T.G.I. Paris, 5 janvier 1994, *Juris-Data n° 040196* et T.G.I. Paris, 17 novembre 1993, *Juris-Data n° 047243*.

⁹⁹ Voir C. BIGOT, *id.*

¹⁰⁰ Préc., note 52, par. 43.

Cette tendance des tribunaux à revoir les évaluations que les médias peuvent faire de l'intérêt public et de l'opportunité de publier une image force ceux-ci à se demander, à chaque fois, si un juge trouverait que la publication d'une photo est « nécessaire » au reportage.

Toutefois, dans *Lessard c. Journal du Québec (Corp. Sun Media)*¹⁰¹, une jeune femme avait été photographiée en bikini, une bière à la main, arrosée par un jeune homme tenant une cruche d'eau, alors qu'elle participait au festival « Woodstock en Beauce ». La photographie avait été publiée sur une page complète d'un journal à grand tirage dans le cadre d'un reportage sur l'évènement. Après s'être questionné à savoir si la photo était d'intérêt public, le juge conclut : « La photo reprochée par la requérante constitue en l'espèce la reproduction imagée d'un fait au même titre que le serait la description littéraire d'un évènement d'intérêt public. Et comme il a déjà été décidé, la photo publiée au soutien d'un article portant sur un fait d'actualité n'est pas protégée par le droit à l'image. »¹⁰² L'analyse retenue ici par le Tribunal paraît plus compatible avec le respect de la liberté rédactionnelle entendue comme ménageant à celui qui s'exprime une capacité de décider souverainement de quelle manière il entend rendre compte d'une situation sans crainte de devoir *a posteriori* se justifier.

Dans leur fonctionnement quotidien, les médias ont constamment à évaluer l'intérêt public¹⁰³. Il est de l'essence du travail des professionnels de l'information de rechercher et de diffuser les informations qui sont susceptibles d'éclairer le public sur l'ensemble des dimensions de la vie contemporaine. Dans *Société Radio Canada c. Radio Sept-Îles*, le juge Lebel de la Cour d'appel du Québec explique que :

Les médias ont pour fonction de rechercher, de traiter et de communiquer l'information. Ils ont aussi vocation à la commenter et à l'interpréter. Dans leur activité de recherche de l'information, leur responsabilité paraît essentiellement une responsabilité d'ordre professionnel, basée sur un critère de faute. Celui-ci fait certes appel au critère de la personne raisonnable mais œuvrant dans le secteur de l'information. Dans le cas d'un reportage, il faut rechercher si l'enquête préalable a été

¹⁰¹ 2000 CanLII 3728 (QC CQ).

¹⁰² *Id.*, par. 21. Au même effet : *Lévesque c. Communications Québecor inc.*, 1999 CanLII 11819 (QC CS).

¹⁰³ Emmanuel DERIEUX et Pierre TRUDEL, *L'intérêt public, principe du droit de la communication*, Paris, Victoire éditions, 1996.

effectuée en prenant des précautions normales, en utilisant des techniques d'investigation disponibles ou habituellement employées. On détermine si l'on a procédé, en somme, avec un soin raisonnable à la préparation de l'article ou du reportage. L'on doit retenir alors quelques réalités ou difficultés du métier de journaliste ou d'informatrice.¹⁰⁴

Ainsi, en première ligne, il revient forcément aux médias de dégager ce qui relève de l'intérêt public. Cela se fait en tenant compte des critères usuels ou usités dans la profession journalistique telle qu'elle se pratique ici. Dans le cadre de l'application de ce critère, les milieux journalistiques ont développé des repères à partir desquels ils évaluent le caractère d'intérêt public d'un événement, d'une situation ou d'une image. Si l'on extrapole à partir du raisonnement de l'arrêt *Radio Sept Îles*, c'est uniquement lorsqu'il est établi qu'un professionnel de l'information normalement prudent et diligent aurait conclu que la matière n'est pas d'intérêt public qu'un tribunal pourrait conclure au comportement fautif.

Dans les sociétés pluralistes, on admet qu'il puisse coexister diverses conceptions de l'intérêt public. C'est lorsqu'on cherche à en imposer une seule à l'exclusion des autres que la démocratie est en danger. C'est pourquoi dans un monde où l'on a le souci de respecter la liberté de presse et le droit du public à l'information, on tranchera, en cas de doute, en faveur de la liberté de diffuser. On se gardera donc de faire en sorte que l'intérêt public soit défini de manière trop étroite.

Conclusion

Le droit de la personne sur son image s'inscrit à l'interface des intérêts du public à voir ce qui se déroule dans l'espace public et le droit du sujet à contrôler l'information qui le concerne. Dans la société de l'information, l'image présente un caractère multiforme. Elle interpelle la personnalité, ce qui porte à la conceptualiser comme un sous-ensemble du droit à la vie privée. Néanmoins, l'image contribue forcément à rattacher l'individu à l'espace social et, à ce titre, elle porte une dimension rendant compte de sa capacité à générer de la valeur, surtout en ce qui concerne ceux qui ont de la notoriété. La portée du droit à l'image reflète donc ces appartenances multiples. Il en résulte un droit *a priori* extrapatrimonial qui prend parfois les attributs d'un droit patrimonial.

¹⁰⁴ *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles*, [1994] R.J.Q. 1811, 1820 (QC C.A.).

Pour entrer en action, le quantum d'informations révélées par l'image doit nécessairement permettre le rattachement non équivoque à la personne représentée. La portée du droit de l'individu sur son image est conditionnée à la centralité de la représentation. La personne représentée doit en constituer le sujet principal, non y apparaître par le fait du hasard.

Ce sont les limites du droit à l'image qui marquent plus directement ses relations avec les libertés expressives. Le sujet a la liberté de consentir. Du coup, le consentement est nécessaire et suffisant pour assurer la licéité de la diffusion de l'image. Toutefois, il y a décrochage à un certain stade. Il est des situations où l'information légitime du public supplante l'exigence du consentement à la diffusion d'une image. Celle-ci devient licite en raison de l'intérêt public.

Le standard de l'intérêt public devient en quelque sorte l'outil de mesure de la légitimité de « voir ». Il permet de jauger dans quelle mesure l'importance de l'information pour la collectivité peut venir supplanter la volonté du sujet. Toutefois, la pluralité des visions de ce qui constitue l'intérêt public contribue à faire ultimement du droit à l'image un droit de *veto* de la personne représentée. Ce droit de *veto* ne pouvant être mis de côté seulement lorsqu'il existe une capacité de convaincre que l'intérêt public est en cause.

Une telle architecture de protection du droit de la personne à l'égard de son image présente le double inconvénient de ne procurer qu'une protection contingente à l'individu tout en multipliant l'effet inhibiteur de ceux qui souhaitent diffuser des images rendant compte du déroulement de la vie dans les espaces publics. C'est pourquoi il faut convenir que la technique juridique retenue en droit québécois afin de protéger la vie privée des personnes en ce qui touche à la représentation de leurs traits est fondamentalement contreproductive. Elle ne procure ni une protection prévisible aux sujets, ni un espace de liberté à ceux qui veulent montrer ce qui se déroule dans l'environnement public.