

Les autres facettes de l'image : le nom, la voix et la ressemblance

Daniel Payette*

1. L'utilisation du « nom »	193
1.1 Le sens du « nom »	193
1.2 La protection du pseudonyme.	196
2. L'utilisation de la voix	197
3. L'utilisation de la ressemblance	198
3.1 L'usurpation de la ressemblance (« likeness ») en droit américain	199
3.2 La « confusion d'apparence » en France	201
3.3 L'utilisation de la « ressemblance » au Québec	202
3.3.1 La ressemblance de l'image	203

© Daniel Payette, 2015.

* Avocat à Québec. L'auteur dédie cet exposé à feu Tony Roman qui, jusque sur son lit de mort, a poursuivi Loto-Québec, pour avoir utilisé sa ressemblance. Il s'opposait avec conviction à ce qu'il considérait constituer l'exploitation, par une autorité publique, des personnes dépendantes au jeu. Il est, d'une certaine manière, à l'origine de la présente réflexion sur les autres attributs du droit de la personnalité que la seule « image » au sens strict. Présentation donnée le 2014-10-30 dans le cadre du colloque « Une image vaut-elle vraiment mille mots (d'avocats) » organisé par l'AJAVA (Association des juristes pour l'avancement de la vie artistique).
[Note de la rédaction : ce texte a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

3.3.2	La ressemblance de la voix	203
3.3.3	L'exception de parodie ou de caricature dans l'utilisation de l'apparence.	204
3.4	La ressemblance et « l'histoire de vie » – un terrain litigieux en développement	206

Au Québec, la protection de sa vie privée représente un droit constitutionnel. Le droit de tout individu à préserver l'élément d'identité que représente son image personnelle en forme une partie. En effet, l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* garantit à chacun « le droit au respect de sa vie privée », dont la protection des attributs de sa personnalité constitue une composante essentielle¹.

Le droit québécois ne se limite pas à la protection de l'image physique de la personne contre toute utilisation faite sans consentement à d'autres fins que l'information légitime du public. Cette protection s'étend, selon l'alinéa 5 de l'article 36 du *Code civil du Québec* [C.c.Q.], au « nom », à la « voix » et à la « ressemblance ». L'alinéa 3 interdit aussi de capter dans des lieux privés, à quelque fin que ce soit, non seulement l'image mais aussi la voix seule.

Le droit à l'image – on le sait – nous vient, à l'origine, du droit français. Il s'agit, en France, d'une création jurisprudentielle dérivée du droit à la vie privée consacré par l'article 9 du *Code civil*². Le droit à l'image, dans la tradition latine, est essentiellement un droit extra-patrimonial, par conséquent inaliénable, incessible, insaisissable, non susceptible de renonciation et imprescriptible³, qui s'éteint au décès⁴.

-
1. *Aubry c Éditions Vice-versa*, [1998] 1 RCS 591 au para 51 [Aubry]. Rappelons que cet arrêt traitait d'une situation antérieure à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.
 2. Article 9 du *Code civil* de France : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. »
 3. Louise Potvin, *La protection de la personne et son image* (Cowansville, Yvon Blais, 1991) à la p 25.
 4. Comme le rappelait encore récemment la Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 22 octobre 2009, n° 08-10.557.

Au contraire, dans la tradition anglo-saxonne, le « Right of Publicity » – une création jurisprudentielle⁵ aussi – représente un droit essentiellement patrimonial, que possède la personne qui bénéficie d'une certaine notoriété, de faire une exploitation commerciale de son image personnelle. Elle ne se transmet pas, malgré tout, par voie successorale⁶, sauf lorsque la législation le prévoit⁷. Plus de quarante états américains ont adopté des lois qui encadrent le « Right of Publicity ».

Cette distinction – on le sait – tient de moins en moins. Le droit français reconnaît maintenant aux personnes connues⁸, notamment aux artistes et aux sportifs⁹, un droit patrimonial accessoire d'exploiter leur image personnelle à des fins commerciales¹⁰. De son côté, le droit américain étend progressivement à des inconnus, au nom du droit à la vie privée, la protection contre l'utilisation abusive de leur image ou sa diffusion faite à des fins lucratives¹¹.

De son côté, le Québec a emprunté d'emblée aux deux traditions pour se doter d'un droit à l'image mixte en ce que, outre une dominante extrapatrimoniale, il comporte une composante patrimoniale. La jurisprudence d'abord a reconnu cette particularité¹², puis l'adoption des articles 35 et 36 *C.c.Q.* l'a consacrée¹³. Notre codificateur n'a pas hésité à importer dans notre droit, d'origine française, certains éléments issus du droit américain. Cela s'avère particulièrement lorsqu'on parle du nom, de la voix et de l'image. Cela autoriserait cer-

5. *Haelan Laboratories, Inc v Topps Chewing Gum, Inc*, 202 F2d 866 (2^e Cir 1953) : droit à l'image des joueurs sur des cartes de baseball ; *Zacchini v Scripps-Howard Broadcasting Co*, 433 US 562 (1977) : droit sur un numéro d'homme canon dans un cirque.
6. *Lugosi v Universal Pictures*, 603 P2d 425 (CA 1979). Toutefois un arrêt récent, *Reynolds v Reynolds (In re Estate of Reynolds)*, 235 Ariz. 80, 327 P.3d 213 (Ariz. App. 2014) démontre une évolution du droit américain plus favorable à la transmission aux héritiers du « Right of Publicity », non seulement à l'égard d'atteintes commises du vivant de la personne mais aussi après sa mort.
7. Comme par le *Celebrities Act* de 1985 en Californie qui accorde ce droit de contrôle de l'image aux héritiers de l'artiste pour une période de 70 ans après sa mort. En Indiana, ce droit existe pour 100 ans après le décès.
8. Philippe Gauvin, *Droit à l'image et droit de l'image* (Paris, Savoires CDI, 2010.)
9. Conseil d'État, 4 décembre 2013.
10. Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 24 septembre 2009, n° 08-11.112 ; Conseil d'état, 27/4/211, *Fedida c Ville de Nantes*, n° 314577.
11. *ETW Corp v Jireh Publishing*, 332 F3d 915 (6^e Cir)
12. *Aubry*, supra note 1 au para 51. Voir aussi *Deschamps c Automobiles Renault Ltée* (1977) 18 *Cahiers de Droit* 937 (QC) ; *Rebeiro c Shawinigan Chemicals (1969) Ltd*, [1973] CS 389.
13. *Laoun c Malo*, 2003 QCCA 24556 ; *Bloc québécois c Sourour*, 2009 QCCA 942 [Sourour].

tainement nos tribunaux à examiner les décisions rendues tant par les cours de justice françaises que par les juridictions de nos voisins du sud lorsqu'ils se trouvent confrontés à des situations particulières. On ne s'offusquera donc pas que nous y puisions certains exemples.

Rappelons enfin que constitue l'utilisation légitime de l'image celle qui a reçu un consentement exprès, écrit ou verbal, ou une autorisation implicite qui résulte des circonstances de la confection¹⁴. Sont permises aussi les utilisations à des fins d'information légitime du public¹⁵ et, dans ce cadre, certaines fins artistiques.

Les reproductions et diffusions sans autorisation ni fin légitime de ces autres facettes de l'« image » que constituent le nom, la voix et la ressemblance ont donné naissance, au cours des dernières années, à une abondance de litiges, tant au Québec qu'ailleurs. Cette recrudescence s'explique en bonne partie par les facilités techniques qu'offrent dorénavant les technologies de reproduction et de diffusion numériques.

1. L'utilisation du « nom »

1.1 Le sens du « nom »

Le *Code civil du Québec* pêche sans doute par polysémie lorsqu'il utilise le terme « nom ». Cette expression possède, en effet, au moins deux significations : nom, dans son sens courant, et nom, dans le sens de « renommée ».

L'article 5 précise que « toute personne exerce ses droits civils sous le nom qui lui est attribué et qui est énoncé dans son acte de naissance ». Par la suite, le Chapitre premier du Titre troisième organise l'attribution, la forme et les modalités de changement de ce « nom » qui nous est donné.

À l'évidence, la protection de la vie privée comporte un droit extrapatrimonial à la protection de son nom compris dans ce sens-là. C'est, par exemple, celui qui fonde le droit de s'opposer à la transmission de renseignements nominatifs qui concernent une personne.

14. *Sourour*, *supra* note 13.

15. *Beaulieu c Groupe Québecor*, [2002] JQ 4581 (QC).

De la même manière, la protection de la vie privée impose d'étendre la protection du « nom » à l'anonymat¹⁶. Dévoiler le nom d'une personne qui a choisi de rester inconnue, comme publier son image, constituerait assurément une violation flagrante à son droit fondamental d'abriter son identité¹⁷.

Toutefois, le « nom » dont il est question à l'article 36 *C.c.Q.* doit s'entendre non pas de ce nom que nos parents ont choisi pour nous mais bien de celui que nous nous sommes en quelque sorte bâti. Il s'agit en réalité du « nom » dans le sens de « renommée », comme dans l'expression « se faire un nom ».

Ainsi, personne ne pourrait évidemment prétendre s'appuyer sur l'article 36 *C.c.Q.* pour interdire, par exemple, qu'on donne le prénom Céline à une enfant née dans une famille Dion.

Le *Code civil* cherche plutôt à protéger l'achalandage qui entoure le nom d'une personne, et qui résulte de ses efforts personnels et du succès qu'elle a pu remporter dans son domaine d'activité particulier. Ce n'est pas le nom en soi qui forme l'objet de la protection, mais la composante d'identification avec une personne précise¹⁸. Habituellement, le tiers utilisateur illicite aura recours au nom d'autrui pour avaliser son produit ou service et pour tirer profit à son avantage de la renommée de son propriétaire.

Dans l'affaire *Perron c Les éditions des intouchables*¹⁹, l'entraîneur de hockey se plaignait de l'utilisation de son nom dans un livre intitulé « Les perronismes ». La Cour a rejeté sa prétention après son constat que la mention de son patronyme ne constituait nullement « l'utilisation de son nom à des fins commerciales pour promouvoir un produit mais plutôt d'expliquer le contexte de publication du livre »²⁰.

16. *Ibid.*

17. *Aubry, supra* note 1.

18. À l'inverse, publier la photographie d'une personne au lieu d'une autre par négligence, du fait que les deux portent un nom identique, engage la responsabilité d'un organe de presse. Cela expose aussi à des dommages pour atteinte à la réputation si l'on prête à l'un la mauvaise renommée de l'autre. Voir *Doyon c Corporation Sun Media*, 2011 QCCS 6220.

19. 2003 CanLII 33321 (QC CS).

20. *Ibid* au para 47. Aux États-Unis aussi on peut utiliser le nom d'une personne connue dans une œuvre d'art dans la mesure où il s'agit d'un emploi artistique légitime. Voir *Rogers v Grimaldi*, 875 F2d 994 (2^e Cir 1989) et non pas d'une exploitation commerciale. Voir *Cardtoons v Major League Baseball Players Association*, 95 F3d 959 (10^e Cir 1996).

La protection du « nom », au sens que donne à cette expression l'article 36(5^o) *C.c.Q.*, revêt donc aussi un aspect clairement patrimonial.

Si un publicitaire dans un journal affirmait « Daniel Payette aime les céréales KELLOGG », je ne pourrais évidemment pas m'en plaindre. Mes prénom et nom sont partagés par un grand nombre d'individus (dont un juge, un professeur de droit et un joueur de hockey tous plus connus que moi !). Si le message affirmait plutôt « Céline Dion aime les céréales KELLOGG » personne ne s'étonnerait d'apprendre le lendemain qu'on a déposé une poursuite au nom de la célèbre chanteuse.

La difficulté consistera évidemment, dans tous les cas, à déterminer à quel moment une personne a acquis une notoriété suffisante, auprès du public spécifique auquel on s'adresse, pour que l'utilisation de son nom comporte l'élément d'identification nécessaire et qu'on contrevienne, de ce fait, à son droit à la vie privée ou à son droit de faire une exploitation commerciale de la renommée qu'elle a pu se gagner. Cette caractérisation résultera toujours d'une analyse factuelle²¹.

Par ailleurs, dans l'affaire *Club de Jazz Biddle*, la veuve et les enfants du fameux musicien de Jazz sont ainsi parvenus à faire interdire, de manière interlocutoire, l'utilisation du nom familial, même si le jazzman avait toléré cette situation de son vivant²². Pour la juge Picard, le second alinéa de l'article 56 *C.c.Q.* reconnaît à la famille d'un défunt, à titre personnel, un droit de s'opposer à l'utilisation du nom²³ lorsque cela lui cause préjudice²⁴.

Et si notre message publicitaire se lisait plutôt « Céline aime les céréales KELLOGG » ? Ou « Ricardo mange des saucisses HYGRADE » ? Pourrait-on violer le droit d'une personne à la protection de son nom par la seule utilisation de son prénom ? Probablement, puisque la protection de la vie privée et de l'exploitation commerciale vise essentiellement l'identification de la personne. Si ce simple prénom suffisait à identifier cette personne auprès de la

21. *Gazette (The) c Goulet*, 2012 QCCA 1085.

22. *Biddle c Club de Jazz Biddle inc*, 2003 CanLII 21080 (QC CS).

23. *Ibid* aux para 5-6.

24. *Ibid* aux para 19-20 où la juge donne la même définition au « nom » de l'article 56 *C.c.Q.* qu'à celle donnée à l'article 36 *C.c.Q.*

vaste majorité du public cible, il y aurait, selon nous, violation de son droit à l'image²⁵.

1.2 La protection du pseudonyme

Bon nombre d'artistes ont recours pour le développement de leur carrière professionnelle à un « nom » d'emprunt, un « pseudonyme ». Qui, par exemple, connaît Aline Joyal ? Ou Antoine D'ambrosio ? Le grand public les identifie plutôt comme Chloé Ste-Marie et Tony Roman. L'utilisation d'un pseudonyme participe de manière essentielle à la protection de leur vie privée. Ils peuvent exercer leurs droits civils et poser tous actes publics, sous leur nom de naissance, sans s'exposer à la publicité que leur nom artistique leur impose habituellement²⁶.

Comme la protection conférée au « nom » par l'article 36(5^o) *C.c.Q.* s'entend de la « renommée », et non pas du seul nom conféré à la naissance, il est évident, selon nous, qu'elle englobe aussi le pseudonyme.

Les tribunaux américains ont reconnu l'existence d'un droit de la personnalité sur son ancien nom à un célèbre joueur de basket-ball (Lew Alcindor) même s'il en avait changé (pour Kareem Abdul Jabar)²⁷, ainsi qu'une violation du droit à la vie privée alors qu'on s'était approprié le surnom qu'une personne avait choisi pour son blogue dans un site en ligne²⁸.

En particulier, les artistes qui créent ou qui font des interprétations en groupe choisissent une dénomination pour désigner leur

25. Évidemment, la plupart du temps, les personnes qui atteignent ce niveau de notoriété ont pris soin de déposer leur prénom comme marque de commerce pour accroître cette protection.

26. De façon étonnante, rien dans le *Code civil du Québec* ne traite du « pseudonyme artistique ». Dans le *Code civil du Bas-Canada*, à l'initiative de l'artiste devenue ministre des Institutions financières, Lise Payette, on avait inséré une disposition prévoyant qu'on pouvait poser des actes juridiques sous le nom par lequel une personne était notoirement connue. Au contraire, le Code actuel stipule plutôt, à son article 56, que « Celui qui utilise un autre nom que le sien est responsable de la confusion et du préjudice qui peut en résulter ».

27. *Abdul-Jabar v General Motors*, 85 F3d 407 (9^e Cir 1996).

28. *Faegre & Benson, LLP v Purdy*, 367 F Supp2d, 1238 aux pp 1247-48 (MN 2005). Au-delà du nom, la loi cherche alors à protéger la valeur rattachée au nom : *Kovatchovitch v Kmart Corp.*, 88 F Supp2d 975 à la p 986 (MN 1999).

ensemble. Pour la même raison, la protection du nom s'étend aussi, à notre avis, au « nom » collectif d'un groupe artistique²⁹.

2. L'utilisation de la voix

Alors qu'on peut partager un prénom et un nom avec un grand nombre d'autres individus, la voix de chacun est unique du fait – semble-t-il – non seulement de la taille et de la forme des cordes vocales, mais de l'ensemble du corps. Il s'agit donc d'un élément lié de manière intrinsèque à la personnalité de chaque individu. Aujourd'hui les techniques numériques permettent la reconstitution artificielle de la signature vocale d'une personne³⁰.

L'article 36 *C.c.Q.* prohibe tant la « captation » de la voix d'une personne dans des lieux privés (alinéa 3), que son utilisation à une autre fin que l'information légitime du public (alinéa 5).

En France, la protection de l'image d'une personne englobe évidemment celle de sa voix.

Le nom du comédien français Cyril Mazotti ne vous dit sans doute rien. C'est pourtant sa voix qu'on avait d'abord utilisée, à sa grande surprise, en 2011, pour les commandes vocales françaises de Siri sur l'iPhone. En 2008, il avait contracté avec une société belge pour enregistrer les instructions vocales d'un GPS, entreprise ensuite rachetée par une compagnie américaine, puis par Apple. Cette dernière, suite à mise en demeure, a remplacé cette voix³¹.

Au Québec, les tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion de rendre un jugement au fond sur un cas d'appropriation illicite de la voix, les litiges s'étant réglés à l'amiable.

29. Là encore, pour s'assurer de cette protection, certains déposent comme marque de commerce.

30. « On a volé la voix d'André Dussolier », *Le Monde* (7 juillet 2014), en ligne : <http://www.lemonde.fr/sciences/video/2014/07/07/on-a-vole-la-voix-d-andre-dussolier_4452777_1650684.html>. Une entreprise française spécialisée a reconstitué la voix du maréchal Pétain sur des images muettes de son procès pour le documentaire *Juger Pétain*, et la voix de Marilyn Monroe dans un documentaire.

31. « Cyril Mazzotti, voix française de Siri "J'aurais aimé qu'Apple me prévienne" », *Le Monde* (5 décembre 2013), en ligne : <<http://www.rtl.fr/actu/cyril-mazzotti-voix-francaise-de-siri-j-aurais-aime-qu-apple-me-previenne-7765389305>>.

En juin 2000, le groupe rock américain White Stripes, composé de Jack et Meg White, lance sa chanson *Jumble Jumble* sur son album *De Stijl*. L'amorce de cette chanson comporte l'enregistrement sans autorisation d'un extrait de l'émission radiophonique de Radio-Canada, *275-Allô/Ado-radios*, qui s'adressait aux adolescents où l'on entend brièvement³² mais clairement la voix de l'animatrice Dominique Payette³³. Ce n'est qu'en 2007 que cette dernière apprend l'existence de cet emprunt d'origine mystérieuse, puis dépose une poursuite en dommages, à hauteur de 70 000 \$, contre le groupe musical, en raison de la violation de son droit de la personnalité. L'affaire a trouvé un règlement à l'amiable³⁴.

À l'été 2010, Nanette Workman constate que Maple Leaf utilise comme fond sonore pour un message publicitaire télévisuel des saucisses TOP DOGS le refrain de la chanson *Aimer d'amour*, de feu Georges Thurston, qu'elle interprète. Si l'agence de publicité avait dûment acquis des licences des auteurs, du compositeur et du producteur de l'enregistrement, elle avait omis d'obtenir le consentement de l'interprète, dont le timbre de voix particulier est aisément reconnaissable par tout le public québécois. Cette dernière dépose donc, en octobre 2010, une poursuite en dommages à hauteur de 650 000 \$, se plaignant de l'association de sa voix, composante de son image, avec des saucisses³⁵. L'affaire se réglera ensuite à l'amiable.

3. L'utilisation de la ressemblance

La « ressemblance » (ou « confusion d'apparence » en France) n'est pas uniquement la reproduction de l'image d'une personne autrement que par un cliché photographique ou un enregistrement vidéographique, par exemple sous forme de dessin, de sculpture, de figurine ou de personnage d'une animation numérique. En effet, la protection du droit à l'image, en l'absence de toute mention de la « ressemblance » dans le texte législatif, n'inclurait-il pas déjà ces modes de reproduction de l'image ?

32. L'extrait dure environ 5 secondes, en ligne : <<http://www.youtube.com/watch?v=pnWm0q0auLk>>.

33. En français une jeune auditrice dit « La première fois... » et l'animatrice répond « OK. C'est surprenant la première fois et après c'est moins drôle ».

34. En 2010, le groupe White Stripes allait se plaindre à son tour d'une violation de ses droits d'auteur à l'occasion d'une présentation musicale d'une composition plagée de sa chanson *Fell in Love with a Girl* par la réserve militaire américaine durant le Super Bowl.

35. *Workman c Les aliments Maple Leaf Inc*, CS Mtl 500-17-060117-101, action déposée le 5 août 2010 et réglée à l'amiable en janvier 2011.

La prohibition de l'utilisation de la « ressemblance » est plus large et elle permet de prohiber les sosies, les faux-semblants, et les autres « évocations » des attributs de la personnalité d'une personne physique. Cela peut même inclure des caractéristiques sociales choisies par la personne pour s'identifier aux yeux du public et qui ne sont pas des attributs purement physiques ou des traits innés.

La prohibition d'utiliser la « ressemblance » (« likeness ») d'une personne en droit québécois émane, à notre avis, directement du droit des États-Unis (comme permet notamment de le penser l'utilisation même du terme « ressemblance », traduction de « likeness », plutôt que l'expression « confusion d'apparence » employée par les juridictions françaises).

3.1 L'usurpation de la ressemblance (« likeness ») en droit américain

Le droit américain reconnaît depuis plusieurs décennies que constitue une faute civile l'appropriation d'un élément de la personnalité, sans qu'il y ait nécessairement reproduction exacte de l'image, dans la mesure où de tels éléments suffisent à identifier cette personne aux yeux du public (c'est ce qu'on désigne comme « likeness »).

Les premières causes et les plus connues ont impliqué, dès le milieu des années 80, l'acteur Woody Allen qui a poursuivi des entreprises qui utilisaient un sosie³⁶ dans des messages publicitaires pour une chaîne de location de vidéos³⁷, puis un magasin de vêtements pour hommes³⁸. Par la suite, il a dû poursuivre encore à plusieurs reprises pour appropriation de son image, directement ou avec des sosies.

Il peut s'agir aussi de la ressemblance non seulement avec un individu mais avec un ensemble de personnes, par exemple un groupe de musiciens³⁹, comme les Beatles⁴⁰ et les Rolling Stones⁴¹.

36. L'acteur Phil Boroff.

37. *Allen v National Video Inc* 610 F Supp. 612 (SD NY 1985).

38. *Allen v Men's World Outlet Inc*, 679 F Supp. 360 (SD NY 1988) – action accueillie même en présence d'une mise en garde qu'il ne s'agissait pas du véritable Woody Allen.

39. *Tin Pan Apple Inc v Miller Brewing Inc*, 737 F Supp 826 (SD NY) ; *Butler v Target Corp*, 323 F Supp2d 1052 (CA 2004) ; *No Doubt v Activision*, 199 Cal App 4th 1018 (2011).

40. *Apple Corp v A.D.P.R. Inc*, 843 F Supp2d 342 (TN 1993).

41. *Brockum c Blaylock*, 729 F Supp 438 (PA 1990).

Remarquons que plusieurs litiges portés récemment devant les tribunaux américains allèguent l'utilisation de la ressemblance de personnes pour la création de personnages numériques de jeux vidéographiques⁴².

Encore tout récemment, en juillet 2014, l'actrice américaine Lindsay Lohan a déposé une poursuite, dans l'État de New York, contre la société conceptrice du jeu *Grand Theft Auto V*, dont les ventes ont atteint 800 millions de dollars la première journée. Elle y allègue que le personnage de *Lacey Jonas* reproduirait son image, sa voix, et son style vestimentaire, ainsi qu'un endroit où elle avait demeuré⁴³.

Il importe de noter que le droit américain a étendu cette protection de l'image des personnalités publiques, au-delà des attributs physiques, à des éléments culturels choisis par la personne pour s'identifier.

Dans l'arrêt *Zacchini v Scripps-Howard Broadcasting Co*⁴⁴, la Cour suprême des États-Unis a d'abord reconnu, en 1977, que l'artiste de cirque Zacchini possédait un droit de la personnalité à l'égard d'une performance unique d'homme-canon qu'une entreprise de télévision ne pouvait pas reproduire sans sa permission. Par la suite, un tribunal américain reconnut que l'expression « Here's Johnny » était suffisamment liée à la personnalité de l'animateur Johnny Carson pour interdire à une entreprise de nommer ainsi des toilettes portatives⁴⁵. De même, pour le véhicule aux couleurs d'un coureur automobile⁴⁶.

La présentatrice de l'émission *Wheel of Fortune*, Dana White, a pu ainsi interdire l'utilisation d'un robot, qui reprenait sa position et

42. Voir, par exemple, en 2009, *No Doubt v Activision*, CV09-8872 (C.D. Cal 2009) (ressemblance du groupe musical avec des avatars utilisés dans le jeu *Band Hero*) et *Keller v Electronic Art*, 09-01967, U.S. District Court, Northern District of California (Oakland) (quart-arrière de l'équipe de football de l'université d'Arizona dans un jeu électronique simulant des matchs de football).

43. « Lindsay Lohan poursuit les concepteurs de Grand Theft Auto », *La Presse* (2 juillet 2014), en ligne : <<http://www.lapresse.ca/arts/vie-de-stars/201407/02/01-4780507-lindsay-lohan-poursuit-les-concepteurs-de-grand-theft-auto.php>>.

44. 433 US 562 (1977). Cela demeure encore, 37 ans plus tard, le seul arrêt du plus haut tribunal américain en matière de *Right of Publicity*.

45. *Carson v Here's Johnny Portable Toilets Inc*, 698 F2d 831 (6^e Cir 1983).

46. *Motschenbacher v R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F2d 821 (9^e Cir 1974).

ses manières, dans un message publicitaire de Samsung, pour un lecteur magnétoscopique, qui simulait le plateau de l'émission⁴⁷.

À la suite de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *White*⁴⁸, il existe même actuellement un débat devant les juridictions américaines pour savoir si on pourrait même, par ce moyen, attribuer un droit à un comédien sur l'interprétation qu'il a pu faire d'un personnage fictif⁴⁹. Gilbert Sicotte aurait-il pu prétendre à un droit sur la physionomie de Jean-Paul Beliveau⁵⁰ ? Claude Meunier sur celle de « Pôpa »⁵¹ ? Je le crois puisque, en utilisant le personnage qu'ils ont incarné, on exploite leur « ressemblance » en contravention avec 36(5^o) *C.c.Q.*

Enfin, les services juridiques de la Maison Blanche seraient préoccupés par l'utilisation de plus en plus fréquente de l'image du président des États-Unis, ou de sa ressemblance, à des fins publicitaires.

3.2 La « confusion d'apparence » en France

En France, la jurisprudence a reconnu, depuis les années 80 aussi, que la protection du droit à la vie privée prohibe aussi l'utilisation de « l'apparence » d'une personne.

En 1984, le fabricant de chocolat Suchard avait conçu et diffusé un message publicitaire utilisant un personnage possédant l'apparence du comédien Gérard Depardieu. On avait utilisé les services d'un interprète britannique qui, en modifiant à dessein sa physionomie et la couleur de ses cheveux, devenait un sosie du désormais citoyen russe⁵². Le Tribunal de grande instance a adressé reproche

47. *White v Samsung Electronics America Inc*, 17 F2d 1395 (9^e Cir 1992).

48. *Samsung Electronics America Inc v White*, 508 US 951 (1993).

49. Voir en faveur *Wendt v Host International Inc*, 125 F3d 806 à la p 810 (9^e Cir 1997) *Contra Naked Cowboy v C.B.S.*, F Suppl2d (SD NY 2012)

50. Pour se joindre à l'action de l'auteur contre l'utilisation du personnage à des fins publicitaires par des concessionnaires automobiles à l'aide d'un imitateur, Jean-Philippe Gagnon, recréant le personnage incarné par ce comédien. Voir *Productions OP inc c Groupe Morrow inc* (1988) 26 CPR (3d) 223 (QC CS).

51. Pour participer à l'action du producteur contre un producteur de films pornographiques qui utilisait les personnages de « Pôpa et Môman » dans une fiction intitulée « La p'tite vite ». Voir *Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc c Favreau*, (1999) 1 CPR (4th) 129 (CA QC) [infirmant (1997) 79 CPR (3d) 385 (QC CS) ; permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée [2000] SCCA 479 (CSC)].

52. TGI de Paris, 1984-10-17, *Gérard Depardieu c Suchard-Tobler*, Dalloz 1985, IR, 324. Voir aussi *Johnny Halliday c Éminence*, TGI de Paris, 3^{ème} Chambre civile, 24 février 1976. Emmanuel Pierrat, *Reproduction interdite ?* (Paris, Laurent Dumesnil, Paris, 2002).

au commanditaire et son agence d'avoir utilisé « une image se confondant avec [celle de l'artiste] et bénéficiant de sa notoriété, à des fins commerciales qu'il n'avait pas autorisées ». On avait ainsi faussement laissé croire au public que l'artiste s'était associé à une marque de chocolat et qu'il avait pu recevoir une rémunération à cette fin.

En 2007, le présentateur de télévision français Jean-Marc Delarue aurait eu des démêlées avec le personnel de bord dans un avion en direction de Johannesburg. Le journal *Choc* a alors l'idée de fabriquer un faux enregistrement vidéographique de l'événement, d'une durée d'une minute et 48 secondes, qu'on prétend filmé à l'aide d'un téléphone cellulaire, en employant un sosie et en lui prêtant la voix de l'animateur. Ce clip est diffusé sur Internet, à des fins publicitaires, où il devient viral. L'animateur saisit la Cour et il obtient une ordonnance de référé⁵³ pour y mettre un terme. Le Tribunal reconnaît qu'il « est en droit de se plaindre de l'emprunt, auquel il n'a pas consenti, de son image, de son nom et de sa voix donnés à un sosie à la ressemblance frappante, censé le représenter dans une saynète fictionnelle détournée de l'actualité d'un fait divers ».⁵⁴

Les tribunaux en France paraissent avoir établi une distinction entre les attributs de la personnalité et les traits de caractère. Il importe de démontrer une reproduction des caractéristiques de sa physionomie personnelle, et non pas seulement des éléments de sa biographie ou de son comportement. On a ainsi débouté de son recours un participant au jeu *Loft Story* qui se plaignait de l'utilisation dans un message publicitaire d'un personnage placé dans une situation similaire, portant le même prénom, faisant preuve de la même timidité, et ayant ensuite publié un livre, comme lui, mais sans aucune ressemblance physique notable⁵⁵.

3.3 L'utilisation de la « ressemblance » au Québec

Au Québec, les tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion, à notre connaissance, de rendre jugement dans une affaire impliquant la « ressemblance » ou la confusion d'apparence.

53. Une ordonnance de la nature de notre injonction, sous astreinte et avec une indemnité de 15 000 Euros.

54. TGI de Nanterre, 2007-03-23, *Jean-Luc Delarue c Société de conception de presse et de diffusion*.

55. CA Paris, 2008-03-06, *Thomas Saillofest c DBB Paris*. Voir Jean-Michel Bruguière, « La patrimonialisation de l'image : état des lieux », (2009) 43 *Legicom* 19.

3.3.1 La ressemblance de l'image

En janvier 2000, la double championne olympique Myriam Bédard dépose une poursuite en dommages de 725 000 \$ contre les fabricants de gomme à mâcher WRIGLEY et son agence de publicité BBDO. Elle leur reproche d'avoir utilisé sans permission, pour une campagne publicitaire de trois mois sur les autobus de plusieurs villes du Québec, une photographie d'elle, prise durant la compétition de triathlon aux jeux de Nagano de 1998, retouchée par ordinateur. L'agence de publicité BBDO a présenté ses excuses et l'affaire s'est réglée, de manière amiable, avant le procès.

Pour son 35^{ème} anniversaire, Loto-Québec a commandé un message publicitaire qui évoque les années soixante, la période de sa création⁵⁶. On y voit, d'abord seulement en silhouettes, les membres d'un groupe rock, qui interprètent la chanson popularisée en 1964 par Tony Roman, *Do Wah Diddy Diddy*⁵⁷, en se dandinant de la même manière qu'il le faisait. Or, Tony Roman est vivement opposé au jeu et à en faire la promotion, car certaines de ses tantes étaient des joueuses compulsives. Il n'aurait jamais donné une telle autorisation si on avait sollicité la permission d'utiliser sa propre prestation, plutôt que de simplement l'évoquer avec des imitateurs. Le chanteur va donc déposer une poursuite judiciaire contre Loto-Québec, lui réclamant des dommages à hauteur de 2 millions de dollars, au motif que la société d'État a utilisé sciemment sa « ressemblance » à d'autres fins que l'information légitime du public. Un cancer va malheureusement l'emporter peu avant le procès et l'affaire s'est réglée à l'amiable avec sa succession.

3.3.2 La ressemblance de la voix

L'élément clé demeure toujours la capacité d'identifier une personne par un des attributs de sa personnalité. On ne pourrait donc pas, non plus, utiliser la ressemblance de sa voix pour tirer profit de la notoriété d'un chanteur par exemple.

Ainsi, aux États-Unis, dans deux cas bien connus – un concernant le chanteur Tom Waits (une annonce publicitaire pour les Doritos Salsa Rio)⁵⁸ et l'autre la chanteuse Bette Midler⁵⁹ (un message

56. Loto-Québec a été fondée en 1969.

57. Version française d'une chanson de Manfred Mann.

58. *Waits v Frito-Lay inc*, 978 F2d 1093 (9^e Cir 1992).

59. *Midler v Ford Motor Co*, 849 F2d 460 (9^e Cir 1988).

pour l'automobile Mercury Sable de Ford) – on a jugé que l'utilisation, dans un message publicitaire, d'une voix similaire à la leur constituait une violation de leur *Right of Publicity*. Il convient de préciser que, dans les deux affaires, on avait d'abord sollicité les artistes pour obtenir leurs prestations personnelles, mais qu'ils avaient refusé et qu'on les avait remplacés par des chanteurs aux voix semblables, de sorte que la confusion était intentionnelle.

Au Québec, dès 1984, Claude Meunier et Serge Thériault (connus comme les personnages humoristiques de Ding et Dong) avaient déposé une demande d'injonction⁶⁰ contre l'AMARC. Suite au refus des artistes de participer à une publicité radiophonique pour le parc de *La Ronde*, on avait commandé à une agence la production d'un message publicitaire utilisant certaines de leurs expressions caractéristiques (*Est bonne ! Est bonne ! Est bonne !*) avec un rythme et une intonation similaires. Au plan de l'apparence de droit, la Cour supérieure avait reconnu un « droit, incertain cependant, à la non-utilisation de voix d'hommes trop semblables aux leurs ». À la lumière de l'article 36 *C.c.Q.*, ce droit apparaîtrait aujourd'hui plus assuré.

3.3.3 *L'exception de parodie ou de caricature dans l'utilisation de l'apparence*

L'alinéa 5^o de l'article 36 *C.c.Q.* fait de « l'information légitime du public » la principale dérogation au droit d'une personne sur l'utilisation de son image⁶¹.

Comme la Cour suprême l'a confirmé dans *Aubry c Éditions Vice-Versa*, l'expression artistique en constitue une composante, sur le même pied que le reportage journalistique⁶².

Ces exceptions à la protection s'appliquent aussi pour la « ressemblance ».

60. *Thériault c Association montréalaise d'éducation récréative et culturelle*, [1984] CS 946, 952.

61. Ainsi, on peut publier l'image et des informations relatives à la vie privée d'une personne, d'intérêt public, dès lors qu'elle a choisi la vie publique (notamment comme artiste) ou que, du fait de ses actions, elle fait dorénavant partie du « paysage public ». Voir *Aubry*, *supra* note 1 au para 57 et *Cecere c Corporation Sun Media (Journal de Montréal)*, 2011 QCCS 1799, au para 59.

62. *Aubry*, *supra* note 1 au para 55.

Aux États-Unis, on a admis que l'interdiction d'utiliser la ressemblance d'une personne ne pouvait pas empêcher de la parodier ou de la caricaturer sans but commercial ni propos diffamatoire. Ce serait évidemment une limite inacceptable à la liberté d'expression.

On a aussi reconnu, en France, que la caricature pouvait constituer une utilisation légitime de l'apparence d'une personne⁶³, justifiée par la liberté d'expression⁶⁴. On a exclu, comme pour l'exception de parodie en droit d'auteur, les situations d'exploitation commerciale⁶⁵.

Il en va certainement de même au Québec. L'information légitime du public implique aussi de pouvoir le faire rire des travers des personnalités publiques. Comme l'a indiqué la Cour supérieure dans l'affaire *Perron c Éditions des intouchables* : « Comme personnage public, le requérant peut faire l'objet de plaisanterie, de satire, de raillerie, et peut être caricaturé sans son accord. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'associer l'image de Perron à un produit publicitaire ou à des fins de commercialisation, mais de "caricaturer" »⁶⁶.

À cet égard, l'arrêt rendu récemment par la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Trudeau c AD4 Distribution Canada inc*⁶⁷, étonne et paraît sujet à critique. Une policière, connue et identifiée par son *Matricule 728* en raison d'événements d'actualité, tente de s'opposer à la diffusion d'un film pornographique intitulé *Agente 728 XXX*. La Cour d'appel admet que l'utilisation du matricule constitue un lien d'identification suffisant, malgré l'absence d'utilisation du nom et l'emploi d'une comédienne qui ne ressemble pas physiquement à la policière, mais elle estime néanmoins qu'on n'aurait pas fait la preuve que le film pornographique porterait atteinte à sa dignité et à sa vie privée. Après avoir rappelé que la liberté d'expression autorise la parodie et la caricature des personnages publics, elle

63. Basile Ader, *La caricature exception du droit à l'image* (Paris, Légicom/Victoires, 1995).

64. Montage photographique de la tête d'un artiste sur un corps de femme à des fins satiriques. TGI Paris, 14 avril 1999, Jurisdata n° 040882. Caricatures de personnalités politiques dans une émission de télévision satirique : TGI Paris, 16 janvier 1991, n° 048372.

65. Vente d'épinglettes représentant une caricature : Cass Civ 1, 1998-01-13, Legifrance n° 95-13694. Vente de jeux de cartes à l'image du président Giscard d'Estaing : TGI Nancy, 1976-10-16, Juridata, 760557.

66. *Supra*, note 19 au para 45. Voir aussi *Éthier c Boutique à coiffer Tonic* [1999] RRA 100 (QCCS).

67. 2014 QCCA 1740 [confirmant 2013 QCCS 2678].

indique qu'il n'appartient pas aux tribunaux de distinguer les caricatures de bon ou de mauvais goût et qu'on ne pourrait pas soutenir que toute œuvre pornographique qui réfère à un personnage public porterait nécessairement atteinte à la dignité de la personne. Avec respect, l'argument ne paraît guère convaincant.

La Cour d'appel s'éloigne ainsi des décisions des tribunaux français et américains qui ont considéré que les exploitations commerciales, et en particulier la pornographie, ne pouvaient soulever une exception de parodie pour s'approprier les traits identitaires d'une personne, fût-elle un personnage public. Elle rompt aussi, à mon avis, avec sa propre jurisprudence antérieure puisqu'elle avait décidé, dans l'affaire *Avanti c Favreau*⁶⁸, qu'on ne pouvait invoquer une défense de parodie pour la pornographie en cas d'utilisation de personnages fictifs protégés par le droit d'auteur. Il serait absurde qu'on reconnaisse plus de protection à des créatures de l'esprit qu'à des personnes vivantes ! Affaire à suivre si on la portait devant la Cour suprême.

3.4 La ressemblance et l'« histoire de vie » – un terrain litigieux en développement

Qu'en est-il des éléments biographiques d'une personne ? De ce qu'on appelle, dans l'industrie cinématographique, son « histoire de vie » ?

Un individu possède-t-il pour la protection de sa vie privée un droit de permettre, ou d'interdire, des adaptations littéraires ou audiovisuelles tirées ou inspirées de sa propre expérience ? Qu'en serait-il des œuvres qui utiliseraient l'image d'une personnalité publique dans le cadre d'un récit fictif ? Ou qui emploieraient la ressemblance d'une personne, autrement inconnue, pour faire le récit d'événements qui lui sont arrivés ?

Plusieurs litiges récents, tant aux États-Unis qu'en France, soulèvent actuellement de semblables questions.

Ainsi, en mars 2014, Andrew Green a déposé une poursuite, à New-York, contre les producteurs du film *Le loup de Wall Street*, à

68. *Supra* note 51. Les personnages de « Pôpa » et « Môman » de la *Ptite vie* de Claude Meunier.

hauteur de plus de 25 millions de dollars, pour l'utilisation de sa personnalité pour la création du personnage principal de Rugrat⁶⁹.

L'actrice *Scarlett Johansson*, de son côté, a poursuivi en 2013, à Paris, le romancier Grégoire Delacourt qui a utilisé son nom et des éléments de sa biographie, alors que le personnage principal de son roman *La première chose qu'on regarde* devient amoureux d'une fille qui ressemble et se prend pour Johansson. Le 2 juillet 2014, la Cour a rejeté ses prétentions à l'égard d'une utilisation illicite de son nom et de sa ressemblance, mais elle l'a accueilli pour l'atteinte à sa vie privée qui résultait de la mention de relations amoureuses que l'actrice n'avait pas elle-même révélées⁷⁰.

À l'évidence, voilà de la matière en préparation pour un prochain colloque !

69. « Lawyer Sues Producers of The Wolf of Wall Street for \$25 Million », *The Dotted Line Reporter* (2 mars 2014) en ligne : <<http://dlreporter.com/2014/03/02/the-wolf-of-wall-street-gets-sued-privacy-publicity-defamation-andrew-greene/>>.

70. TGI Paris, *Johansson c. JC Lattès*, 2 juillet 2014. Voir « Grégoire Delacourt perd en cour contre Scarlett Johansson », *La Presse* (10 juillet 2014) en ligne : <<http://www.lapresse.ca/cinema/nouvelles/celebrities/201407/10/01-4782807-gregoire-delacourt-perd-en-cour-contre-scarlett-johansson.php>>.