

De l'holographie en divertissement : quelle protection pour l'artiste-interprète ?

Vivianne de Kinder*

RÉSUMÉ	1445
INTRODUCTION	1447
1. LA RÉPLIQUE OU <i>DOPPELGÄNGER</i> HOLOGRAPHIQUE DE L'ARTISTE-INTERPRÈTE	1449
2. DU DOUBLE VIRTUEL DE L'ARTISTE-INTERPRÈTE ET DE LA PRESTATION DU <i>DOPPELGÄNGER</i> AINSI CRÉÉ : OBJETS DU DROIT D'AUTEUR ?	1451
3. DROITS EN PRÉSENCE	1454
3.1 Du droit à l'image et de ses autres facettes	1454
3.2 Du droit d'auteur	1457
CONCLUSION	1464

© Vivianne de Kinder, 2021.

* Avocate à Montréal.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

RÉSUMÉ

L'artiste-interprète (incluant le musicien ou l'artiste-exécutant) bénéficie certes au Canada d'un droit d'auteur et d'un droit moral à l'égard de ses prestations, que celles-ci soient exécutées sur scène ou fixées à des enregistrements sonores. L'on pourrait aussi mentionner les fixations audiovisuelles de ses prestations faites sans son consentement.

L'artiste pourrait-il en vertu de ces protections empêcher l'exploitation sur scène, à l'écran ou dans une publicité, de prestations exécutées par une réplique ou un double virtuel de sa personne ?

Par ailleurs, le droit à « l'hologramme » ou au « *doppelgänger* numérique » serait-il inclusif des droits de la personnalité, dont le « droit à l'image » ? Et dans l'affirmative, ce droit prévaudrait-il à l'égard de l'image d'artistes décédés ?

Ce sont les questions que j'examinerai dans ce texte au regard du régime canadien en matière de droit d'auteur et de la protection des droits de la personnalité en vertu du droit civil au Québec.

INTRODUCTION

Depuis plusieurs années, nous assistons à une pluralité d'applications ou d'intégrations holographiques dans maints domaines d'activités, à des fins ou vocations diverses, dont les suivantes : hologrammes de sécurité¹, médecine (casque holographique en chirurgie)², arts visuels³, arts scéniques⁴, musées⁵, industrie du spectacle, concerts, publicité, défilés de mode, services d'agents d'accueil dans les aéroports, services de DJ⁶, résurgence holographique d'un

1. Pour garantir l'authenticité de produits et de documents de toutes sortes (les billets de banque, les passeports, les produits commerciaux, les œuvres d'art, les billets de spectacle, sans que cette énumération soit limitative).
2. Le casque holographique HoloLens 2 de Microsoft pour une meilleure précision de l'acte chirurgical. Voir : Mohamed Jaouad EL KANABI, « 24h Holographic Surgery » : HoloLens 2 ou le casque pour visualiser la santé autrement », *Hespress*, 9 février 2021, en ligne : <<https://fr.hespress.com/189124-24h-holographic-surgery-hololens-2-ou-le-casque-pour-visualiser-la-sante-autrement.html>>.
3. Voir par exemple : Simone FORTI, *Striding Crawling*, 1976, reproduit dans Solveig NELSON, « Phantom Limbs », *ArtForum*, septembre 2018, en ligne : <<https://www.artforum.com/print/201807/solveig-nelson-on-simone-forti-s-holograms-76336>> ; Michael SNOW, *Driven II*, 1985, en ligne : <<https://macm.org/collections/oeuvre/driven-ii/>> ; Patrick BOYD, *Lucy in Tin Hat*, 1989, en ligne : <<https://www.globalmimages-hologramartcollection.com/patrick-boyd>> ; Philippe BOISSONNET, *La conscience des limites : Gaïa*, 1992, en ligne : <<https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/3097340>>.
4. À ce sujet, on peut penser aux créations de la compagnie Lemieux Pilon 4D Art (voir en ligne : <<https://4dart.com/fr/compagnie/>>), dont les suivantes : *La dissolution de Lady Macbeth* – 2019, Musée des beaux-arts de Montréal ; *Temporel* – 2018, avec la collaboration des 7 doigts ; *Icare* – 2014, texte d'Olivier Keimed, Théâtre du Nouveau Monde, Montréal ; *The Man in the Mirror* – 2013, où l'hologramme de Michael Jackson apparaît sur la scène, dansant avec les autres membres de la troupe, Cirque du Soleil à Las Vegas, spectacle permanent *Michael Jackson One; Norman – 2007 Hommage à Norman Maclaren*.
5. Illinois Holocaust Museum & Education Center, où l'on trouve des hologrammes interactifs de survivants qui font état de leur expérience et répondent aux questions du public.
6. Aurélien CHAPUIS, « Idée cadeau : vous pouvez maintenant inviter un DJ en hologramme dans votre salon », *Konbini*, 16 décembre 2020, en ligne : <<https://techno.konbini.com/fr/turfu/idee-cadeau-vous-pouvez-maintenant-inviter-un-dj-en-hologramme-dans-votre-salon/>>.

parent disparu en cadeau d'anniversaire⁷, prestations de politiciens en campagne électorale⁸ et d'animaux de cirque⁹, etc.

L'holographie ne saurait desservir que des fins industrielles, professionnelles, artistiques ou commerciales. Elle aura permis la tenue, en avril 2015, d'une manifestation holographique en Espagne contre la loi surnommée « ley Mordaza » (« loi bâillon »), votée en décembre 2014 par le Parlement espagnol et limitant la liberté d'expression. Organisée par un collectif d'organisations citoyennes réunies au sein de la plateforme *No Somos Delito* (« Nous ne sommes pas un délit »), cette manifestation a permis à une centaine d'hologrammes d'envahir la place de las Cortes, où se trouve l'Assemblée nationale espagnole¹⁰.



Pas facile pour le gouvernement d'arrêter des manifestants bruyants, nombreux, mais seulement composés de lumière.¹¹

7. Pour ses 40 ans, Kim Kardashian a reçu de son mari d'alors, Kanye West, un hologramme de son défunt père, Robert Kardashian, à qui l'on aurait fait dire ce qui suit : « Vous avez épousé l'homme le plus, le plus, le plus, le plus génial du monde entier, Kanye West » (Sophia SMITH GALER, « Kanye West, Kim Kardashian et son père : Faut-il faire des hologrammes des morts ? », *BBC News*, 31 octobre 2020, en ligne : <<https://www.bbc.com/afrique/monde-54762380>>).
8. Campagne présidentielle de 2017 en France du candidat Jean-Luc Mélenchon, et, avant lui, celles en 2014 de Recep Tayyip Erdogan en Turquie et de Narendra Modi en Inde.
9. Cirque Roncalli – Hologramme d'animaux sauvages. Voir en ligne : <https://www.wedemain.fr/partager/au-cirque-roncalli-des-animaux-sauvages-en-hologramme_a4197.html>.
10. Juliette DEBORDE, « Espagne : des hologrammes contre la "loi du bâillon" », *Libération*, 31 mars 2015, en ligne : <https://www.liberation.fr/planete/2015/03/31/espagne-des-hologrammes-contre-la-loi-du-baillon_1232304/> ; Robin PRUDENT, « "Loi bâillon" : les Espagnols forcés d'innover pour manifester », *Le Nouvel Observateur*, 21 novembre 2016, en ligne : <<https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-monde/20150704.RUE9754/loi-baillon-les-espagnols-forces-d-innover-pour-manifester.html>> ; Alexandra SAGARY, *Sur les traces des Indignados*, mémoire en architecture et aménagement de l'espace, Nantes, École nationale supérieure d'architecture de Nantes, 2017, p. 31-32, en ligne : <<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01625278/document>>.
11. Robin PRUDENT, préc., note 10.

En divertissement, on voit depuis 2006 de nombreuses productions pour la scène et l'écran, où se produisent en hologrammes des grands noms ou vedettes de la scène musicale ou du cinéma, dont la plupart en prestation *post mortem*¹².

Ces représentations ou prestations holographiques soulèvent des questions en droit d'auteur et en « droit à l'image » pour peu qu'elles procèdent d'emprunts à des composantes protégées par tels droits.

Je propose dans ce texte d'examiner les droits sur la nature et la portée de ces protections à l'égard de l'utilisation de tels sosies ou répliques numériques d'artistes-interprètes.

1. LA RÉPLIQUE OU *DOPPELGÄNGER* HOLOGRAPHIQUE DE L'ARTISTE-INTERPRÈTE

La technologie permet désormais de substituer à une personne physique son sosie ou jumeau virtuel.

Par ce moyen, on peut vouloir de son vivant immortaliser son existence à défaut de présence par la création d'une archive holographique de soi ou de son talent.

L'hologramme du pianiste et chef d'orchestre Philippe Entremont, créé de son vivant en 2019, est un exemple :

Contrairement à l'hologramme posthume, reconstitué à l'aide d'images d'archives voire, pour la Callas, des mouvements d'une comédienne, l'artiste prend lui-même l'initiative, maîtrise le processus de création et décide de ce qu'il souhaite enregistrer en tant que double augmenté [...].¹³

12. En voici quelques exemples connus : Gorillaz et Madonna, *Feel Good Inc. & Hung Up*, Grammy Awards 2006, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=CGoSIY2sT04>> ; Celine Dion et Elvis Presley, *If I can dream*, American Idol 2007, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=c7OF13TJSUk>> ; Michael Jackson, *Slave To The Rhythm*, Billboard Awards 2014 ; Hologram USA, Festival Coachella, 2012, prestation holographique du feu rapper Tupac Shakur cinq ans après son décès ; Base Hologram, *An Evening with Whitney – 2020* ; *Callas in Concert Hologram Tour – 2019* ; *Roy Orbison – 2018*.

13. Virginie NUSSBAUM, « L'hologramme comme archive musicale », *Le Temps*, 5 avril 2021, en ligne : <<https://www.letemps.ch/culture/lhologramme-archivemusicale>>.

Les artistes-interprètes peuvent, en certains cas, préférer se manifester sous leur double virtuel dont l’image appartiendrait à une époque moins récente, c’est le cas du groupe ABBA¹⁴, dont les membres se produisent ou se produiront sur scène en hologrammes sous l’apparence qu’ils avaient en 1979.

L’holographie redonnerait vie aux artistes décédés, et, ce faisant, permettrait de leur conférer une existence ou une carrière *post mortem*, « faisant revivre leur passé dans le futur »¹⁵, voire de les faire participer à de nouvelles productions ou à un événement fictif sans lien avec leur vécu ou leur époque.

Le nom, l’image, la ressemblance et la voix d’un individu sont des attributs de la personnalité que protègent, en droit québécois, le *Code civil du Québec*¹⁶ et la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁷ (ci-après « Charte »).

L’artiste-interprète détient en outre, en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur*¹⁸ (ci-après « LDA »), un droit d’auteur sur sa prestation et un droit moral à l’égard de celle-ci.

De son vivant, il pourrait, en vertu des protections mentionnées ci-dessus, limiter ou contrôler, par voie d’ententes écrites à cet effet, l’utilisation de ses attributs et de ses prestations à des fins particulières, pendant son existence et, selon la durée de ces protections, au-delà de son trépas¹⁹.

-
14. Michael HANN, « Abba announce new “virtual and live experience” for 2018 », *The Guardian*, 26 octobre 2016, en ligne : <https://www.theguardian.com/music/2016/oct/26/abba-announce-virtual-live-experience-2018-simon-fuller?CMP=tw_t_a-music_b-gdnmusic> : Selon Benny Andersson, membre du groupe ABBA : « We’re inspired by the limitless possibilities of what the future holds and are loving being a part of creating something new and dramatic here. A time machine that captures the essence of who we were. And are » ; Ninian CARTER, « ABBA’s virtual reunion show », *Graphic News*, 1^{er} janvier 2019, en ligne : <<https://www.graphicnews.com/en/pages/38425/entertainment-abbas-mysterious-abbatars-revealed-1>> : « Holographic virtual avatars representing Swedish pop legends ABBA – dubbed “Abbtars” – are to be revealed in a global TV special in 2019, to be followed by a world tour. »
15. *Supra*, note 12. Voir aussi : *Rogue One: A Star Wars Story (2016)* : prestations holographiques de Carrie Fisher (Princess Leia) et de Sir Peter Cushing (Grand Moff Tarkin).
16. RLRQ, c. C-1991, art. 10-49.
17. RLRQ, c. C-12, art. 1, 2, 4-5, 39.
18. L.R.C. (1985), ch. C-42.
19. Hannah ELLIS-PETERSON, « Robin Williams went above and beyond to stop his image being used », *The Guardian*, 31 mars 2015, en ligne : <<https://www.theguardian.com/film/2015/mar/31/robin-williams-restricted-use-image-despite>>

Mais qu'en est-il de ces protections à l'égard d'artistes décédés avant l'avènement du numérique ou depuis, en l'absence de telles ententes ?

Le droit à « l'hologramme » ou au « doppelgänger numérique » serait-il inclusif des droits de la personnalité, lesquels en principe prendraient fin au décès du sujet ainsi représenté ?

Et que dire des prestations du double virtuel : feraient-elles l'objet des droits prévus à la LDA ? Dans l'affirmative, à qui ces droits seraient-ils accordés : à l'auteur ou concepteur de cette représentation virtuelle de l'artiste décédé ?

À ces questions, je tenterai de répondre par un exposé arrêté comme suit :

1. Du clone ou substitut holographique : objet ou non du droit d'auteur ?
2. Des droits en présence pour la protection de l'image et des prestations de l'artiste-interprète.

2. DU DOUBLE VIRTUEL DE L'ARTISTE-INTERPRÈTE ET DE LA PRESTATION DU *DOPPELGÄNGER* AINSI CRÉÉ : OBJETS DU DROIT D'AUTEUR ?

La représentation ou prestation holographique sur scène ou à l'écran d'un artiste-interprète est le fruit d'une sélection et d'une configuration numériques de données appartenant à des sources diverses. En guise d'illustration, je citerais les éléments suivants :

- (a) Pour la reconstitution du clone ou double virtuel de l'artiste :
 - Utilisation de données relatives aux traits et attributs de sa personnalité, tels l'image, l'allure ou gestuelle, la voix (timbre, accent et intonation) et les expressions et micromouvements faciaux.

existing-us-laws>. Décédé en 2014, Robin William avait de son vivant pris les mesures nécessaires pour interdire toute utilisation posthume de son image dans des films et publicités pour une durée de 25 ans après sa mort. Cette interdiction perdura jusqu'en 2039.

(b) Pour la prestation holographique proprement dite :

- Sélection et utilisation de matériel protégé et tiré du répertoire des prestations de l'artiste (chansons, chorégraphie, monologue et autre texte, costumes, maquillages, mise en scène, décors, archives sonores et audiovisuelles des prestations de l'artiste sans que cette énumération soit limitative) ou sélection et utilisation d'œuvres nouvelles ;
- Exécution ou interprétation, par l'artiste lui-même s'il est vivant ou par une doublure (*ghost artist*), d'une œuvre protégée ou non ou encore, en ce qui concerne l'aspect vocal de la prestation, reconstitution artificielle de l'identité vocale de l'artiste ;
- Captation numérique de cette interprétation ou exécution ;
- Composantes logicielles utilisées aux fins de la création d'une partie des éléments mentionnés ci-dessus et de l'orchestration ou agencement de l'ensemble de ceux-ci.

Le clone ou double virtuel et sa prestation holographique constitueraient deux productions ou œuvres distinctes.

En matière d'œuvre protégée, la LDA fait état de quatre catégories identifiées comme suit :

Œuvres artistiques	Peintures, dessins, sculptures, œuvres architecturales, gravures ou photographies, œuvres artistiques dues à des artisans ainsi que graphiques, cartes, plans et compilations d'œuvres artistiques.
Œuvres dramatiques	Pièces pouvant être récitées, œuvres chorégraphiques ou pantomimes dont l'arrangement scénique ou la mise en scène sont fixés par écrit ou autrement, œuvres cinématographiques et compilations d'œuvres dramatiques.

Œuvres littéraires	Tableaux, programmes d'ordinateur et compilations d'œuvres littéraires.
Œuvres musicales	Toute œuvre ou toute composition musicale – avec ou sans paroles – et toute compilation de celles-ci.

À cette liste s'ajoute la « compilation » de données non protégées, mentionnée à l'article 2 LDA²⁰.

En soi, le clone virtuel constituerait certainement une œuvre artistique, étant une forme de représentation ou de reproduction picturale de l'artiste. Et j'assimilerais sa simulation ou prestation holographique à une œuvre audiovisuelle de nature dramatique.

Chacune de ces productions serait admissible à la protection du droit d'auteur si elle résulte, de par son expression, de l'exercice non négligeable du talent et du jugement de son auteur²¹, qui doit être, selon l'article 5 LDA, une personne physique.

La propriété du droit d'auteur sur l'expression ainsi créée échoit en principe à l'auteur de celle-ci. Ce droit confère à son titulaire les droits exclusifs sur l'exploitation du clone et sur celle de la prestation holographique de celui-ci, à des fins commerciales ou non, sous toutes formes et en tous médias, et dans des productions de tous genres²².

20. Définition statutaire de « compilation ».

21. Critère jurisprudentiel depuis la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 16 et 25.

22. *Ibid.* Le droit d'auteur sur une œuvre réfère à une série d'actes distincts mentionnés dans la LDA, que le titulaire de ce droit peut exécuter, autoriser ou interdire, dont les suivants :

- Production et reproduction d'une œuvre ou d'une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque – art. 3(1) ;
- Exécution ou représentation en public – art. 3(1) ;
- Publication – art. 2.2 et 3(1) ;
- Traduction – art. 3(1)a) ;
- Adaptation – art. 3(1)b), c) et e). Par exemple, l'adaptation d'un roman au grand écran, l'adaptation d'un scénario de film sous forme de roman, la production d'une suite à un film, l'adaptation d'un conte sous forme de comédie musicale ou de ballet ;
- Reproduction mécanique d'une œuvre dramatique, littéraire ou musicale – art. 3(1)d) ;
- Communication au public par télécommunication, incluant le droit de « mise à disposition du public » – art. 3(1)f).

Il ne saurait toutefois occulter les droits de l'artiste-interprète à la commercialisation de son image, de son nom, de sa voix et de ses prestations.

L'utilisation non autorisée de l'une de ses composantes constituerait une atteinte à ces droits à moins qu'elle n'échappe à la protection de ceux-ci en raison des fins qu'elle dessert au regard des exceptions prévues à la LDA ou au C.c.Q. et à la Charte.

3. DROITS EN PRÉSENCE

3.1 Du droit à l'image et de ses autres facettes

La prestation ou représentation holographique d'un artiste puise dans sa personnalité les traits, dont la voix, l'image et la ressemblance.

Ces traits sont des attributs que protègent le droit au respect de la vie privée et celui à la sauvegarde de l'honneur et de la réputation²³.

Rattaché à l'un ou l'autre de ces droits de la personnalité, le droit à l'image n'aurait pas en droit québécois d'existence autonome²⁴.

La protection de l'image comme droit de la personnalité autonome n'est pas établie aussi clairement, ni par le code ni par la *Charte des droits et libertés de la personne*. Toutefois, l'article 3 du code établit une liste non exhaustive des droits de la personnalité qui permet l'inclusion du droit à l'image comme droit autonome, dans la mesure où ce droit peut se qualifier de droit de la personnalité.²⁵

23. Art. 4 et 5 de la Charte et art. 3, 35 et 36 C.c.Q. Rattaché au droit au respect de la vie privée, le droit à l'image prévaudrait à l'égard de situations ou faits relevant de la sphère privée. L'article 36 C.c.Q. fait état de façon non exhaustive de quelques situations susceptibles de porter atteinte à la vie privée, dont l'utilisation du nom, de l'image, de la ressemblance ou de la voix de la personne à toute autre fin que l'information légitime du public et l'utilisation de la correspondance, des manuscrits ou de ses autres documents personnels. Et serait une atteinte à l'honneur ou à la réputation d'autrui la diffusion ou la publication non autorisée d'une image représentant le sujet dans une situation ou position dégradante ou l'exposant au mépris, au ridicule ou au sarcasme. Il en serait ainsi également de l'attribution ou de l'imputation fausse ou mensongère à autrui, par voie de reportage ou autrement, d'actes ou de propos répréhensibles ou haineux, voire criminels.

24. Pierre TRUDEL, « Le droit de la personne sur son image », (2020) 25 *Lex Electronica* 353, 358.

25. Hélène GUAY, « Les droits de la personnalité », dans Collection de droit 2019-2020, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes et successions*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 78-79.

Comme tout autre droit de la personnalité, le droit à l'image prend fin au décès de la personne et est, en raison de sa nature extra-patrimoniaire, intransmissible, incessible et insaisissable.

Le droit à l'image n'est donc pas un droit économique dont on pourrait disposer ou qu'on pourrait aliéner par vente, par transfert ou par testament.

Il confère certes à la personne le droit exclusif de s'opposer à l'exploitation ou à l'utilisation non autorisée de son image à d'autres fins que l'information légitime du public.

L'artiste peut ainsi contrôler de son vivant l'exploitation de son image à des fins professionnelles et commerciales, dont la promotion ou publicité d'un produit, d'un service, d'une cause ou d'une institution ou encore des productions du secteur du divertissement, tels des jeux vidéo, des livres audios ou des apparitions holographiques pour la scène ou l'écran.

Toute autorisation consentie à l'une de ces fins doit, semble-t-il, procéder d'une renonciation partielle par l'artiste à l'exercice de son droit à l'image. Une telle autorisation ne confère toutefois à son bénéficiaire aucun transfert de titre ou d'intérêt dans la propriété de ce droit :

Par exemple, un artiste pourra consentir à ce que son image soit utilisée à des fins commerciales, sans que le droit du titulaire ne change de nature ; le droit à son image demeure extrapatrimonial et inhérent à sa personne.

[...]

Le droit reconnaît en effet la validité des conventions relatives à certains aspects de la personnalité par lesquelles une personne renonce à faire valoir la protection de l'un de ses droits de la personnalité, le plus souvent pour un bénéfice pécuniaire. Cette renonciation sera valide dans la mesure où la renonciation ne constitue pas une dénégation complète du droit. Les renonciations les plus courantes sont celles qui portent sur l'image, la voix, le nom et même la vie privée d'une personne. En fait, il ne s'agit pas d'une cession des droits de la personnalité, mais bien d'une renonciation à leur protection.²⁶

26. *Ibid.*, p. 53 et 54.

Que dire de la voix, de l'image et de la ressemblance de l'artiste décédé ? Feraient-elles dès lors partie du domaine public et seraient-elles ainsi libres d'appropriation ?

Le droit à l'image étant expiré et intransmissible, quels seraient les recours pour les héritiers et les proches à l'égard de l'exploitation *post mortem* de ces attributs du défunt ?

Ce droit étant intransmissible, seul échoirait aux héritiers le droit d'action né d'une atteinte survenue avant le décès de l'artiste, selon les articles 625, alinéa 3 et 1610, alinéa 2 C.c.Q.

L'exploitation pourrait, par son propos, ses fins ou son expression, porter atteinte à la mémoire du défunt et causer ainsi un préjudice que pourraient subir les proches dans leurs sentiments intimes²⁷. Ceux-ci pourraient demander par voie judiciaire réparation pour un tel préjudice.

Ce serait le cas par exemple si l'image, les prestations ou la voix de l'artiste étaient exploitées en liaison avec un contenu offensant ou haineux, une cause contraire aux valeurs et aux combats de l'artiste ou encore un contenu qui dénaturerait, diminuerait ou dénigrerait le talent de ce dernier ou le représenterait sous un faux jour.

En ce qui concerne l'image d'une célébrité, le droit à l'image n'aurait-il pas l'aspect d'un droit économique ou patrimonial et, en cela, serait-il cessible ou transmissible ? En effet, un artiste ou sportif connu détient certainement à l'égard de sa voix et de son image un potentiel économique à la mesure de sa notoriété, l'accroissement de celle-ci concourant à celui de la valeur marchande de ces attributs, laquelle valeur survit souvent au décès et parfois augmente en importance.

À l'heure actuelle, on ne trouve dans la jurisprudence québécoise aucune décision qui adopte cette position, sauf celle rendue avant l'adoption du C.c.Q. par le juge Rothman dans l'affaire *Deschamps c. Automobiles Renault Ltée*²⁸.

27. Générosa BRAS MIRANDA, « La protection posthume des droits de la personnalité », (2007) 19 *C.P.I.* 795, en ligne : <<https://www.lescpi.ca/articles/v19/n3/la-protection-posthume-des-droits-de-la-personnalite/>>.

28. *Deschamps c. Automobiles Renault Ltée*, C.S. Montréal, n° 500-05-818140-71, 24 février 1972, j. Melvin L. Rothman. Ce jugement inédit, rapporté dans les *Cahiers de droit*, concerne la reproduction non autorisée sur des affiches publicitaires pour Renault de l'image respective d'Yvon Deschamps et de Dominique

En droit français, d'où nous vient à l'origine le droit à l'image²⁹, la question n'est pas réglée. En effet, on ne trouve que quelques décisions isolées, dont l'affaire *Raimu*³⁰, où il a été décidé que ce droit serait patrimonial et non plus personnel si rattaché à l'exploitation commerciale de son image. Dans l'affaire *Raimu*, on avait utilisé l'image de Jules Raimu sans le consentement de ses héritiers pour une campagne publicitaire d'un salon professionnel à Marseille. À cet effet, on avait reproduit la tête de Jules Raimu disant dans une bulle de bande dessinée : « Ne pas visiter l'exposition, c'est couillon »³¹.

La position majoritaire de la jurisprudence au Québec et en France est à ce jour fort éloignée de cette vision ou interprétation.

3.2 Du droit d'auteur

L'artiste-interprète jouit à l'égard de sa prestation d'un droit d'auteur et de droits moraux respectivement définis à la LDA.

La protection du droit d'auteur varie selon qu'il se rattache à une « prestation non fixée » ou à une « fixation sonore » de la prestation et comprend les droits exclusifs d'exécuter et d'autoriser l'exécution de chacun des actes suivants :

-
- Michel, vedettes du film *Tiens-toi bien après les oreilles à Papa* : voir « Droits de l'homme et libertés fondamentales – Droit de propriété », (1977) 18:4 *Cahiers de Droit* 937, 941 : « [...] the property or asset in the present case, although it may be incorporeal, is no different than any other property or asset. It differs very little, for example, from the cause of a trade mark. The owner of a Trademark has the right of restrain its use by anyone else, even an innocent infringer. »
29. Daniel PAYETTE, « Les autres facettes de l'image : le nom, la voix et la ressemblance », (2015) 27 *C.P.I.* 189-208.
30. TGI Aix-en-Provence, 24 nov. 1988, JCP 1989, 21329. À noter que l'utilisation concernée n'avait revêtu, selon le tribunal, aucun caractère offensant. Jugement confirmé en appel : Cour d'appel d'Aix-en-Provence, deuxième chambre civile, 21 mai 1991, RJDA 8-9/91 n° 756, p. 665 : « [...] le droit à l'image revêt, comme l'a justement énoncé le premier juge, un caractère non seulement moral – strictement personnel à son titulaire, s'éteignant avec lui et protégeable au titre de l'article 9 du Code civil – mais aussi patrimonial puisqu'il est patent que nombre de célébrités du spectacle, du sport, des arts, des affaires, tirant parti de l'évolution des mœurs et des pratiques économiques générées par une civilisation de plus en plus tournée vers l'image se livrent, selon des rémunérations allant croissant avec leur notoriété, à une exploitation commerciale de leur propre image. »
31. Claude HURIET, Sénateur, *Images de synthèse et monde virtuel techniques et enjeux de société*. Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques – Rapport d'information n° 169 – 1997-1998, 4. L'image de synthèse et le droit à l'image. La jurisprudence Raimu, en ligne : <<https://www.senat.fr/rap/o97-169/o97-16963.html>>.

Articles 15(1)a) et 15(1.1) LDA – À l'égard d'une « prestation non fixée » :

- La communication au public de la prestation par télécommunication ;
- Son exécution en public lorsqu'elle est ainsi communiquée autrement que par signal de communication ;
- Sa fixation ou reproduction sur un support quelconque ;
- La reproduction de toute fixation faite sans l'autorisation de l'artiste-interprète.

Articles 15(1)b), 15(1.1) et 15(2) LDA – À l'égard d'une « prestation fixée » avec l'autorisation de l'artiste-interprète :

- La reproduction de la fixation sonore à d'autres fins que celles mentionnées à cette autorisation ou permises en vertu des parties III (« Violation du droit d'auteur et des droits moraux, et cas d'exception ») ou VIII (« Copie pour usage privé ») de la LDA ;
- La location de l'enregistrement sonore ;
- La mise de celui-ci à la disposition du public par télécommunication.

De ce droit d'auteur est toutefois exclue la « fixation audiovisuelle » d'une prestation faite avec le consentement de l'artiste-interprète³².

Selon l'article 23 LDA, la prestation est protégée jusqu'à la fin de la 50^e année suivant celle de son exécution sous réserve de ce qui suit :

- Si, avant l'expiration de cette durée, la prestation a fait l'objet d'un enregistrement sonore, la protection prévaut jusqu'à la fin de la 70^e année suivant l'année civile de cette première fixation de la prestation ;

32. Art. 17(1) LDA : « Dès lors qu'il autorise l'incorporation de sa prestation dans une œuvre cinématographique, l'artiste-interprète ne peut plus exercer, à l'égard de la prestation ainsi incorporée, le droit d'auteur visé au paragraphe 15(1). »

- Si l'enregistrement sonore ainsi produit est publié avant l'expiration du droit d'auteur sur la prestation, la durée de ce droit est prolongée jusqu'au premier des événements suivants : la fin de la 70^e année suivant l'année civile de cette première publication de l'enregistrement ou la fin de la 100^e année suivant l'année civile de cette première fixation de la prestation.

Les droits moraux de l'artiste-interprète sont ceux prévus aux articles 17.1, 17.2 et 28.2 et sont circonscrits aux droits suivants :

- Le droit à l'intégrité de sa prestation lorsque celle-ci est d'une manière préjudiciable à son honneur ou à sa réputation déformée, mutilée ou autrement modifiée, ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution ; et
- Le droit d'en revendiquer la création sous son propre nom ou sous un pseudonyme, ainsi que le droit à l'anonymat.

Ces droits ne prévalent qu'à l'égard de certaines prestations exécutées après le 7 novembre 2012³³, et répondant aux caractéristiques suivantes³⁴ :

- Prestation sonore exécutée en direct (*live aural performance*) ; et
- Prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore.

Une prestation non exclusivement sonore exécutée en direct et celle faisant l'objet d'une fixation visuelle ou audiovisuelle échapperaient ainsi à la protection des droits moraux.

Ces droits sont réputés incessibles, mais susceptibles de renonciation et sont, au décès de l'artiste, dévolus à son légataire ou, à défaut de disposition testamentaire expresse, au légataire du droit d'auteur ou, en l'absence d'un tel légataire, aux héritiers de l'artiste.

Qu'en est-il maintenant de ces droits de l'artiste-interprète à l'égard de la prestation de son clone virtuel ?

33. Art. 17.2(1) LDA.

34. Art. 17.1(1) LDA.

- A) À l'égard du clone lui-même** – La création en soi du clone (et non de sa prestation holographique) ne relèverait, à mon avis, d'aucun des droits d'auteur et droits moraux de l'artiste-interprète.

Le droit d'auteur sur le clone ne saurait toutefois occulter celui du droit à l'image de l'artiste en vertu du C.c.Q et de la Charte. L'autorisation de l'artiste serait en principe requise pour la création de la réplique ou de la transposition virtuelle de son image et de sa voix. Sur cette question, je renvoie le lecteur au paragraphe 3.1 de ce texte.

- B) À l'égard de la prestation ou simulation holographique du clone** – Cette simulation peut avoir pour objet les grands succès de l'artiste ou des œuvres moins connues ou encore des œuvres n'ayant fait l'objet d'aucune prestation antérieure de l'artiste.

Quels seraient les droits de l'artiste-interprète à l'égard des prestations de son clone ?

Le clone pourrait être comparé à un personnage de film d'animation, dont la prestation sonore fait l'objet d'une participation hors champ par un comédien humain.

La réponse à cette question varie, à mon avis, selon la nature et le contenu respectifs des prestations représentées. À cet effet, je propose d'examiner la question à partir des situations suivantes :

- (1) Hologramme créé avec le concours l'artiste-interprète à l'exécution *live* ou en direct de la prestation concernée**

Dans cette situation, l'hologramme serait créé à partir d'une capture de mouvement de l'artiste à une capture de mouvement ou d'un enregistrement sonore de la prestation concernée.

Du fait de cette participation à cette capture ou à cet enregistrement, l'artiste aurait consenti à l'utilisation de ces fixations aux fins de la création de l'hologramme, à la condition bien sûr d'avoir été informé en temps opportun de cette finalité.

Un tel consentement donnerait ouverture à une licence non exclusive pour l'utilisation aux fins précitées des prestations ainsi exécutées. Cette licence serait d'une durée indéterminée, susceptible

d'être révoquée unilatéralement par l'artiste si consentie à titre gratuit ou moyennant un préavis suffisant si concédée à titre onéreux³⁵.

Une licence ou une décharge écrite permettrait de mieux définir la nature exclusive ou non de l'autorisation, sa portée, ainsi que les fins et les conditions d'une telle utilisation.

Intégrées à l'hologramme avec le consentement de l'artiste, ces prestations seraient exclues de l'application de la LDA, en vertu de l'article 17.1 (1), car faisant partie d'une œuvre audiovisuelle.

Toutefois, dans le cas d'une prestation entièrement sonore (hors champ), l'artiste conserverait le droit exclusif de reproduction prévu aux articles 15(1)b)(ii) et (iii) LDA, à l'égard de toute reproduction de telle prestation à d'autres fins que celles autorisées par lui ou permises en vertu des parties III (« Violation du droit d'auteur et des droits moraux, et cas d'exception ») ou VIII (« Copie pour usage privé ») de la LDA.

(2) Hologramme créé avec le concours d'une doublure ou *ghost artist* à l'exécution de la prestation concernée

Il y aurait en l'instance une capture ou captation numérique d'une prestation exécutée par une autre personne que l'artiste, selon une direction précise ou un cahier de charge.

L'artiste ne saurait bénéficier de la protection de la LDA à l'égard d'une prestation qu'il n'a pas exécutée.

La doublure (ou le *ghost artist*) pourrait-elle invoquer un droit d'auteur et des droits moraux à l'égard de sa prestation?

Elle le pourrait si elle a le statut d'« artiste-interprète » (*performer*), terme défini au texte français seulement de la LDA³⁶. Selon cette définition, est « artiste-interprète » *tout artiste-interprète ou exécutant*.

Je conclurais que l'artiste de doublure aurait ce statut en l'absence de précisions concernant les qualifications requises pour l'application de celui-ci. Ainsi, la protection de la LDA prévaudrait à l'égard de sa prestation selon les mêmes conditions ou contraintes ci-avant exposées au paragraphe (1) du présent texte.

35. *Druide Informatique inc. c. Éditions Québec Amérique inc.*, 2020 QCCA 1197, par. 69 et 77.

36. Art. 2 LDA.

(3) Hologramme créé incorporant une reconstitution artificielle de l'identité vocale de l'artiste-interprète

Une telle reconstruction permettrait de créer un avatar vocal de l'artiste.

La personne qui a fourni sa voix pour cette synthèse vocale, pourrait-elle bénéficier de la protection de la LDA à l'égard de cette contribution ? Elle le pourrait à la condition que le service ainsi fourni ait pour objet l'exécution de l'un des actes mentionnés à la définition statutaire de « prestation » soit :

- L'exécution ou la représentation d'une œuvre artistique, dramatique ou musicale ;
- La récitation ou la lecture d'une œuvre littéraire ;
- Une improvisation dramatique, musicale ou littéraire, inspirée ou non d'une œuvre préexistante.

(4) Hologramme incorporant des œuvres créées ou contrôlées par l'artiste-interprète

Le droit d'auteur sur une œuvre³⁷ est d'une portée distincte du droit d'auteur sur une prestation.

La protection du droit d'auteur sur l'œuvre prévaut en principe pendant la vie de l'auteur jusqu'à la fin du 50^e anniversaire de son décès, tel qu'il apparaît de l'article 6 LDA³⁸.

L'insertion ou la reproduction dans l'hologramme d'œuvres protégées par le droit d'auteur constituerait une violation de ce droit à moins qu'elle n'ait été autorisée par le titulaire de celui-ci ou ne s'inscrive dans l'une des exceptions prévues à la LDA, dont celles mentionnées aux articles 29 (étude privée, recherche, éducation, satire, parodie), 29.1 (critique, compte rendu) et 29.2 (communication de nouvelles en matière d'utilisation équitable d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur).

37. *Supra*, note 22.

38. Font exception à ce principe les œuvres suivantes : 1) les œuvres de collaboration – art. 9(1) ; 2) les œuvres anonymes et pseudonymes – art. 6.1 ; 3) œuvres anonymes et pseudonymes de collaboration – art. 6.2 ; 4) les œuvres posthumes – art. 7 ; 5) les œuvres cinématographiques non dramatiques – art. 11.1 ; 6) les œuvres préparées ou publiées par l'entremise ou sous la surveillance de la Couronne – art. 12.

Il en irait ainsi de toute œuvre créée par l'artiste et reproduite ou fixée dans l'hologramme, l'artiste étant réputé, selon l'article 13(1) LDA, premier titulaire du droit d'auteur sur son oeuvre, en sa qualité d'auteur de celle-ci³⁹.

L'artiste-interprète détiendrait également, en sa qualité d'auteur ou de coauteur des œuvres concernées, les droits moraux prévus aux articles 14.1 et 28.2 LDA.

Ces droits incluent, en vertu de l'article 28.2(1), le droit « au respect de l'intégrité de l'œuvre lorsque celle-ci est, d'une manière préjudiciable à son honneur ou à sa réputation, déformée, mutilée ou autrement modifiée, ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution ».

Réputés incessibles mais susceptibles de renonciation, ils sont, au décès de l'auteur, dévolus à son légataire ou, à défaut de disposition testamentaire expresse, au légataire du droit d'auteur, ou, en l'absence d'un tel légataire, aux héritiers de l'auteur.

(5) Hologramme incorporant un enregistrement sonore pré-existant d'une prestation de l'artiste-interprète

L'enregistrement sonore s'inscrit parmi les autres objets du droit d'auteur. Il est défini à l'article 2 de la LDA dans les termes suivants :

Enregistrement sonore. Enregistrement constitué de sons provenant ou non de l'exécution d'une œuvre et fixés sur un support matériel quelconque ; est exclue de la présente définition la bande sonore d'une œuvre cinématographique lorsqu'elle accompagne celle-ci.

Le producteur, c'est-à-dire « la personne qui effectue la première fixation de sons »⁴⁰, est réputé premier titulaire du droit d'auteur sur l'enregistrement.

Ce droit d'auteur comprend une série d'actes distincts énumérés à l'article 18 LDA, dont la première publication de l'enregistre-

39. Art. 13(1) LDA. Fait exception à ce principe l'œuvre créée dans le cadre d'un emploi, le droit d'auteur étant dévolu alors à l'employeur de l'auteur-salarié, selon l'art. 13(3).

40. Art. 2 LDA, « producteur ».

ment, la reproduction de celui-ci et sa mise à la disposition du public par télécommunication.

Il demeure distinct du droit d'auteur sur les œuvres et les prestations fixées à l'enregistrement.

Le consentement du producteur de l'enregistrement est certes requis pour la reproduction de l'enregistrement dans la bande sonore de l'hologramme.

Ce consentement ne saurait toutefois valoir à l'égard de la prestation fixée à l'enregistrement, à moins que l'artiste n'ait cédé au producteur le droit exclusif de reproduire aux fins précitées cette fixation sonore de la prestation.

Il ne saurait lier le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre faisant l'objet de cette prestation, sauf dans le cas où le producteur détiendrait la propriété exclusive de ce droit.

CONCLUSION

Les caractéristiques du droit à l'image, en droit québécois, posent problème à l'égard de l'exploitation *post mortem* de l'image et de la voix d'autrui.

Que ce soit Elvis Presly, Whitney Houston, Maria Callas, Roy Orbison et bientôt peut-être Glenn Gould⁴¹, les artistes décédés qui se produisent en hologrammes sur scène ou à l'écran sont des icônes ou des vedettes de la scène musicale, de l'opéra, du théâtre vivant ou du cinéma.

Leur notoriété est ce qui leur assure une telle carrière *post mortem*, faisant de leur image un atout et un enjeu sur le plan commercial.

Elle constituerait ainsi un actif et un potentiel économique pour les héritiers ou la succession de ces icônes ou de ces vedettes, sauf dans le cas où celles-ci seraient des ressortissantes de la province de Québec. Au regard de l'état actuel du droit québécois, le droit à

41. David FRIEND, « Digital hologram of classical pianist Glenn Gould to tour with live orchestra », *The Canadian Press*, 20 septembre 2018, en ligne : <<https://toronto.ctvnews.ca/digital-hologram-of-classical-pianist-glenn-gould-to-tour-with-live-orchestra-1.4102399>>.

l'image prenant fin au décès, tout rattachement de cet actif et de ce potentiel à celui-ci s'avère impossible.

Pour peu que l'icône soit un ressortissant d'un autre territoire que cette province, l'utilisation de son image et de sa voix pourrait poser problème au regard du régime qui prévaut dans ce territoire pour la protection de ces attributs. Et l'auteur ou le producteur de l'hologramme ne saurait utiliser ceux-ci sans avoir au préalable vérifié la nature et l'étendue de ce droit étranger.

Aussi, en l'absence au Québec d'un droit patrimonial à l'image, l'exploitation *post mortem* de la voix et de l'image serait soumise au contrôle absolu du titulaire du droit d'auteur sur le clone virtuel de la célébrité concernée et sur la prestation de ce clone.

Les héritiers ou la succession ne sauraient se prémunir contre cette exploitation que si l'hologramme incorpore du matériel protégé à l'égard duquel le défunt détenait le droit d'auteur ou encore s'il porte atteinte, en raison de son expression ou son contenu, à la mémoire du défunt.