

**Le contrôle de l'exploitation
commerciale de l'image du sportif
en tant que personnalité publique.
Étude comparée France/Québec**

Christophe Cottet-Bretonnier*

Introduction	621
1. Le fondement juridique de la protection de l'image du sportif	622
1.1 Existence et autonomie du droit à l'image	622
1.1.1 Existence et autonomie du droit à l'image en droit français	623
1.1.2 Existence et autonomie du droit à l'image en droit québécois	627
1.2 Nature juridique du droit à l'image	630
1.2.1 Droit de la personnalité ou droit de propriété?	630
1.2.2 Droit patrimonial ou extrapatrimonial?	632

© Christophe Cottet-Bretonnier, 2001.

* Avocat au barreau de Lyon.

Introduction

À une époque où le message publicitaire a une importance considérable sur le lancement d'un produit, l'image du champion de sport, plus encore que celle des autres personnages publics, est du pain bénit pour la communication des grandes entreprises. Le sportif véhicule des valeurs sûres comme la quête de l'excellence, la volonté, le dépassement de soi, le courage. Comme athlète, il est emblématique de vigueur et de santé. Le plus souvent, il fait rêver, lorsque ce n'est pas toute une génération qui s'identifie à lui. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que les sportifs les plus en vue dans leur discipline fassent l'objet de propositions financières faramineuses pour l'exploitation commerciale de leur image. C'est d'ailleurs très souvent la part la plus importante de leurs revenus. Une véritable industrie de marketing gravite et prospère autour de cette image. Du côté du sportif, agents, intermédiaires, attachés de presse veillent à l'exploitation et à la conservation de l'image. Leurs interlocuteurs sont principalement les directeurs de la communication de grandes firmes et leur agence de publicité ainsi que les organisateurs d'événements sportifs, qui misent parfois sur la seule image du sportif renommé pour assurer le succès de leur manifestation.

Dans un tel contexte, certaines entreprises ne résistent pas à la tentation de s'appropriier sans autorisation l'effigie du sportif à des fins commerciales ou publicitaires. L'utilisation abusive de l'image se caractérise le plus souvent par un manque à gagner pour le sportif, mais également parfois par une dépréciation de la valeur de son image elle-même, lorsque la publicité litigieuse ne montre pas l'athlète à son avantage ou est en totale contradiction avec la stratégie élaborée par son entourage pour optimiser son image. C'est à ce moment précis que les défenseurs du sportif vont entrer en scène pour protéger l'image de leur client devant les tribunaux. Car c'est bien de droit à l'image qu'il s'agit. Le fondement de l'illicéité de la diffusion d'un cliché altérant les traits d'un individu n'est pas le droit au respect de la vie privée mais le droit d'une personne sur son image. Ainsi, contrôler l'image du sportif et la protéger au mieux de ses intérêts nécessitent une connaissance approfondie des concepts

doctrinaux et des théories jurisprudentielles qui définissent le fondement juridique du droit à l'image. Il convient également de bien maîtriser l'étendue de la protection de ce droit pour en délimiter le domaine, notamment par rapport à la délicate question de la frontière entre les activités publiques et privées du sportif. Enfin, une démonstration complète du préjudice se révèle d'une grande importance pratique. C'est à ce prix que le plaideur, en droit québécois comme en droit français, assurera une protection efficace de l'image de son client sportif.

1. Le fondement juridique de la protection de l'image du sportif

L'étude du fondement juridique de la protection de l'image humaine n'a pas seulement un intérêt théorique. En droit québécois comme en droit français, les débats doctrinaux et les controverses jurisprudentielles sur ce fondement mettent en évidence les enjeux et les répercussions pratiques de cette question sur la protection de l'exploitation commerciale de l'image du sportif. Le fondement juridique du droit à l'image concerne l'existence même de ce droit et la question de son autonomie par rapport au droit au respect de la vie privée, mais aussi sa nature juridique: est-ce un droit de la personnalité ou un droit de propriété? Un droit patrimonial ou extrapatrimonial?

1.1 Existence et autonomie du droit à l'image

En droit français, devant le silence du législateur, la jurisprudence a sans ambiguïté consacré le droit d'une personne sur son image. Cependant, son autonomie par rapport au droit à la vie privée reste controversée, même si de nombreuses applications jurisprudentielles et une doctrine majoritaire sont favorables à celle-ci. En droit québécois, aucune de ces deux questions n'est véritablement réglée: doctrine et jurisprudence ont longtemps hésité à admettre l'existence d'un droit à l'image propre à l'individu, tout comme son autonomie. Récemment, la Cour suprême ne s'est pas prononcée de manière définitive sur ces deux aspects¹.

Or, dans le cadre d'une exploitation commerciale illicite de l'effigie d'un sportif, les questions de l'existence et de l'autonomie du droit à l'image vont avoir des répercussions pratiques réelles sur les

1. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, 614.

possibilités offertes à un plaideur: fondement juridique utilisé au regard des règles de responsabilité civile² et du fardeau de la preuve, quantum du préjudice...

On constatera en outre que, d'un pays³ à l'autre, la portée pratique de ces questions n'est pas la même. Tout comme d'un droit à l'autre, il est paradoxalement plus avantageux de mettre en avant l'une ou l'autre des théories, si l'on veut maximiser la défense des intérêts du sportif.

1.1.1 Existence et autonomie du droit à l'image en droit français

Si l'article 9 du Code civil prévoit que «chacun a droit au respect de sa vie privée», c'est la jurisprudence qui a reconnu le droit de la personne sur son image. Dès 1858, le Tribunal civil de la Seine érige ce droit en un droit subjectif dans la célèbre affaire *Rachel*⁴: «nul ne peut sans le consentement formel de la famille, reproduire et livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort [...] le droit de s'opposer à cette reproduction est absolu». Ainsi, tout au long du XX^e siècle, les tribunaux civils vont consacrer le droit à l'image. Un jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 23 juin 1982⁵ et un arrêt de la Cour d'appel de la même ville, daté du 22 mars 1983⁶, viennent renforcer l'idée que le sportif a, indépendamment de la preuve de toute faute contre l'entité qui a violé son droit à l'image, la capacité d'interdire la reproduction de son effigie: «toute personne a sur son image et sur l'utilisation qui en est faite un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à sa diffusion sans autorisation»; «toute personne a sur son image un droit absolu...».

Une fois admise l'existence d'un droit à l'image, le sportif devrait donc avoir la possibilité, pour faire respecter ses droits devant les tribunaux, de se passer de la référence à l'article 1382 du Code civil⁷, qui nécessite la triple preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité entre les deux, et d'invoquer uniquement la

2. En France, depuis le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, entré en vigueur le 1^{er} mars 1999, l'avocat doit obligatoirement faire mention du fondement juridique dans son acte introductif d'instance.

3. Le terme «pays» est ici utilisé dans un souci de simplification.

4. Trib. civ. de la Seine, 16 juin 1858, *Félix c. O'Connel*, D. 1858.III.62.

5. Trib. de gr. inst. de Paris, 23 juin 1982, *L. c. Société L.*, J.C.P. 1983.IV.325.

6. Cour d'app. de Paris, 22 mars 1983, *Ferrero c. Dame Tovex*, Juris-Data n° 022334.

7. L'article 1382 du Code civil français a pour équivalent en droit québécois l'article 1457 du Code civil du Québec.

violation d'un droit subjectif. Ainsi, la seule constatation de l'usurpation de son image devrait suffire à caractériser la faute, celle-ci lui ouvrant un droit à réparation automatique, sans qu'il soit nécessaire de démontrer la réalité du préjudice et le lien de causalité entre la faute et le dommage. Ce raisonnement n'a rien d'original, il résulte de la stricte logique juridique qui découle de la reconnaissance du droit à l'image comme faisant partie de la catégorie des droits subjectifs de l'individu. Malgré tout, la plupart des tribunaux ne font pas référence à la notion de droit subjectif pour condamner la reproduction illicite de l'effigie d'un individu, alors que ce sont pourtant les mêmes instances qui ont consacré ce droit.

En effet, la jurisprudence française fait application des mécanismes de la responsabilité civile, soit explicitement, de manière exclusive⁸ ou en les cumulant avec le droit de la personne sur son image⁹, soit implicitement¹⁰. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, en 1983, précisait que l'utilisation sans autorisation de l'effigie d'un sportif célèbre pour des fins commerciales «constitue une faute [...] qui a causé un préjudice»¹¹ alors que le Tribunal de grande instance de Paris, en 1983, cumulait les deux fondements pour condamner une société pour l'utilisation à des fins commerciales de l'image du tennisman Yannick Noah sans son autorisation: «toute personne a, sur son image, et sur l'utilisation qui en est faite, un droit exclusif et peut s'opposer à sa diffusion sans autorisation» la société ayant aussi «commis une faute engageant sa responsabilité»¹². L'utilisation seule, par les magistrats, de la notion de droits subjectifs pour condamner la reproduction illicite de l'image d'un individu demeure extrêmement marginale, pour ne pas dire quasiment inusitée¹³. Cette ambiguïté, qui s'est manifestée dès les premières décisions en la matière, a conduit les plaideurs à fonder leur acte introductif d'instance

8. Citons, par exemple, parmi de nombreuses décisions en ce sens: Cour d'app. d'Aix en Provence, 18 décembre 1951, *Dlle G. c. D.*, J.C.P. 1952.IV.151: «constitue une faute délictuelle, toute reproduction photographique sans autorisation expresse de la part du modèle».
9. Notamment Trib. de gr. inst. de Paris, 31 janvier 1970, *Gotlib c. Agence Lagrange*, D.S. 1970, somm. 186, note anonyme: «la reproduction non autorisée de l'image photographique d'autrui constitue une atteinte au véritable droit de propriété que chacun possède sur sa propre effigie, en même temps qu'une faute».
10. Trib. civ. de la Seine, 4 février 1956, *Époux De Lartigue c. Société Gévaert*, Gaz. Pal. 1956.I.284, note anonyme.
11. Cour d'app. de Paris, 26 mai 1983, *Société Edicam S.A.R.L. c. Rodriguez*, Juris-Data n° 023239.
12. Trib. de gr. inst. de Paris, 21 décembre 1983, *Noah c. Société française de revues Team*, D.S. 1984.II.I.R.331, note LINDON.
13. À titre de rare exemple: Trib. de gr. inst. de Paris, 23 avril 1982, *S.A.R.L Sipa Presse c. Dame Cailleux*, Juris-Data n° 021618.

principalement sur l'article 1382 ou, tout du moins, sans jamais omettre d'en faire la référence, par souci de sécurité plus que par enthousiasme¹⁴.

Il se pourrait aussi que les avocats eux-mêmes, par la constance de leur frilosité, aient concouru à ce regrettable résultat. Ces réflexes pourraient être néanmoins amenés à évoluer. Fort des récentes décisions de la Cour de cassation consacrant l'autonomie de la protection résultant de l'article 9: «la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre le droit à réparation», et de la logique extension de cet attendu sur le droit à l'image, la référence quasi systématique à l'article 1382 du Code civil devrait peu à peu s'atténuer¹⁵.

La question d'un droit autonome de l'image par rapport au droit au respect à la vie privée a toujours fait l'objet de vives controverses mais, contrairement au droit québécois, cette question n'a, en France, qu'un intérêt purement théorique, s'agissant d'optimiser la protection de l'image de la personnalité publique sportive.

Or, c'est justement la notion de protection de l'image au cours de la vie publique qui, à notre sens, sert de critère et justifie de manière difficilement contestable l'autonomie de ce droit. Si le droit à l'image du sportif dans l'exercice public de son art peut être violé lorsqu'une firme va utiliser sans son autorisation son effigie comme support publicitaire d'un de ses produits, la référence justificative de l'atteinte à la vie privée ne peut pas être invoquée, puisque le sportif agit justement dans la sphère de son activité publique. Le seul fondement de cette atteinte est nécessairement le droit à l'image que possède tout individu sur sa personne, *a fortiori* lorsque celle-ci est célèbre et que son effigie est monnayable. De nombreux auteurs français¹⁶, mais aussi québécois¹⁷, penchent en faveur de cette thèse.

14. L'avocat avisé se contente aujourd'hui de faire référence à l'article 9 du *Code civil* pour fonder juridiquement son assignation; le droit à l'image étant logiquement présenté dans le même code comme une extension jurisprudentielle du droit au respect à la vie privée.

15. Civ., 1^{re}, 5 novembre 1996: Bull. civ. I, n° 387; D. 1997.403, note LAULOM; D. 1977. Somm. 289, obs. JOURDAIN; J.C.P. 1997.II.22805, note RAVANAS; J.C.P. 1997.I.4025, n°s 1 et s., obs. VINEY; R.T.D. civ. 1997.632, obs. HAUSER; Civ., 1^{re}, 25 février 1997: Bull. civ. I, n° 73; J.C.P. 1997.II.22873, note RAVANAS; Civ., 1^{re}, 6 octobre 1998: Bull. civ. I, n° 274; D. 1998.I.R.246; R.T.D. civ. 1999 62, obs. HAUSER.

16. Citons notamment Jean RAVANAS, «La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image», Thèse de l'Université d'Aix-Marseille III, Paris L.G.D.J., 1978, p. 424 et s. et Roger NERSON, «La protection de la vie privée en droit positif français», (1971) 32 *Rev. int. dr. comp.* 760.

17. Louise POTVIN, *La personne et la protection de son image*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

L'ancien garde des sceaux, le professeur Badinter, précise que «le droit à l'image est distinct du seul droit à la vie privée qui cesse dès que l'activité de l'intéressé s'inscrit dans la vie publique de la cité»¹⁸.

De nombreuses décisions convergent en ce sens¹⁹. Pour n'en citer qu'une, la Cour d'appel de Paris indique que «Le droit à l'image ne se confond pas avec le droit au respect de la vie privée et peut subir des atteintes lors de circonstances se rattachant à la vie publique de la personne»²⁰. Certes, il existe un cas isolé où la référence à la notion du droit au respect de la vie privée doit être invoquée, alors même que l'atteinte au droit à l'image a pour cadre une manifestation publique. Il s'agit du moment où la photo litigieuse va rendre compte d'un événement particulier, qui n'aurait pas dû se produire si la manifestation sportive s'était déroulée normalement et où le droit à l'information de publier un tel instantané est battu en brèche par le droit au respect de la vie privée. Dans une situation aussi singulière, la référence à la vie privée faite par les magistrats semble justifiée. À notre connaissance, il existe une seule décision illustrant ce point de vue, s'agissant d'un sportif.

Prise au cours d'un match de football du championnat de France, une photo montrant le fessier dénudé par un accroc fortuit, de l'international Daniel Xuereb, avait été publiée dans le quotidien «l'Équipe». Monsieur Xuereb entama une action contre le journal, qui fut condamné à juste titre pour avoir publié sans autorisation la photo. Le footballeur, ainsi mis à nu, avait cessé à ce moment précis d'être l'acteur d'une manifestation sportive²¹. Hormis ce cas précis, nous maintenons que le droit de la personne sur son image est distinct du droit au respect à la vie privée, ce qui n'est pas contestable lorsqu'il concerne l'altération publique de la personnalité du sportif.

Pour autant, d'aucuns soutiennent ou ont soutenu la thèse inverse²², tout comme certains tribunaux²³ pour qui le droit à l'image

18. Robert BADINTER, *Le droit au respect de la vie privée*, J.C.P. 1968.J.2136, n° 25.

19. Par exemple, Trib. de gr. inst. de Paris, 3 juillet 1974, *Laborde c. Chevrillon*, J.C.P. 1974.II.17873, obs. LINDON.

20. Cour d'app. de Paris, 20 décembre 1976, *Tribu de Bunlap c. Époux Gourguechon*, D.S. 1971.J.373, note AGOSTINI, Gaz. Pal. 1971.I.261, note anonyme.

21. Trib. de gr. inst. de Paris, 3 mai 1989, *Xuereb c. Société l'Équipe*, D. 1989.I. R.228.

22. Par exemple, Raymond LINDON, «La presse et la vie privée», J.C.P. 1965.I. 1887 et D. ACQUARONE: «L'ambiguïté du droit à l'image», D. 1985, Chr. p. 128.

23. Notamment Cour d'app. de Nîmes, 7 janvier 1988, *Geiger c. Société Tennis ball Corp.*, J.C.P. 1988.II.21059, note PANSIER.

n'est qu'un attribut, une simple prérogative du droit au respect à la vie privée. Comme l'a fait pertinemment remarquer monsieur le Premier avocat général Lindon, cette querelle n'a aujourd'hui plus d'intérêt pratique en droit français depuis que la saisie (de la publication illicite d'une image) n'est plus uniquement prévue par l'article 9 du Code civil (qui ne concerne que la seule vie privée), mais peut être réalisée par les pouvoirs du juge des référés, lorsqu'il s'avère nécessaire de prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite²⁴. Ainsi, par ce biais, la saisie d'une publication contenant une image litigieuse réalisée au cours de la vie publique du sportif devenait réalisable, la Cour de cassation ayant récemment entériné cette possibilité²⁵.

1.1.2 Existence et autonomie du droit à l'image en droit québécois

Contrairement au droit français, les tribunaux québécois ont longtemps hésité à reconnaître à la personne un véritable droit sur son image. Certaines décisions ont exigé une diffusion fautive de l'image pour condamner l'auteur de la publication litigieuse comme, par exemple, le caractère douteux du cliché susceptible de porter atteinte à l'honneur de la personne, ainsi que la preuve d'un préjudice matériel ou moral pour accorder des dommages-intérêts à la victime²⁶. D'autres se contentaient de constater le caractère illicite de la publication d'une effigie sans permission, abstraction faite de tout autre chose et indépendamment de la preuve d'un préjudice, même si celui-ci a toujours été abondamment développé par les plaideurs²⁷. Mais à partir du moment où certains tribunaux ont décidé que la simple diffusion non autorisée de l'image d'une personne n'était pas, en tant que telle, illicite, le droit à l'image ne pouvait être consacré en droit québécois.

Ce point de vue, aujourd'hui, ne peut plus être soutenu depuis un arrêt de la Cour suprême du 9 avril 1998²⁸. Désormais, la publica-

24. Article 809 du nouveau *Code de procédure civile*.

25. Civ., 1^{re}, 16 juillet 1998: *Bull. civ.* I, n° 259; D. 1998.I.R.210: «l'utilisation dans un sens volontairement dévalorisant de l'image d'une personne justifie que soient prises par le juge toutes mesures propres à faire cesser l'atteinte ainsi portée aux droits de la personne».

26. Par exemple, *Paradis c. Marquis*, [1977] R.L. 555 (C.P. Québec); *Coursol c. Depairon*, C.P. Montréal, n° 500-02-044237-811, 11 avril 1983, j. Bilodeau.

27. Par exemple, *Rebeiro c. Shawinigan Chemicals Ltd.*, [1973] C.S. 389, comm. OUELLETTE-LAUZON, (1974) 34 *R. du B.* 69; *Deschamps c. Renault Canada*, (1977) 18 C. de D. 937 (C.S. Montréal 1972).

28. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, *op. cit.*, note 1.

tion sans autorisation de l'effigie d'une personne anonyme photographiée dans un lieu public, lorsqu'elle est identifiable et sujet principal de l'image, constitue une faute, même en l'absence de préjudice. Ainsi, cet arrêt devrait mettre un terme à la controverse sur l'existence en droit québécois d'un droit à l'image, en consacrant celui-ci comme un véritable droit subjectif de l'individu. L'honorable juge en chef Lamer précisera à cette occasion que le droit à la vie privée «comprend certainement le droit d'une personne sur son image».

Mais force est de constater que, contrairement au simple «quidam», la personnalité sportive connue ne profite pas de cette consécration. Pour la personne anonyme, il est important de pouvoir se passer des mécanismes de l'article 1457 du *Code civil du Québec*: grâce à la reconnaissance de ce droit subjectif, la simple diffusion non autorisée de son effigie est, en soi, illicite. Mais pour le sportif, à partir du moment où son image a une valeur commerciale, la publication non autorisée de son effigie, en dehors de sa sphère d'activité et de la nécessaire information du public, est illégale car elle entraîne automatiquement un préjudice qui doit être démontré de façon explicite et détaillé.

Par contre, eu égard aux spécificités de la Charte québécoise des droits et des libertés, la question de l'autonomie du droit à l'image par rapport au droit au respect à la vie privée, revêt une importance toute particulière, s'agissant de l'étendue du préjudice exigible par le sportif dont l'effigie a été usurpée, tout comme les moyens lui permettant de parvenir à faire cesser l'atteinte au droit à l'image dont il est l'objet.

La question de l'autonomie est tout autant controversée en droit québécois qu'en droit français. La souplesse qui résulte du fait de pouvoir soutenir l'une ou l'autre des théories devant un tribunal est d'un intérêt pratique certain au Québec, contrairement à la France, où nous avons pu constater qu'un tel débat est sans incidence pour les plaideurs. En effet, la Charte québécoise des droits et libertés consacre dans son article 5 le droit au respect de la vie privée, mais reste silencieuse sur le concept du droit au respect de l'image. Or, la même Charte (et elle seule), dans son article 49²⁹, pré-

29. Article 49 de la *Charte québécoise des droits et libertés*: «Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs.»

voit l'octroi de dommages-intérêts punitifs en cas d'atteinte illicite et intentionnelle à un droit ou à une liberté prévue par ladite Charte. Si le plaideur soutient la thèse de l'autonomie du droit à l'image, il ne pourra solliciter pour son client le bénéfice de dommages exemplaires, faute de mention d'un droit à l'image par la Charte. Par contre, cette possibilité lui sera offerte dans le cas contraire, si le droit à l'image est une prérogative du droit au respect de la vie privée, la combinaison des articles 5 et 49 de la Charte auront vocation le cas échéant à s'appliquer. Un plaideur averti aura donc tout avantage à soutenir cette seconde position dans l'intérêt de son client, d'autant plus que l'on voit mal comment un tribunal pourrait refuser de statuer sur la demande de dommages exemplaires, sauf à devoir trancher lui-même la question de l'autonomie.

Le risque d'un tel scénario est mince tant la jurisprudence et la doctrine sont divisées sur ce point: pour certains, le droit à l'image fait partie de la sphère d'intimité de l'individu³⁰, pour d'autres, il est autonome³¹. La Cour suprême ne s'est pas résolue à dégager une solution. L'honorable juge en chef Lamer, dans l'arrêt *Aubry*³², indique qu'il «hésiterait à conclure que le droit à l'image n'a aucune existence autonome du droit à la vie privée». En revanche, pour l'honorable juge de la Cour supérieure Courteau, l'artiste connu jouit d'une protection particulière de l'utilisation de son image, distincte de celle liée à la vie privée: «lors de l'utilisation non autorisée de la photographie d'une artiste connue, l'atteinte touche directement le droit à l'image sans nécessairement affecter le droit à la vie privée»³³.

La référence à l'article 49 de la Charte se révèle également très utile pour faire cesser une publication caractérisant une atteinte au droit à l'image. Alors que le *Code de procédure civile* prévoit des conditions d'exercice du recours en injonction, la seule constatation de la violation du droit à la vie privée suffit pour bénéficier de l'injonction prévue par la Charte. Le Code civil québécois lui-même fait du droit à l'image une composante du droit au respect de la vie privée. Dans la formulation de ses articles 35 et 36, il dispose que

30. Notamment P. PATENAUDE, «La zone de protection accordée à l'intimité du Canada», (1977) 8 *R.D.U.S.* 135 et s. et H.P. GLENN, «Le secret de la vie privée en droit québécois», *Journées libanaises* de l'association Henri Capitant sur le thème «Le secret et le droit», 12-18 mai 1974.

31. Notamment P.A. MOLINARI, «Le droit de la personne sur son image en droit québécois et français», (1977) 12 *R.J.T.* 98.

32. Précité, note 1.

33. *Malo c. Laoun et Union des artistes*, J.E. 2000-273 (C.S.Q.), j. Courteau.

l'utilisation de l'image à toute autre fin que l'information légitime du public est considérée comme une atteinte à la vie privée. Si le droit à l'image est une composante du droit à la vie privée, rien n'empêche ici aussi l'application combinée des articles 5 et 49 de la Charte pour faire cesser une atteinte à l'image.

1.2 Nature juridique du droit à l'image

En France, comme au Québec, personne n'est vraiment d'accord sur la nature juridique du droit à l'image. Certains affirment qu'il s'agit d'un droit de la personnalité à caractère extrapatrimonial, d'autres considèrent que les personnalités connues disposent d'un droit de propriété sur leur effigie justifiant l'aspect monnayable de leur image. Dans les deux pays, la jurisprudence a tour à tour fait référence aux deux théories, ce qui laisse planer une réelle ambiguïté quant à la nature juridique de ce droit. Cependant, seule la question d'un droit à l'image à valeur patrimoniale a un intérêt pratique réel.

1.2.1 Droit de la personnalité ou droit de propriété?

Bien que fort intéressante sur le plan juridique, cette controverse n'a pas, en effet, de répercussion concrète sur la protection de l'effigie du sportif. La classification du droit à l'image dans telle catégorie ou dans telle autre n'est pas un préalable au succès d'une action visant à faire respecter ce droit devant les tribunaux français ou québécois. Les deux qualifications permettent la condamnation de l'usurpateur.

En droit québécois, la tendance des tribunaux pour condamner l'exploitation publicitaire illégale de l'image d'une personnalité connue est de se fonder sur le droit de propriété. Pour la Cour supérieure, le fait que des stars du sport puissent tirer profit de l'exploitation de leur effigie à des fins commerciales s'analyse en un droit de propriété dont chacun jouit sur son image et que nul ne peut s'approprier sans l'autorisation de l'intéressé³⁴. Une partie de la doctrine critique ce point de vue, arguant que les droits de propriété sont réservés aux droits qui ont une valeur pécuniaire et le simple «quidam», contrairement au champion, n'a pas une image réellement monnayable³⁵. Il y aurait donc deux poids deux mesures. Dans le désormais célèbre arrêt *Aubry*, la Cour suprême se réfère à la notion

34. *Deschamps c. Renault Canada*, *op. cit.*, note 27.

35. H.P. GLENN, «Le secret de la vie privée en droit québécois», *loc. cit.*, note 30.

de droit de la personnalité pour condamner l'utilisation abusive de l'image d'une inconnue, mais ne ferme pas la porte à d'autres qualifications³⁶.

En France, la controverse est tout aussi vive entre ceux qui considèrent le droit d'une personne sur son image comme un droit de la personnalité faisant partie des droits fondamentaux de la personne, de sa dignité³⁷, et ceux qui vantent le droit de propriété comme fondement du droit d'interdire la divulgation de sa propre image sans autorisation³⁸. La jurisprudence a, tout au long du siècle, adopté les deux qualifications³⁹.

En réalité, nous sommes d'avis que la classification du droit à l'image est «hybride», car d'un point de vue strictement juridique, la référence aux deux fondements se justifie. Pour le simple particulier, qui ne peut pas tirer véritablement de profit de l'usurpation de son effigie, le droit à l'image s'identifie à un droit de la personnalité qui protégera ses intérêts moraux. Pour la star, qui fait de son image un commerce, ce n'est pas tant l'usurpation de son effigie en tant que droit de la personnalité qui est en cause, mais le manque à gagner consécutif à la violation du droit de propriété que constitue son image, la protection protégeant principalement ses intérêts maté-

36. *Aubry c. Éditions Vice-Versa*, *op. cit.*, note 1, le juge en chef Lamer indique que «le droit à l'image est avant tout un droit de la personnalité, un intérêt de nature extrapatrimoniale», sauf dans le cas ou une personnalité célèbre «tire des revenus de son consentement à l'utilisation de son image».

37. Par exemple, le Doyen CARBONNIER, pour qui «l'image humaine ne peut faire naître qu'un droit de la personnalité», note sous Trib. corr. de Grasse, 8 février 1950, *Syndicat des maîtres-artisans et négociants en articles photographiques de Cannes-Antibes-Grasse c. Bouget*, D. 1950.714 ou encore Roger NERSON, Thèse dactylographiée de l'Université de Lyon, Paris, L.G.D.J., 1939, n° 80, 145.

38. Entre autres, M.-H. FOUGEROL, Thèse de l'Université de Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1913, 17.

39. En faveur de la thèse caractérisant le droit à l'image comme un droit de la personnalité: Cour d'app. de Paris, 20 décembre 1976, *op. cit.*, note 18; Trib. de gr. inst. de Paris, 14 juin 1983, *Sipa Press c. Smet*, D.S. 1984.I.J.75, note LINDON: «Toute personne a sur son image un droit exclusif et l'utilisation ou la diffusion de celle-ci, sans autorisation, constitue une violation de ce droit de la personnalité.» En faveur de la thèse érigeant le droit à l'image comme un droit de propriété: Trib. civ. de la Seine, 10 février 1905, *Doyen c. Parnaland*, D. 1905.II.389. «La propriété imprescriptible que toute personne a sur son image, sur sa figure, sur son portrait, lui donne le droit d'interdire la publication de ce portrait»; Cour d'app. de Paris, 21 juin 1985, *Dame Gall c. S.A. Ici Paris*, Juris-Data n° 0233378: «Le photographié possède sur son image et sur l'usage qui en est fait un droit de propriété absolu dont nul ne peut disposer sans son consentement.»

riels. Cette distinction n'apparaît pas nécessaire pour déterminer le caractère patrimonial ou extrapatrimonial du droit à l'image.

1.2.2 Droit patrimonial ou extrapatrimonial?

La réponse est ici plus aisée car le statut de la personne en cause importe peu. Même lorsqu'il s'agit de l'utilisation frauduleuse de l'image d'un inconnu, on peut raisonnablement parler de droit patrimonial de l'image, puisque le préjudice résulte d'un manque à gagner sur la valeur pécuniaire de celle-ci, aussi minime soit-il en raison de la faible notoriété de la personne⁴⁰. *A fortiori*, à partir du moment où le sportif fait commerce de son image et que son préjudice résulte en grande partie de la perte de la rémunération qu'il aurait pu recevoir si son autorisation avait été requise, il est difficile de nier le caractère patrimonial de l'image. En France, la jurisprudence a consacré la valeur patrimoniale de l'image dans de nombreuses décisions⁴¹. Au début des années 80, le basketteur français Alain Gilles avait obtenu gain de cause devant le Tribunal de grande instance de Lyon contre une firme qui avait utilisé son image au cours d'un match officiel à des fins publicitaires: le joueur «pouvait à juste titre alléguer avoir subi une atteinte au droit patrimonial qu'il possède sur son image»⁴².

Cette reconnaissance du caractère patrimonial du droit à l'image d'une vedette facilite tout d'abord logiquement la démonstration du préjudice, qui sera calculé sur le manque à gagner dû à l'usurpation. Autrement dit, sur ce qu'aurait touché le champion s'il avait contracté au même moment un tel contrat publicitaire. L'aspect patrimonial du droit à l'image permet ensuite, comme le souligne Christophe Bigot, de justifier que le consentement du sportif donné «pour un type de diffusion publicitaire ne vaut pas pour la diffusion sur un autre support»⁴³.

40. Aubry c. *Éditions Vice-Versa inc.*, *op. cit.*, note 1, pour l'honorable juge en chef Lamer: «Il n'est pas contraire à l'ordre public pour une personne, célèbre ou moins célèbre, de tirer des revenus de son consentement à l'utilisation de son image.» Également en ce sens, en France, pour la condamnation de l'utilisation illicite et abusive de l'image d'un athlète amateur de haut niveau: Trib. de gr. inst. de Paris, 4 juillet 1984, *Tanon c. Petit*, D. 1985.I.R.14, note LINDON.

41. Par exemple, Trib. de gr. inst. de Paris, 21 avril 1986, *Dame Asselin c. Société Effi Internationale S.A.*: «le droit à l'image pour les vedettes de la scène, de l'écran où des pistes à une valeur patrimoniale».

42. Trib. de gr. inst. de Lyon, 17 décembre 1980, *A.S.V.E.L. basket c. S.A. Lumière*, D.S. 1981.J.202, note AMSON, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI, 82 *Rev. trim. de dr. civ.* 117.

43. Christophe BIGOT, *Droit de la création publicitaire*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 262 et 263; Civ., 1^{re}, 30 mai 2000.

Enfin, et surtout, caractériser le droit à l'image patrimonial permet la transmission du droit à l'image d'un sportif connu à ses héritiers. Il est en effet tout à fait concevable qu'au décès de champions mythiques comme Pelé, Michael Jordan ou encore Carl Lewis, certaines firmes désirent continuer d'utiliser leurs effigies pour vanter leurs produits. Le caractère patrimonial du droit à l'image permettra aux ayants droit des sportifs d'empêcher les mêmes firmes d'exploiter sans contrepartie leur image, puisque ce droit, comme tous les droits patrimoniaux, leur sera transmis. Les héritiers pourront de ce fait continuer à monnayer l'image de leur célèbre ascendant et ce, sans limitation dans le temps, contrairement aux règles régissant la protection *post mortem* du droit d'auteur. Par la voie judiciaire, ces mêmes héritiers pourront empêcher, comme l'aurait fait le premier titulaire du droit à l'image, l'utilisation sans leur autorisation, de ce droit transmis.

Il convient de souligner que les avocats des descendants du sportif auront, le cas échéant, la tâche plus aisée au Québec qu'en France. Ceci en raison du fait que seul le *Code civil du Québec* prévoit explicitement cette transmission dans son article 35, alinéa deuxième: «Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci ou ses héritiers y consentent ou sans que la loi l'y autorise.» Avec cet article, le législateur québécois, plus que la jurisprudence ne l'a fait, consacre indirectement le caractère patrimonial du droit à l'image. En France, dans un cas similaire, le plaideur devra préalablement s'appuyer sur les nombreuses décisions dégageant le principe d'un droit patrimonial de l'image, pour justifier la transmissibilité de celui-ci.

2. L'étendue de la protection du droit à l'image du sportif

En droit québécois comme en droit français, le sportif a donc la possibilité de recourir à un droit spécifique pour juridiquement protéger son image. Il convient dès lors de déterminer l'étendue de cette protection en se penchant sur son domaine et sur les mécanismes permettant d'en assurer l'efficacité, ce qui revient à étudier les différentes sanctions applicables dans le cas d'une publication abusive de l'image du sportif.

2.1 *Domaine de la protection*

L'exploitation commerciale de l'image d'une personnalité sportive connue ne concerne, au premier abord, que l'utilisation sans autorisation de son effigie réalisée au cours de ses activités publi-

ques comme support publicitaire d'une marque. Mais à y regarder de plus près, celle-ci peut également concerner sa vie privée, dans la mesure où toute publication d'une photo d'un sportif célèbre en couverture d'un magazine va faire grimper les ventes de celui-ci. C'est la raison pour laquelle le sportif monnaye l'autorisation de prendre et de publier des clichés de sa vie privée.

A contrario, la publication de photos sans son autorisation est illicite car elle entraîne pour lui un manque à gagner. Pour autant, toutes les photos qui n'entrent pas dans le domaine des activités publiques du sportif requièrent-elles son autorisation pour être divulguées? Répondre à cette question nécessite de cerner la frontière entre les activités publiques et privées de l'athlète, ainsi que de se pencher sur la notion ambiguë d'«intérêt légitime» du public d'être informé⁴⁴ sur les aspects de la personnalité du sportif «dont l'activité publique est l'expression»⁴⁵ et qui permet dans ce cas de se passer de l'autorisation du sportif pour publier une photo le concernant. Même si les tribunaux français ont été plus prolifiques sur le sujet, il n'y a pas de distinction significative à relever entre le droit québécois et le droit français s'agissant du domaine de la protection de l'image du sportif.

2.1.1 La vie privée du sportif

Comme tout individu, l'athlète a droit au respect de sa vie privée. Mais il est un personnage public et à partir du moment où son image a une valeur patrimoniale, la protection de sa vie privée n'est en rien comparable à celle du simple particulier⁴⁶. Celle-ci est forcément plus précaire. D'une part, parce qu'un sportif connu attire sans cesse l'attention et, de ce fait, ne peut contrôler et poursuivre en justice tous les médias qui utilisent son image. D'autre part, parce que la relation qu'entretient l'athlète avec les médias est ambiguë: d'un côté, ceux-ci apparaissent comme un élément déterminant de la valorisation de son image, spécialement au début de sa carrière, lui offrant notoriété et contrats publicitaires allant de pair mais, de l'autre, ils nécessitent de la part du sportif une vigilance de tous les

44. C'est «L'information légitime du public» qui justifie la captation de l'image du sportif sans son consentement: article 35, tiret 5 du *Code civil du Québec*, jurisprudence constante en France.

45. La formule est du professeur Pierre KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit*, préface de Henri MAZEAUD, Economica, 3^e édition.

46. Cour d'app. de Paris, 13 mars 1986, *Noah c. Ici Paris*, D. 1986.I.R.445, note LINDON, «la protection de l'intimité de la vie privée et celle du droit à l'image, s'apprécient différemment selon qu'elles concernent une personne sans notoriété publique ou au contraire, une personne dont le nom, la photographie et les détails de la vie professionnelle font souvent l'objet d'échos dans la presse».

instants contre les nombreuses publications de son effigie parues sans son autorisation.

Même célèbre, à l'instar de toutes vedettes jouissant d'une certaine notoriété, pour satisfaire son public ou éviter les fausses rumeurs, le sportif va épisodiquement concéder de lucratifs reportages sur sa vie privée, ce qui a également pour but de maintenir la valeur marchande de son image. Sur ce point, il est apparu un peu choquant à certains que le personnage public puisse bénéficier un jour de ce qu'il va refuser le lendemain... Autrement dit, le sportif ne devrait-il pas perdre le droit, une fois devenu célèbre, d'interdire de nouvelles publications d'images concernant sa vie privée, déjà publiées avec son autorisation⁴⁷?

La réponse est négative, en vertu de la règle de l'effet relatif des contrats: ce que le sportif a autorisé à tel média est valable pour lui seul et dans la stricte limite de ce qui a été contractuellement convenu quant à la diffusion du reportage. Ainsi en 1971, la Cour de cassation précisa que «la tolérance et même la complaisance passée d'une personne à l'égard de la presse, ne sauraient faire présumer qu'elle ait permis définitivement et sans restriction à tout périodique de rassembler et de reproduire des affirmations parues dans d'autres journaux...»⁴⁸. Cette règle comporte néanmoins une exception lorsque le sportif décède. Nous avons vu que ses ayants droit, en vertu du caractère patrimonial du droit à l'image, héritent du contrôle de l'usage du droit qui appartenait à leur illustre ascendant. Mais cette faculté ne semble concerner que le cas d'une éventuelle et future exploitation commerciale de l'image du sportif décédé à des fins publicitaires et non les publications de son effigie relatives à l'annonce de sa mort. L'intérêt légitime du public au regard de cet événement justifie le fait que les magazines utilisent des clichés de la vie privée du sportif, indépendamment de l'autorisation ponctuelle que celui-ci avait donnée par le passé à tel média⁴⁹.

47. Le Premier avocat général LINDON a longtemps soutenu cette opinion avant de se rétracter dans une note sous Trib. de gr. inst. de Paris, 7 novembre 1968, *Demaiselle N. c. Société Y.*, J.C.P. 1969.II.15931; l'amendement du sénateur Prélot lors de la discussion au sénat de la future loi du 17 juillet 1970 prévoyait, avant d'être rejeté par l'Assemblée nationale, un alinéa 3 à l'article 9 du Code civil rédigé comme suit: «ne peuvent se prévaloir des dispositions légales protectrices de la vie privée les personnes qui, par leur propre comportement, auront permis des divulgations touchant leur intimité».

48. Civ., 2^e, 6 janvier 1971, *Société Presse-Office c. Gunther Sachs*, D. 1971.J.263, note EDELMAN. Voir aussi Civ., 1^{re}, 30 mai 2000, précité, note 43.

49. Il serait de toute façon irréalisable en pratique pour les héritiers de contrôler toutes les publications relatives au décès de leur ascendant, a fortiori lorsque celui-ci est très connu: en témoigne le battage médiatique impressionnant réalisé au Québec à l'occasion du décès du célèbre hockeyeur Maurice Richard.

En dehors de ce cas particulier, la valeur patrimoniale de l'image de l'athlète justifie la possibilité pour lui de contrôler la publication de toute effigie le concernant, dans la limite de la nécessaire et légitime information du public, s'agissant de ses activités publiques ainsi que certaines images reflétant sa personnalité, lorsque celles-ci sont justement liées à son activité principale. Dès lors, on peut se demander où commence et où s'arrête la vie privée du sportif et ce que recouvre la notion d'«intérêt légitime du public», mentionnée par l'article 36 du *Code civil du Québec* et si fréquemment citée par la jurisprudence française et québécoise. Il convient de procéder par étapes si l'on veut tenter de dégager ce que l'athlète a la possibilité d'interdire concernant la publication de son image en commençant par distinguer, autant que cela est possible, la frontière entre ses activités publiques et sa vie privée.

Lorsque la distinction entre les deux relève de l'évidence, la règle est simple, tant en droit québécois que français: le consentement exprès du sportif est nécessaire pour toute publication de son image prise en dehors de ses activités publiques⁵⁰. Mais parfois, la distinction entre la vie privée et de la vie publique de l'athlète connu n'est pas aisée.

À titre d'exemple, lorsque le pilote automobile Jacques Villeneuve se rend rue Crescent à Montréal pour prendre un café la semaine précédant le Grand Prix du Canada, s'agit-il d'un événement de sa vie publique ou de sa vie privée? Celui-ci peut-il légitimement, raisonnablement dirions-nous, s'opposer à la publication de son image, si celle-ci et son commentaire reflètent exactement son attitude, sans la dénaturer? Il est difficile d'avoir un avis tranché sur la question car les arguments susceptibles d'être mis en avant sont contradictoires. Certes, la jurisprudence est venue à plusieurs reprises préciser que la personnalité publique peut s'opposer «à ce que toute photographie de sa personne, prise dans un lieu privé ou dans un lieu public, en dehors de ses activités publiques, soit publiée sans son consentement exprès»⁵¹. Mais comme personnage public, le spor-

50. En droit français, citons par exemple: Trib. de gr. inst. de la Seine, 24 novembre 1965, *Dame Bardot c. Société Beaverbrook*, J.C.P. 1966.II.14521, note R.L., obs. RODIÈRE, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1966, p. 288, cette règle s'applique bien entendu au sportif connu: Trib. de gr. inst. de Paris, 21 décembre 1983; *Noah c. Société française de revues Team*, 21 décembre 1983, *op. cit.*, note 12; en droit québécois, voir par exemple: *Deschamps c. Renault-Canada*, (1977) 18 C. de D. 937 (C.S.).

51. Trib. de gr. inst. de la Seine, 24 novembre 1965, *Dame Bardot c. Société Beaverbrook*, *op. cit.*, note 47.

tif sait qu'il risque de s'exposer aux flashes des médias lorsqu'il se promène dans la rue, prend son café ou pratique un autre sport. Ne s'agirait-il pas là des contraintes normales qu'il se doit d'accepter en contrepartie des avantages tirés de sa notoriété?

De plus, la publication de son effigie dans un tel contexte apparaît rentrer dans le cadre de l'information légitime du public, ou tout du moins d'un certain public. Or, c'est ici que la formule du professeur Kayser nous semble prendre toute sa valeur: «le public a un intérêt légitime à connaître, non seulement l'activité publique que les champions de sport exercent, mais l'aspect de leur personnalité dont cette activité est l'expression»⁵². Ainsi, pour certains individus, il est important de connaître les endroits publics fréquentés par leurs idoles, leurs hobbies...

Si l'on revient sur notre interrogation initiale sur la photo du pilote Villeneuve prenant son café dans un lieu public, le critère décisif semble être celui de l'activité et non celui du lieu. En effet, en dehors de ses activités publiques, et donc y compris dans un lieu public, il faut conclure au nécessaire consentement de l'athlète pour la publication de son image. Dans notre exemple, sur la question de la nature de l'activité, un indice pourrait retenir notre attention: celui de la proximité de l'événement avec l'activité professionnelle.

En 1979, la Cour d'appel de Paris a jugé licite la publication dans un magazine d'une photographie d'un chanteur célèbre, prise dans la rue alors que celui-ci sortait d'un studio d'enregistrement. La Cour a relevé que la publication du cliché illustrait un article publié «à l'occasion d'un nouveau disque précédée d'une opération publicitaire de grande envergure. La reproduction de l'artiste s'inscrivait dès lors dans le cadre de l'activité professionnelle et non de celui de la vie privée d'un artiste ayant atteint une renommée mondiale, et soumis par là même, aux exigences d'une information légitime de la part des lecteurs de l'hebdomadaire poursuivi»⁵³.

Ainsi, mais ce n'est qu'une opinion, plus la photographie litigieuse est rapprochée dans le temps et dans l'espace de l'activité professionnelle du sportif, moins le consentement de celui-ci apparaît nécessaire. *A contrario*, pendant une période d'inactivité sportive, le

52. Pierre KAYSER, «La protection de la vie privée par le droit», *op. cit.*, note 42, p. 294.

53. Cour d'app. de Paris, 8 novembre 1979, *Dame Brel c. Filipacchi*, Juris-Data n° 1059.

même Jacques Villeneuve pourrait davantage s'opposer à la publication d'une photographie de sa personne prise dans la rue alors qu'il sort de chez lui.

Prenons un second exemple pour bien illustrer la difficulté à classer certains moments de la vie du sportif dans le registre vie privée ou activité publique: faut-il considérer les obsèques d'un membre de sa famille comme faisant partie de sa vie privée ou de sa vie publique? Si l'on privilégie la seconde hypothèse, le consentement de l'athlète ne serait pas obligatoire pour la publication de clichés couvrant la cérémonie, puisque considérée comme faisant partie de la vie publique de ce dernier, le public a un intérêt légitime d'accéder, notamment par l'image, à un tel événement.

Lors des obsèques du grand-père du champion de tennis français Yannick Noah, la Cour d'appel de Paris a considéré que la cérémonie faisait partie de la vie publique du joueur, alors qu'en première instance, le Tribunal de grande instance de Paris avait jugé en sens contraire⁵⁴. Comme le souligne le professeur Kayser⁵⁵, nous pensons que les obsèques peuvent être rattachées à l'une ou l'autre, vie publique ou vie privée, «selon le caractère que le sportif a entendu leur donner». Ainsi, si ce dernier a publiquement et préalablement annoncé sa volonté de donner un caractère privé à la cérémonie, celle-ci devrait être rattachée au domaine de la vie privée du sportif et toute publication de son effigie dans ce contexte sans son consentement porterait atteinte à son droit à l'image. Dans le cas contraire, si rien de tel n'a été précisé, il nous semble que les obsèques devraient faire partie de la vie publique du sportif. Il n'en va pas de même en cas de décès de l'athlète lui-même, car s'agissant de ses obsèques, le droit à l'image ne peut être concerné, puisque les seules photos du défunt susceptibles d'être publiées sont celles d'un cercueil fermé... Or, concernant la publication de photographies de la cérémonie elle-même, la question relève de la seule vie privée et les critères susmentionnés peuvent être appliqués.

Notons enfin que toute photographie de la dépouille mortelle d'une personnalité est strictement interdite sans l'autorisation formelle de la famille⁵⁶. Toujours est-il que lorsqu'un événement de la

54. Cour d'app. de Paris, 13 mars 1986, *Noah c. Ici Paris*, *op. cit.*, note 43.

55. Pierre KAYSER, «La protection de la vie privée par le droit», *op. cit.*, note 42.

56. Trib. de gr. inst. de Paris, référé, 11 janvier 1977, *Épouse J. Gabin-Moncorge c. Société Cogédipresse*, D.S. 1977.J.83, note LINDON, J.C.P. 1977.II.18711, note FERRIER.

vie du sportif ne peut être classé de prime abord et de manière indiscutable dans l'une ou l'autre catégorie (activités publiques ou vie privée), c'est au juge qu'il reviendra de trancher au cas par cas la question en s'appuyant à la fois sur des critères objectifs, comme l'intérêt du public à être informé de l'événement, et subjectifs, comme la volonté du sportif sur la connotation qu'il a entendu donner à l'événement.

Aussi, convient-il de tenter de cerner la notion d'intérêt du public à être informé d'un épisode de la vie du sportif, qui va légitimer la privation d'un quelconque droit de regard sur la publication de son image liée à cet événement de sa vie privée. Cet intérêt est justifié par la liberté de la presse et le droit du public à l'information⁵⁷, s'agissant d'événements de la vie privée du sportif, mais indétachables de l'activité par laquelle il a acquis sa notoriété. Tout est encore ici question d'espèce et le juge va devoir déterminer si l'intérêt du public à être informé doit supplanter les droits qu'a le sportif sur son image et sur le respect lié au secret de sa vie privée. Le juge devrait notamment tenir compte en premier lieu de la qualité de la personnalité publique: par exemple, il est acquis que les hommes politiques ont le champ de vie privée le plus réduit car en tant qu'élu, celle-ci doit être la plus transparente possible afin que les citoyens puissent vérifier si les agissements de l'homme politique sont conformes à son programme⁵⁸. Par comparaison, la personnalité sportive voit sa vie privée mieux protégée.

Ainsi, pour ne prendre que ce seul exemple, des clichés qui révéleraient un état de santé précaire d'un homme politique entreraient dans le cadre du droit à l'information du public⁵⁹, alors que ceux du sportif relèveraient de sa vie privée. Par exception, les accidents domestiques ayant des conséquences immédiates sur l'activité du sportif deviennent d'intérêt public. Par la suite, le juge prendra probablement en compte la qualité et la réputation du média qui aura diffusé commentaires et images de la scène litigieuse concernant le sportif. Certains magazines confondent volontairement curiosité du public et intérêt du public car ils n'ont pas pour objectif d'informer

57. Cour d'app. de Paris, 15 mai 1970, *Société F.E.P. c. Époux Tenenbaum*, D.S. 1970.J.466, note P.A.

58. Trib de gr. inst. de Paris, 2 mai 1974, *Marchais c. Diriez*, 1974.I.J.698, note LINDON.

59. En France, traditionnellement, depuis 1981, le président de la République s'engage au début de son mandat à divulguer aux Français un bulletin de santé périodique.

mais sont uniquement motivés par des considérations commerciales⁶⁰. En résumé, la vie privée de la personnalité sportive se situerait à mi-chemin entre l'homme politique et le simple particulier. À l'instar de ce dernier, il reste de très nombreux domaines de la vie privée du sportif qui ne présentent pas d'intérêt pour le public et dont la diffusion d'images sur ces sujets sans autorisation est interdite. Citons pêle-mêle l'état de santé⁶¹, avec la restriction susmentionnée, la vie sentimentale⁶², familiale⁶³, l'orientation sexuelle⁶⁴, religieuse⁶⁵...

Quant à l'activité publique du sportif, bien que les règles applicables à la légalité de la diffusion d'images paraissent plus claires, les incertitudes en ce domaine demeurent cependant nombreuses dans le droit positif français et québécois.

2.1.2 Les activités publiques du sportif

Par activités publiques, il faut entendre la vie professionnelle du sportif et la vie publique de celui-ci, c'est-à-dire les activités auxquelles il participe ayant un lien avec son activité professionnelle. Tel est le cas, par exemple, de son entraînement, d'une réception officielle, d'une campagne de promotion, d'une conférence de presse...

2.1.2.1 La vie professionnelle

S'agissant des activités professionnelles de l'athlète, les règles dégagées par la jurisprudence, tant en France qu'au Québec, sont claires: le sportif ne peut pas s'opposer à la divulgation de clichés le

60. *L. c. Les éditions de la Cité inc.*, [1960] C.S. 485: pour le juge Brossard: «[...] un trop grand nombre de maisons d'édition de journaux ne sont que des entreprises commerciales essentiellement axées sur le profit qu'elles peuvent retirer de la vente de nouvelles; trop rares sont les journaux et les revues dont le but primordial est le véritable intérêt public par opposition à l'utilité et aux caprices du public...»

61. Trib. de gr. inst. de Paris en référé, 11 janvier 1977, *op. cit.*, note 53.

62. Par exemple, en droit québécois: *Gagnon c. Brasserie La Bulle inc.*, C.S. Québec, n° 200-05-002043-81, J.T. n° 85T-933, en droit français: Trib. de gr. inst. de Paris, 16 janvier 1985; *Adjani c. Société Edi*, Gaz. Pal. 1985 2. somm. 399.

63. Cour d'app. de Paris, 25 octobre 1977, *Salvador c. Ici Paris*, Juris-Data n° 002811: «l'existence familiale des vedettes [...] appartient au domaine de leur vie privée».

64. Cour d'app. de Paris, 14 juin 1985, *Société Cogédipresse c. V.*, D.S. 1986.II. I.R.50, note LINDON.

65. Cour d'app. de Paris, 11 février 1987, *Association l'Arche publication c. Sitruk*, Gaz. Pal. 1987.II.430 obs. BERTIN.

représentant dans ses activités publiques⁶⁶. Dans de telles circonstances, selon de nombreux auteurs⁶⁷, celui-ci aurait consenti tacitement à la diffusion de son image⁶⁸. D'autres cependant réfutent cette théorie et invoquent la légitime information du public pour justifier le fait que les personnalités publiques ne puissent pas s'opposer à la divulgation de leur effigie⁶⁹.

Toujours est-il que le sportif retrouve un droit de regard *a posteriori* sur la publication de son effigie, prise lors de ses activités professionnelles, lorsque la divulgation de celle-ci n'a pas pour objectif une information légitime du public. À notre connaissance, il existe deux cas de figure où l'athlète bénéficie de cette prérogative. Il a déjà été fait mention de la première hypothèse lors de l'étude de l'autonomie du droit à l'image: il s'agit de la circonstance où la photographie prise pendant l'activité professionnelle dénature celle-ci pour plus ou moins volontairement focaliser l'attention du lecteur sur un aspect intime de la vie privée du sportif ou de sa dignité, et non sur une image illustrant l'activité sportive à laquelle l'athlète est en train de se livrer⁷⁰. Le public n'a pas un intérêt légitime à découvrir en première page du quotidien l'Équipe le fessier dénudé du footballeur Daniel Xuereb suite à un accroc fortuit survenu à l'occasion d'un match du championnat de France.

66. Trib. de gr. inst. de Lyon, 17 décembre 1980, *A.S.V.E.L. basket c. S.A. Lumière*, *op. cit.*, note 42: la publication de l'effigie d'un joueur de basketball lors de l'activité professionnelle de celui-ci ne constitue pas en tant que telle «une atteinte au droit patrimonial qu'il possède sur son image».

67. En droit français, voir notamment M. CONTAMINE-RAYNAUD, «Le secret de la vie privée», dans *L'information en droit privé*, travaux de la conférence d'agrégation sous la direction de Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE, Paris, L.G.D.J., 1978, n° 23, 433 et J.M. COTTERET et C. EMERI, «Vie privée des hommes politiques», dans *Religion, société et politique*, Mélanges en l'honneur de J. ELLUI, Paris, P.U.F., 1983, 677; (1979-80) 14 *R.J.T.* n° 6, 343. En droit québécois, E. DELEURY, «Une perspective nouvelle: le sujet reconnu comme objet du droit», (1972) 13 *C. de D.* 547.

68. Cour d'app. de Paris, 27 février 1967, *Société de presse Marcel Dassault c. Dame Bardot*, D.S. 1967.J.450, note FOULON-PIGANIOL: l'autorisation des vedettes est «présumée exister lorsque la publication concerne leur vie publique ou leurs activités professionnelles en raison de l'acceptation tacite mais non équivoque que l'intéressé a manifestée en s'exhibant au regard du public».

69. J. RAVANAS, «La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image», *op. cit.*, note 14: «Comment raisonnablement penser qu'une personne ait conscience, chaque fois qu'elle poursuit une activité publique, de donner, ipso facto, son consentement pour reproduire son image?» et X. DIJON, «Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif», préface de F. RIGAUX, Namur, Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982, n° 285, p. 199.

70. Trib. de gr. inst. de Paris, 3 mai 1989, *Xuereb c. Société l'Équipe*, *op. cit.*, note 19.

La seconde atténuation concerne l'exploitation future de l'image capturée durant l'activité professionnelle: celle-ci doit nécessairement être utilisée dans un but informatif⁷¹. Il en découle logiquement que l'utilisation à des fins commerciales de l'effigie d'un sportif, même captée au cours de ses activités professionnelles, est illicite⁷². En France comme au Québec, de nombreuses firmes ont été condamnées pour avoir vanté leur produit en se servant de l'image d'un athlète en compétition. Citons principalement, en France, l'utilisation de l'image d'un basketteur lors d'un match pour mettre l'accent sur la qualité des pellicules utilisées pour la photographie⁷³, de l'image d'un golfeur à l'appui de lettres proposant de s'abonner à une revue⁷⁴, de plusieurs photographies d'un tennisman pour illustrer un dépliant, même si les photos avaient été prises «au cours de l'activité professionnelle publique du champion»⁷⁵, de l'effigie d'une skieuse acrobatique pour une campagne publicitaire au moyen d'un trucage qui substituait son dossard par la marque du produit de la firme⁷⁶.

Récemment, au Québec, la biathlète canadienne Myriam Bédard, double médaillée d'or olympique, a connu une mésaventure presque identique. Pour les besoins d'une campagne publicitaire parue à l'automne 1999 pour la gomme à mâcher Spearmint du fabricant Wrigley, l'agence de publicité BBDO n'a pas hésité à utiliser, sans la moindre autorisation de madame Bédard, une photographie retouchée de l'intéressée, prise lors des jeux olympiques de Lillehammer en 1994. BBDO a ainsi manipulé la photo au point de faire ressembler Myriam Bédard à un homme⁷⁷!... La publicité montrait en effet la biathlète grimaçante dans l'effort, ses cheveux avaient été rasés et des lunettes de soleil rajoutées sur son visage⁷⁸. Il n'est pas

71. Article 35, tiret 5 du *Code civil du Québec*, précité, note 44.

72. Arrêts de principe sur cette règle: en droit québécois: *Deschamps c. Renault Canada*, *op. cit.*, note 27; en droit français, Trib. de gr. inst. de Lyon, 17 décembre 1980, *A.S.V.E.L. basket c. S.A. Lumière*, *op. cit.*, note 42.

73. Trib. de gr. inst. de Lyon, 17 décembre 1980, *A.S.V.E.L. basket c. S.A. Lumière*, *op. cit.*, note 42.

74. Cour d'app. de Paris, 26 mai 1983, *Société Edicam S.A.R.L. c. Rodriguez*, *op. cit.*, note 11.

75. Trib. de gr. inst. de Paris, 21 décembre 1983, *Noah c. Société française de revues Team*, *op. cit.*, note 12.

76. Trib. de gr. inst. de Paris, 21 avril 1986, *Dame Asselin c. Société Effi International S.A.*, *op. cit.*, note 41.

77. Jonathon GATEHOUSE, «Doctored photograph in gum ad makes me look like a man: Bédard», *National Post*, samedi 15 janvier 2000.

78. L'opération publicitaire avait pour objectif de mettre en avant le fait que le prix de la gomme à mâcher n'avait pas changé depuis 1994 (date du cliché, pris pendant les J.O. de Lillehammer), la photographie litigieuse était accompagnée du slogan suivant: «en 1994, le Québec se passionne tout à coup follement pour le biathlon. Ah! les olympiques...».

improbable que l'agence de publicité ait à ce point modifié la photographie pour sciemment éviter de rémunérer Myriam Bédard. Or, pour une telle campagne, la double championne olympique aurait demandé un cachet de 150 000 \$⁷⁹. Après une tentative de règlement amiable avortée en raison de la dérisoire proposition de dédommagement des avocats initiaux de Wrigley (4 000 \$!...), madame Bédard a intenté une poursuite d'un montant de 850 000 \$ contre le fabricant de gomme et son agence de publicité pour avoir utilisé sans sa permission son image à des fins commerciales⁸⁰. Cette affaire a fait et continue de faire grand bruit en Amérique du Nord⁸¹, à juste titre: c'est la première fois qu'une sportive aussi connue au Québec voit son image usurpée et détériorée de la sorte. Nous reviendrons sur les enjeux d'une telle poursuite à l'occasion de l'étude des sanctions applicables en cas de violation du droit à l'image⁸².

Aussi intéressant qu'il soit, notamment à propos du montant des dommages-intérêts que le juge va octroyer à M^{me} Bédard, cet aspect ne sera pas nouveau en droit. Des cas d'espèce identiques ont fait l'objet de décisions jurisprudentielles bien arrêtées, en France comme au Québec. En revanche, l'utilisation de nouvelles technologies, comme Internet, suscite de nouvelles et réelles interrogations concernant le droit à l'image des sportifs. En France, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 10 février 1999, a retenu la responsabilité du fournisseur pour avoir hébergé un site qui diffusait sans son autorisation des photographies dénudées du mannequin Estelle Hallyday, portant ainsi atteinte à son droit à l'image et à son droit à la vie privée⁸³. Mais il s'agissait en l'occurrence de photos strictement privées. Or, la question est plus complexe lorsqu'un site Internet propose de visionner des photos de sportifs prises au cours de leurs activités professionnelles. Les sites en question vivent des publicités accolées à l'effigie du sportif, donnant l'impression que celui-ci a donné son consentement à ladite publicité, alors que telle n'est pas la réalité.

79. Brian MYLES, «Quand une image vaut mille dollars», *Le Devoir*, Les actualités, mardi 18 janvier 2000. Le montant de la valeur marchande de Myriam Bédard a été révélé par son agent, Jean-Marc Saint-Pierre (Tous les montants cités dans cet article sont en dollars canadiens).

80. Réjean TREMBLAY, «Wrigley retire le dossier Bédard à ses avocats», *La Presse*, mardi 18 avril 2000.

81. Par exemple, le célèbre magazine américain «Sport Illustrated» a fait écho de «l'affaire Bédard».

82. Voir *infra*, p. 20: 2.2 Sanctions en cas de violation du droit à l'image.

83. Cour d'app. de Paris, 10 février 1999, *Estelle Lefébure c. Valentin Lacambre*, comm. de M^e J. HESLAUT, sur le site www.legalis.net/jnet/commentaires/estelle_heslaut.htm.

Ainsi, en s'appropriant les photographies de champions de sport dans l'exercice de leur activité, de nombreux sites Internet font actuellement l'objet de poursuites de la part d'agences de presse pour violation du droit d'auteur. Il nous semble que les sportifs eux-mêmes pourraient songer sérieusement à poursuivre les propriétaires de tels sites pour violation du droit à l'image. En effet, lorsqu'un site Internet (et ces sites sont légion) propose uniquement d'accéder à la contemplation d'effigies de sportifs en compétition, sans autres commentaires, l'utilisation faite des photos l'est uniquement à des fins commerciales. Grâce à l'aura du sportif, l'hébergeur attire l'internaute par le biais de l'image, il le piège par celui de la publicité, unique moyen de pérenniser le site. Pour se passer de l'autorisation du sportif, le critère décisif apparaît être celui du contenu informatif accompagnant ou non l'image: sans celui-ci, l'image de l'athlète en compétition peut-elle à elle seule être considérée comme étant d'un intérêt légitime d'information du public? Autrement dit, non accompagnée d'un contenu informatif, l'image est-elle encore d'intérêt public? Nous ne le pensons pas.

Prenons l'exemple des trois médias suivants: journaux d'information, magazines hebdomadaires relatant la vie des vedettes, sites Internet proposant des photographies de sportifs, et constatons le degré d'importance des critères du contenu informatif et de l'aspect commercial. Pour la plupart des quotidiens, l'image n'est souvent que l'accessoire de l'information écrite, c'est pourquoi le critère du contenu informatif prime sur celui de l'utilisation commerciale de l'image. Au contraire, pour les magazines, les rapports s'inversent: le contenu informatif est secondaire par rapport à l'image mais celui-ci existe et, de ce fait, il vient «couvrir» l'aspect mercantile de la publication de l'image, car ce sont les photographies des vedettes et elles seules qui font vendre le magazine. Ici, les deux critères cohabitent inégalement, mais le maigre contenu informatif sert de justification pour légitimer l'intérêt du public de prendre connaissance des photographies en question et ce, en dépit de l'aspect commercial marqué de la publication d'effigies de sportifs. Dans notre dernier exemple, lorsque le site Internet propose seulement l'accès à des clichés de champions dans l'exercice de leur art et que le contenu informatif est inexistant, seul ressort l'aspect commercial de la publicité fournie sur le site. On retombe alors dans un cas classique d'illégalité du droit à l'image: celui de la publication aux seules fins commerciales de l'image d'un sportif captée au cours de son activité professionnelle.

Le critère du contenu informatif paraît pouvoir s'appliquer dans d'autres domaines pour déterminer la violation ou non du droit à l'image comme, par exemple, la publication d'un ouvrage relatant l'année sportive venant de s'écouler. L'auteur d'un livre souvenir ne va pas manquer d'insérer de nombreuses photographies des champions qui auront brillé au cours de l'année dans leur discipline. Doit-il obtenir une autorisation de chacun d'eux pour les photos qu'il compte utiliser pour ce faire? D'un certain côté, on ne peut faire abstraction de l'aspect mercantile d'une telle opération: la publication du livre va faire gagner de l'argent à son auteur et l'aspect utilisation de l'effigie du champion à des fins commerciales ne peut être complètement éludé. D'un autre côté, l'ouvrage va nécessairement comporter un contenu informatif, puisqu'il sera fait mention des principaux faits marquants et des résultats de l'année sportive écoulée. Or, il est difficilement contestable de nier un intérêt légitime du public d'être informé d'un écrit récapitulatif d'une saison sportive venant de s'achever. Dans cet exemple, le critère du contenu informatif nous apparaît être à nouveau décisif pour légitimer une utilisation sans autorisation de l'image du sportif, prise pendant sa vie professionnelle.

Il n'en n'irait pas de même si l'ouvrage était composé uniquement de photographies d'athlètes, sans aucun texte. L'utilisation de l'image du sportif à des fins commerciales serait alors trop prononcée. Nous maintenons que l'image à elle seule, lorsqu'elle est publiée en dehors d'un contexte d'actualité récente, ne doit pas être considérée comme ayant un objectif d'intérêt légitime du public. Dans une telle situation, comme pour les sites Internet ne proposant que des photographies de personnages connus, les avocats d'un sportif célèbre ne devraient pas négliger l'opportunité de poursuivre ceux qui auront violé de la sorte le droit à l'image de leur client.

En conclusion de ce chapitre sur la vie professionnelle de l'athlète, il est important de rappeler que celui-ci n'a pas toujours le contrôle de son image. Le sportif connu a tout d'abord la possibilité de céder tout ou partie de ce droit à une firme ou à son club, en contrepartie d'une somme forfaitaire⁸⁴. Cette option n'est pas, de loin, la plus usitée, car elle peut s'avérer dangereuse à long terme pour l'image du sportif puisque le cocontractant a une totale liberté

84. La justification de cette cession, pour la personne publique, est la primauté du caractère patrimonial du droit à l'image par rapport à l'aspect droit de la personnalité, voir pour un exemple de cession du droit à l'image: *Ethier c. Boutique à coiffer Tonic inc.* (1998), J.E. 1999-300 (C.S.Q.).

d'utilisation de son effigie⁸⁵. C'est la raison pour laquelle la plupart des sportifs préfèrent signer des contrats au coup par coup, par l'intermédiaire de leur agent, ce qui leur permet de contrôler l'orientation qu'ils entendent donner à leur image. Mais il arrive aussi parfois à l'athlète de perdre la maîtrise de l'utilisation de son nom ou de son image. C'est notamment le cas lorsque celui-ci est membre d'un syndicat de joueurs. Ainsi par exemple, il ne peut pas s'opposer aux accords conclus par le syndicat avec une fédération sur la cession de son image⁸⁶. La même logique régit l'industrie lucrative des cartes sportives: c'est l'association des joueurs qui accorde aux firmes le droit d'utiliser l'effigie de tous les joueurs de l'équipe, moyennant pour elle d'importantes contreparties financières. Enfin, par rapport aux contrats passés entre un club et ses propres commanditaires, deux possibilités sont généralement offertes à l'athlète: soit son club le laisse libre d'associer son image avec les entreprises de son choix, y compris donc, avec celles qui concurrencent les partenaires de son employeur⁸⁷, soit c'est le club lui-même qui contrôle l'image du sportif lorsque celui-ci le représente⁸⁸.

2.1.2.2 L'image comme marque de commerce

Concernant le domaine de la protection de l'image, une dernière question doit retenir notre attention. Elle concerne une possible évolution des moyens de contrôle de l'exploitation commerciale de l'image du sportif: le professionnel du sport peut-il faire de son image une marque de commerce?

85. Pour un exemple des possibles dérives de ces contrats, citons M. Gosselin, conseiller en marketing sportif: «Lors de la signature de son contrat, le joueur de hockey canadien Alexandre Daigle avait légué ses droits aux Sénateurs d'Ottawa. Quelques mois plus tard, on le voyait déguisé en infirmière sur une réclame!», *La Presse*, Sports, jeudi 13 janvier 2000, «La jurisprudence joue en faveur de la québécoise», Alexandre PRATT. C'est néanmoins l'option qu'a choisie le footballeur français Zinédine Zidane avec son club de Juventus de Turin.

86. Membre du syndicat des joueurs, le joueur de baseball Vladimir Guerrero ne peut pas s'opposer à ce qu'une marque de jeux vidéo utilise son image pour mousser ses ventes, dès l'instant où l'entente signée entre les autorités du baseball et le syndicat prévoit que le fabricant de console de jeux peut promouvoir ses produits avec le nom de n'importe quel joueur, du moment qu'il est membre du syndicat. *La Presse*, Sports, jeudi 13 janvier 2000, précité, note 82.

87. C'est le cas par exemple des joueurs de hockey du Canadien de Montréal avec la restriction importante de ne pas pouvoir faire de la publicité avec l'uniforme de l'équipe.

88. Par exemple, les joueurs de baseball des Expos de Montréal sont soumis à ce régime.

La réponse est positive, les avocats du pilote automobile canadien Jacques Villeneuve ont fait enregistrer la photographie de son visage comme marque de commerce, au Canada, mais aussi aux États-Unis et en Grande-Bretagne⁸⁹. Pour ce dernier pays, où le droit à l'image est d'une ampleur moindre par rapport au droit civil français et québécois, on peut comprendre l'utilité d'une telle démarche⁹⁰. Mais pour le Québec, peut-on pareillement conclure à un intérêt de recourir à la protection de marque, en cas d'usurpation de l'effigie du sportif, par rapport à ce qu'offre le droit positif de l'image? Pour tenter de répondre à cette question, il convient ici encore de procéder par étapes.

La première incertitude sur laquelle les juges auront à se pencher est celle de l'étendue de la protection de la marque. La jurisprudence devra notamment déterminer les types d'images qui «créeront de la confusion» avec la marque déposée, au sens de l'article 6 de la loi canadienne sur les marques de commerce. Or, un tel enregistrement se révélera efficace uniquement dans la mesure où la marque protège non seulement la photographie enregistrée, mais aussi celles où le faciès du coureur automobile apparaît. Autrement dit, si toute utilisation d'une photographie où Jacques Villeneuve est reconnaissable crée de la confusion avec la marque déposée. Il faudra cependant en exclure les images prises par les médias lors de l'activité publique de l'athlète, dans le cadre de la nécessaire et légitime information du public. Dès lors, il reste à déceler en quoi l'enregistrement de l'image d'un sportif comme marque de commerce protégerait mieux celui-ci que le droit à l'image lui-même contre les agissements de ceux qui violeront ce droit.

Un premier intérêt pourrait concerner le renversement du fardeau de la preuve: l'article 20 de la loi canadienne sur les marques de commerce prévoit une présomption de contrefaçon à l'encontre de celui qui usurpe l'image déposée, alors que le recours au droit à l'image, dans pareil cas, nécessite la preuve de la violation d'un droit subjectif. En réalité, cet intérêt est plus théorique que pratique, car on voit mal le plaideur, dans la première hypothèse, faire l'économie de la démonstration de l'atteinte à l'image subie et du préjudice qui en découle.

89. Pour le Canada, l'enregistrement de la photographie de Jacques Villeneuve comme marque de commerce date du 14 mars 2000, celui effectué aux États-Unis, du 2 mai 2000.

90. La common law anglaise, qui a toujours refusé de reconnaître le droit de la personne sur son image, ne permet pas une protection équivalente à ce qu'offrent le droit québécois et le droit français. Aux États-Unis, la notion de «rights of publicity», encore ambiguë, s'en rapproche néanmoins davantage.

Un second avantage aurait consisté dans le fait de conclure à une meilleure protection de l'image du sportif, dans le cas particulier où celui-ci serait connu dans telles provinces et beaucoup moins dans telles autres. Par le biais de l'enregistrement de la photographie de ce dernier comme marque de commerce, la protection de l'image du sportif à la notoriété disséminée s'étendrait à tout le Canada. Mais dans un tel cas de figure, quelle firme serait tentée d'usurper l'image d'un sportif méconnu dans la province concernée pour en faire le support d'une campagne publicitaire?

À notre avis, le seul avantage notable de faire de l'effigie d'un sportif célèbre une marque de commerce, sur le strict plan de la protection contre l'usurpation de l'image et par rapport à ce qu'offrent les droits civilistes pour assurer cette protection, se situe au niveau de la territorialité de la décision de justice reconnaissant la violation de ce droit. Prenons un exemple concret: si, au Québec, une entreprise utilise sans autorisation l'image d'un sportif célèbre, en apposant à des fins commerciales sa photographie sur des blousons en cuir, la victime, qui n'a pas fait enregistrer son image comme marque de commerce, ne peut faire valoir que la violation de son droit à l'image devant la Cour supérieure du Québec. Celle-ci va alors enjoindre à l'entreprise de cesser d'utiliser l'image du sportif et va condamner cette dernière au paiement de dommages-intérêts. Mais cette décision n'aura de portée qu'au niveau de la province du Québec et n'empêchera pas l'entreprise de continuer de vendre les blousons litigieux dans d'autres provinces. Pour l'en empêcher, le plaideur devra engager une procédure d'exemplification de la décision de la Cour supérieure québécoise et ce, dans toutes les provinces où le problème se posera.

Au contraire, dans le même exemple, si l'image du champion a été déposée comme marque de commerce, la contrefaçon de marque est de la compétence mixte de la Cour supérieure et de la Cour fédérale. En choisissant cette dernière, le sportif pourra se prévaloir d'une décision le protégeant contre les agissements de l'entreprise sur tout le territoire canadien, et, ainsi, évitera les écueils précédents.

2.2 Sanctions en cas de violation du droit à l'image

Il convient en premier lieu de faire mention du droit de réponse que possède tout individu constatant son image représentée abusive-

ment dans les médias⁹¹. Prévu par les droits québécois⁹² et français⁹³, contrepartie logique de la liberté de la presse, nous ne développerons pas le droit de réponse⁹⁴, car celui-ci représente une possibilité de réhabilitation morale contre une atteinte à l'image en liaison avec la vie privée⁹⁵. Or, nous limiterons volontairement notre propos aux sanctions civiles qui permettent la réparation de l'exploitation commerciale illicite de l'image à des fins publicitaires.

En droit québécois comme en droit français, nous avons constaté, lors de l'étude du fondement du droit à l'image, que la reconnaissance de ce droit en un véritable droit subjectif de l'individu va faciliter la démonstration du dommage causé à la victime. Celui-ci va en effet se caractériser par la seule constatation du droit à l'image, en dehors de la preuve de toute faute. Mais il ne faut pas se leurrer: d'une part, ce sont les tribunaux eux-mêmes qui appliquent le plus souvent les règles de la responsabilité civile pour condamner la diffusion illicite de l'image⁹⁶ et, d'autre part, ce sont ces mêmes règles qui vont permettre au sportif de démontrer l'ampleur de son préjudice et le lien causal de celui-ci avec le dommage subi⁹⁷. Ainsi, suite à la publication illicite de son effigie, le sportif va chercher à obtenir la compensation financière la plus large possible. Pour la démonstration de son préjudice, sa tâche est néanmoins facilitée lorsque l'usurpation de son image concerne une exploitation commerciale plutôt qu'une dénaturation de sa personnalité ou la révélation d'un aspect de sa dignité⁹⁸. Dans ce dernier cas, le montant demandé pour le préjudice subi est plus délicat à évaluer et à prouver: il n'est pas

91. Le droit de réponse peut concerner les journaux, les périodiques mais aussi la radiodiffusion: en France, la loi n° 72-553 du 3 juillet 1972 consacre l'existence d'un droit de réponse sur les ondes.

92. L'article 7 de la loi sur la presse précise que le journal doit «publier à ses frais [...] toute réponse que la partie qui se croit lésée lui fera tenir».

93. Article 13.1 de la loi du 29 juillet 1881: le directeur de la publication est «tenu d'insérer dans les trois jours de leur réception, les réponses de toute personne nommée ou désignée dans le journal ou écrit périodique quotidien».

94. Pour une étude approfondie en droit comparé sur le droit de réponse, voir l'excellent manuel de Louise POTVIN, *La personne et la protection de son image*, *op. cit.*, note 17.

95. Trib. de gr. inst. de Paris, 3 mars 1982, *Decaux c. Jours de France*, Gaz. Pal. 1982.II somm. 388: «Le droit de réponse n'est pas une modalité d'une quelconque action en responsabilité, mais une action qui a en vue le respect de la personnalité».

96. Voir *supra*, p. 120 pour de plus amples informations sur ce point.

97. Un plaideur averti et prudent ne manquera donc pas, en pareille circonstance, d'invoquer à titre subsidiaire les règles de la responsabilité civile.

98. Parfois, l'exploitation commerciale à des fins publicitaires altère gravement l'image du sportif et le touche au plus profond de sa dignité, c'est tristement le sort que l'on a réservé à Myriam Bédard.

aisé d'avoir à démontrer et à chiffrer la frustration, l'humiliation, la peine morale d'un individu d'être représenté aux yeux de tous, sous un aspect qui n'est pas le sien, par le trucage d'une photographie.

Mais pour une exploitation commerciale de l'image d'un athlète, la démonstration du préjudice paraît plus aisée: ne devrait-il pas correspondre au minimum au manque à gagner que le sportif aurait perçu s'il avait donné son consentement à l'opération publicitaire? Il faut bien reconnaître que si les tribunaux québécois et français tiennent bien compte de la privation du gain du sportif, le montant des allocations n'est jamais à la hauteur de sa réelle valeur marchande. Les plaideurs ont donc un grand rôle à jouer sur ce point: il leur faut impérativement fournir au juge un dossier très complet démontrant la valeur commerciale de l'image de leur client au moment où celle-ci a été usurpée, notamment par le biais d'expertises ou encore par la preuve de contrats similaires signés par le sportif.

Ainsi, les différentes sanctions applicables en matière civile correspondent logiquement aux différents préjudices subis par la victime, et normalement à eux seuls, si l'on respecte les finalités de la réparation civile. Malheureusement, trop de tribunaux tiennent encore compte de l'attitude plus ou moins malveillante de l'auteur du dommage pour fixer le montant des dommages-intérêts, alors que celui-ci ne devrait dépendre que de l'étendue du préjudice à réparer. En matière d'exploitation commerciale illicite de l'effigie d'un athlète à des fins publicitaires, en France et au Québec, les différents préjudices qui pourraient être invoqués par le sportif nous semblent être les suivants:

- 1^o) Le cachet pour la publicité non effectuée: comme nous venons de le mentionner, il devra être démontré un préjudice correspondant à la valeur patrimoniale de l'image de l'athlète au moment de l'usurpation.
- 2^o) L'usurpation de l'image: le préjudice découlant de la violation du droit à l'image est justifié par le fait que le sportif ne doit pas être privé du droit de mener sa carrière comme il l'entend, y compris dans la gestion de son image. Le préjudice résulte donc du fait qu'on lui a imposé un choix qu'il n'a pas voulu et qui peut être fort nuisible pour la suite de sa carrière sur le plan du marketing de son image. C'est notamment le cas lorsque la publicité litigieuse «brise» l'image que le sportif a façonnée afin de profiter de certains

contrats publicitaires. Myriam Bédard a été sur ce point une victime de choix: alors que la biathlète luttait depuis de nombreuses années pour garder une image féminine dans un sport très physique, dominé par les hommes, la publicité de Wrigley, qui l'a montrée ressemblant à un androgyne, a incontestablement nuí gravement à son image. Les propos de madame Bédard sont éloquentes: «J'ai toujours mis un point d'honneur à essayer de garder ma féminité dans un sport essentiellement masculin», «ce qu'ils ont fait avec mon image va totalement à l'encontre de l'image que j'ai essayé de projeter durant toutes ces années»⁹⁹. On ne saurait trop insister sur le rôle éminemment primordial que les avocats de la championne auront à jouer sur cet aspect du préjudice. Surtout que madame Bédard avait parfaitement réussi dans sa quête: en témoigne notamment son contrat signé avec la marque de prêt-à-porter «Farouche», dont elle était l'égérie pour le catalogue de l'année 1995¹⁰⁰. C'est à ce titre que devra être prouvée l'éventuelle perte de contrats futurs due à la publicité illicite.

- 3^o) Les dommages moraux: ici le préjudice subi correspond à l'anxiété, au stress, à l'humiliation causés par la publication de l'image. Le sportif devra démontrer les conséquences psychologiques néfastes de l'usurpation de son effigie, comme par exemple un état dépressif ne lui ayant pas permis de s'entraîner normalement pendant une période donnée ou de participer à une compétition.
- 4^o) Les dommages exemplaires: ceux-ci sont seulement prévus au Québec par la Charte des droits et libertés¹⁰¹. Pour que les dommages punitifs soient accordés, il faut que soit démontrée par la victime, dans le comportement de l'auteur du dommage, une intention délibérée et intentionnelle de porter atteinte au droit à l'image de l'athlète. Ici encore, «l'affaire Bédard» risque de créer un précédent. Au regard du comportement de l'agence de publicité, caractéristique selon nous d'une intention de nuire, on peut souhaiter qu'à cette occasion, les juges n'éluderont pas la question des

99. *National Post*, samedi 15 janvier 2000.

100. L'année suivante, Farouche choisissait Miss USA 96.

101. Article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12; *supra*, note 29.

dommages punitifs¹⁰². Et comme ceux-ci doivent répondre par définition à une finalité préventive et dissuasive, le montant des dommages exemplaires devrait être, le cas échéant, conséquent.

En outre, et en complément de sa demande de réparation pour le préjudice subi, il arrive fréquemment à la victime de devoir faire cesser l'atteinte dont elle est l'objet. L'injonction et la Charte des droits et libertés, en droit québécois, et le référé, en droit français, lui permettront de neutraliser une publicité illicite ou de saisir un publication contenant une image litigieuse du sportif¹⁰³.

Enfin, en France uniquement, l'article 700 du nouveau code de procédure civile permet à la victime d'obtenir du juge un montant censé couvrir les honoraires de son avocat, puisque ceux-ci ne sont pas compris dans les dépens¹⁰⁴. Cette disposition, très égalitaire, est loin d'être anodine et serait particulièrement bienvenue à notre sens dans un système judiciaire québécois efficace et rigoureux sur le plan du droit, mais extrêmement coûteux pour le justiciable. Elle ne manquerait pas d'avoir de surcroît un effet dissuasif sur les entreprises qui s'approprient l'image de sportifs sans leur autorisation.

Conclusion

Au Québec, comme en France, on ne peut conclure qu'à un bilan mitigé en ce qui concerne la protection judiciaire de l'image du sportif. Certes, celui-ci bénéficie désormais, sur le fondement du droit à l'image, de moyens juridiques spécifiques pour faire condamner ceux

102. L'agence de publicité, en tant que professionnelle, ne pouvait ignorer qu'une autorisation était nécessaire pour utiliser l'image de madame Bédard à des fins commerciales, qui plus est pour modifier celle-ci en la dénaturant si violemment. Il est donc fort probable que les avocats de la championne olympique puissent obtenir l'octroi de dommages exemplaires, ce qui n'a encore jamais été réalisé en la matière à notre connaissance.

103. Voir *supra*, p. 123, les modalités de l'article 809 du nouveau *Code de procédure civile*, permettant au juge des référés de prescrire «les mesures conservatoires ou de remises en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite». Voir également, Civ. 1^{re}, 16 juillet 1998, précité. En droit québécois, à côté de l'injonction classique prévue par le Code de procédure civile, il faut mentionner les dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui reconnaît à celle-ci dans son article 49 «le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte...».

104. L'article 700 du nouveau *Code de procédure civile* est rédigé comme suit: «Lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine».

qui usurpent son image à des fins commerciales et la reconnaissance du caractère patrimonial de ce droit lui facilitera la tâche. Mais les dommages-intérêts octroyés par les juges, bien qu'en constante augmentation, demeurent insuffisants et ne correspondent pas au préjudice réellement subi par la victime, soit le cachet effectivement perçu par le sportif si celui-ci avait donné son consentement à l'utilisation de son image pour l'opération publicitaire. Situation plus ennuyeuse, la faiblesse du montant des condamnations ne permet pas d'avoir un réel effet dissuasif sur les entreprises. Au Québec, l'attitude de l'agence de publicité BBDO à l'égard de Myriam Bédard en est un criant exemple. Cette affaire pourrait néanmoins conduire à une augmentation sensible du montant des compensations allouées. Le fait qu'une agence de publicité et son annonceur aient volontairement truqué la photographie d'une athlète célèbre pour s'en servir à des fins publicitaires, sans autorisation de l'intéressée et en dénaturant gravement l'image de celle-ci, correspond à un cas d'école en matière de violation du droit à l'image. Tous les ingrédients ne sont-ils pas réunis pour que les juges québécois sortent enfin de leur frilosité et revoient à la hausse le montant des dommages-intérêts alloués en pareil cas¹⁰⁵?

Enfin, il convient de ne pas négliger l'importance de la pratique nouvelle du dépôt de l'image d'un sportif connu comme marque de commerce. Si celle-ci devait se généraliser au cours de la décennie à venir, on assisterait à la troisième évolution marquante du droit à l'image. Après la consécration de ce droit comme un droit subjectif de l'individu, après la reconnaissance de son autonomie par rapport au droit à la vie privée, ne devrait-on pas parler de l'émergence d'un droit à l'image de marque?

105. La conjoncture est propice à une telle évolution au Québec: les dommages octroyés dans les affaires d'atteinte à l'image de personnalité publique ne cessent d'augmenter: 5 000 \$ pour le chanteur Patrick Normand, note 84 et 30 000 \$ pour la comédienne Linda Malo, note 33.