

**Les Éditions Vice-Versa inc.** *Appellant*

and

**Gilbert Duclos** *Appellant*

v.

**Pascale Claude Aubry** *Respondent*

and

**Canadian Broadcasting Corporation** *Intervener*

INDEXED AS: AUBRY v. ÉDITIONS VICE-VERSA INC.

File No.: 25579.

1997: December 8; 1998: April 9.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Civil liability — Invasion of privacy — Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission — Whether publication of photograph infringes teenager's right to her image and to privacy — Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph — Whether publication of photograph caused teenager prejudice — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1, 49.*

*Civil rights — Right to privacy — Right to one's image — Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission — Balancing of right to privacy and freedom of expression — Whether publication of photograph infringes teenager's right to her image and to privacy — Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1.*

**Les Éditions Vice-Versa inc.** *Appelante*

et

**Gilbert Duclos** *Appellant*

c.

**Pascale Claude Aubry** *Intimée*

et

**Société Radio-Canada** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: AUBRY c. ÉDITIONS VICE-VERSA INC.

N° du greffe: 25579.

1997: 8 décembre; 1998: 9 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Responsabilité civile — Atteinte à la vie privée — Publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente prise dans un lieu public sans sa permission — La publication de cette photographie porte-t-elle atteinte au droit à l'image et à la vie privée de l'adolescente? — La publication de la photographie est-elle permise en vertu de la liberté d'expression artistique ou du droit du public à l'information? — La publication de la photographie a-t-elle causé un préjudice à l'adolescente? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 5, 9.1, 49.*

*Libertés publiques — Droit à la vie privée — Droit à l'image — Publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente prise dans un lieu public sans sa permission — Pondération du droit à la vie privée et de la liberté d'expression — La publication de cette photographie porte-t-elle atteinte au droit à l'image et à la vie privée de l'adolescente? — La publication de la photographie est-elle permise en vertu de la liberté d'expression artistique ou du droit du public à l'information? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 5, 9.1.*

*Civil rights — Freedom of expression — Freedom of artistic expression — Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission — Balancing of right to privacy and freedom of expression — Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph even though such publication infringes teenager's right to her image and to privacy — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1.*

*Costs — Additional costs — Important case — Additional award of costs inappropriate here even if this were recognized to be test case — Including additional costs in claim for damages inconsistent with art. 477 C.C.P. — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 477 — Tariff of judicial fees of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, s. 15.*

The respondent brought an action in civil liability against the appellants, a photographer and the publisher of a magazine, for taking and publishing, in a magazine dedicated to the arts, a photograph showing the respondent, then aged 17, sitting on the steps of a building. The photograph, which was taken in a public place, was published without the respondent's consent. The trial judge recognized that the unauthorized publication of the photograph constituted a fault and ordered the appellants to pay \$2,000 jointly and severally. The majority of the Court of Appeal affirmed this decision.

*Held* (Lamer C.J. and Major J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Bastarache JJ.: Although the infringement of a right guaranteed by the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* gives rise, under s. 49 para. 1, to an action for moral and material prejudice, such an action is subject to the civil law principles of recovery. As a result, the traditional elements of liability must be established.

The right to one's image is an element of the right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*. If the purpose of the right to privacy is to protect a sphere of individual autonomy, it must include the ability to control the use made of one's image. There is an infringement of a person's right to his or her image and, therefore, fault as soon as the image is published without consent and enables the person to be identified.

*Libertés publiques — Liberté d'expression — Liberté d'expression artistique — Publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente prise dans un lieu public sans sa permission — Pondération du droit à la vie privée et de la liberté d'expression — La publication de la photographie est-elle permise en vertu de la liberté d'expression artistique même si cette publication porte atteinte au droit à l'image et à la vie privée de l'adolescente? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 5, 9.1.*

*Dépens — Dépens additionnels — Cause importante — Dépens additionnels inappropriés dans la présente affaire même s'il était reconnu qu'il s'agit d'une cause-type — Inclusion de dépens additionnels dans une réclamation en dommages-intérêts contraire à l'art. 477 C.p.c. — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 477 — Tarif des honoraires judiciaires des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13, art. 15.*

L'intimée a intenté une action en responsabilité civile contre les appelants, un photographe et l'éditeur d'une revue, pour avoir pris et publié dans une revue à vocation artistique une photographie représentant l'intimée, alors âgée de 17 ans, assise sur les marches d'un édifice. La photographie, qui a été prise dans un lieu public, a été publiée sans le consentement de l'intimée. Le juge de première instance a reconnu que la publication non autorisée de la photographie constituait une faute et a condamné solidairement les appelants à payer 2 000 \$. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé cette décision.

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et le juge Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci et Bastarache: Bien que la violation d'un droit consacré par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec crée, à l'art. 49 al. 1, un recours pour préjudices moral et matériel, ce recours est sujet aux principes de recouvrement du droit civil. Par conséquent, les éléments traditionnels de responsabilité doivent être établis.

Le droit à l'image est une composante du droit à la vie privée inscrit à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. Dans la mesure où le droit à la vie privée cherche à protéger une sphère d'autonomie individuelle, il doit inclure la faculté d'une personne de contrôler l'usage qui est fait de son image. Il faut parler de violation du droit à l'image et, par conséquent, de faute dès que l'image est publiée sans consentement et qu'elle permet d'identifier la personne en cause.

However, the right to respect for one's private life comes into conflict here with the right to freedom of expression protected by s. 3 of the Quebec *Charter*. Freedom of expression includes freedom of artistic expression, and it is unnecessary to create special categories of expression. The right to respect for one's private life, like freedom of expression, must be interpreted in accordance with s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The public's right to information, supported by freedom of expression, places limits on the right to respect for one's private life in certain circumstances. The balancing of the rights in question depends both on the nature of the information and on the situation of those concerned. In short, this is a question that depends on the context. For the purposes of legal analysis, it is inappropriate to resort to the notion of "socially useful information" adopted by the Court of Appeal.

In this case, the appellants are liable *a priori*, since the photograph was published when the respondent was identifiable. The artistic expression of the photograph cannot justify the infringement of the right to privacy it entails. An artist's right to publish his or her work is not absolute and cannot include the right to infringe, without any justification, a fundamental right of the subject whose image appears in the work. It has not been shown that the public's interest in seeing this photograph is predominant. In these circumstances, the respondent's right to protection of her image is more important than the appellants' right to publish the photograph of the respondent without first obtaining her permission. As for the causal connection between the publication of the photograph and the prejudice, there clearly is one.

Finally, although the infringement of a right guaranteed by the Quebec *Charter* is in itself insufficient to establish that prejudice has been sustained, the evidence, while limited, could serve as a basis for the extrapatrimonial damages awarded. While the trial judge did make some errors in assessing the moral prejudice, these errors do not call into question the existence of such prejudice resulting from the infringement of the respondent's right to respect for her private life and accordingly do not warrant this Court's intervention to reduce a compensatory award that, although high, is within reasonable limits.

*Per Lamer C.J. (dissenting):* In civil liability, even though the respondent alleges that the appellants infringed a right guaranteed to her by the Quebec *Charter*, she must prove that a fault committed by the appellants caused her prejudice. Although the law of civil lia-

Cependant, le droit au respect de la vie privée se heurte, en l'instance, au droit à la liberté d'expression protégé à l'art. 3 de la *Charte* québécoise. La liberté d'expression comprend la liberté d'expression artistique et il n'y a pas lieu de créer de catégories particulières d'expression. Le droit au respect de la vie privée comme la liberté d'expression doivent recevoir une interprétation conforme aux dispositions de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Le droit du public à l'information, soutenu par la liberté d'expression, impose des limites au droit au respect de la vie privée dans certaines circonstances. La pondération des droits en cause dépend de la nature de l'information, mais aussi de la situation des intéressés. En somme, c'est une question qui dépend du contexte. Sur le plan de l'analyse juridique, il est inutile de recourir à la notion de l'«information socialement utile» retenue par la Cour d'appel.

En l'espèce, la responsabilité des appelants est *a priori* engagée puisqu'il y a eu publication de la photographie alors que l'intimée était identifiable. L'expression artistique de la photographie ne peut justifier l'atteinte au droit à la vie privée qu'elle comporte. Le droit d'un artiste de faire connaître son œuvre n'est pas absolu et ne saurait comprendre le droit de porter atteinte, sans justification aucune, à un droit fondamental du sujet dont l'œuvre dévoile l'image. L'intérêt dominant du public à prendre connaissance de cette photographie n'a pas été démontré. Dans les présentes circonstances, le droit de l'intimée à la protection de son image est plus important que le droit des appelants à publier la photographie de l'intimée sans avoir obtenu sa permission au préalable. Quant au lien de causalité entre la publication de la photographie et le préjudice, il existe clairement.

Enfin, bien que l'on ne puisse imputer un préjudice au seul fait qu'il y a eu atteinte à un droit garanti par la *Charte* québécoise, la preuve, quoique peu étoffée, pouvait constituer un fondement aux dommages extrapatrimoniaux accordés. Malgré certaines erreurs dans l'appréciation du préjudice moral, ces erreurs du premier juge ne remettent pas en cause l'existence d'un tel préjudice résultant de l'atteinte au droit au respect de la vie privée de l'intimée et ne justifient donc pas que notre Cour intervienne pour réduire une indemnité qui, bien qu'élevée, est située dans les limites du raisonnable.

*Le juge en chef Lamer (dissident):* En matière de responsabilité civile, même si l'intimée allègue que les appelants ont porté atteinte à un droit que lui garantit la *Charte* québécoise, elle doit prouver qu'une faute des appelants lui a causé un préjudice. Bien que le droit de

bility is informed by the constitutional or quasi-constitutional rights protected by the charters of rights, we must be reluctant to view fault as amounting to a violation of rights alone. Mere infringement of a right or freedom does not necessarily constitute fault. It is unjustifiable infringements that constitute fault. It is also necessary to give the first paragraph of s. 9.1 of the Quebec *Charter* — which provides that rights and freedoms must be exercised in relation to each other, with proper regard for public order, democratic values and general well-being — an interpretative significance and adapt the law of civil liability, as needed, to make it consistent with the rights guaranteed by the Quebec *Charter*. The rights concerned must therefore be balanced. In short, the concept of fault is central to the resolution of this case. Such an approach recognizes the flexible and contextual nature of this concept, and its capacity to reconcile the rights relied upon. A reasonable person respects the rights and freedoms of everyone and carries out his or her obligations while bearing his or her own rights in mind. This approach is also consistent with the wording of s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

Here, the dissemination of the respondent's image constituted a violation of her privacy and of her right to her image. In the abstract, to appropriate another person's image without his or her consent to include it in a publication constitutes a fault. However, in light of the first paragraph of s. 9.1 of the Quebec *Charter*, the respondent's right to privacy must be interpreted and harmonized in a manner consistent with the appellants' freedom of expression and the public's right to information, which is guaranteed by s. 44 of the Quebec *Charter*. In matters involving the right to one's image, this harmonizing role is played by the concept of the public interest. The content of this concept depends on the nature of the information conveyed by the image and on the situation of the parties involved. On the other hand, it must be balanced against the reasonable expectation of privacy of the person whose image is reproduced and, generally, against the severity of the infringement of the parties' rights. The concept of public interest limited to the right to receive "socially useful information" is too narrow. In this case, the public interest does not justify the appellants' fault. The photographer could easily have obtained the respondent's consent, but did not do so. As for causality, it is not at issue. Regarding prejudice, the Quebec law of civil liability requires proof of prejudice resulting from the fault. The respondent's simple statement that her classmates laughed at her does not in itself constitute sufficient evidence of prejudice, since it does not provide any information

la responsabilité civile tienne compte des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels protégés par les chartes des droits, il faut hésiter à résumer la faute à la seule violation de droits subjectifs. La simple atteinte à un droit ou à une liberté ne saurait constituer nécessairement une faute. Ce sont les atteintes injustifiables qui constituent une faute. Il faut également donner une portée interprétative au premier alinéa de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, qui prescrit que les droits et libertés doivent s'exercer les uns par rapport aux autres, dans le respect de l'ordre public, des valeurs démocratiques et du bien-être général, et adapter, au besoin, le droit de la responsabilité civile pour le rendre conforme aux droits garantis par la *Charte* québécoise. Il faut donc pondérer les droits en présence. En somme, la notion de faute est centrale à la résolution du présent litige. Une telle approche reconnaît le caractère souple et contextuel de cette notion et son habileté à concilier les droits subjectifs invoqués. La personne raisonnable respecte les droits et libertés de tous et assume ses obligations en étant au fait de ses propres droits. Cette approche est également conforme à la lettre de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

En l'espèce, la diffusion de l'image de l'intimée constitue une atteinte à sa vie privée et à son droit à l'image. *In abstracto*, s'approprier l'image d'autrui sans son consentement pour l'inclure dans une publication constitue une faute. Cependant, vu le premier alinéa de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, le droit à la vie privée de l'intimée doit s'interpréter et s'harmoniser d'une façon cohérente avec la liberté d'expression des appelants et le droit à l'information du public, garanti par l'art. 44 de la *Charte* québécoise. En matière de droit à l'image, c'est la notion d'intérêt public qui joue ce rôle d'harmonisation. Le contenu de cette notion dépend de la nature de l'information véhiculée par l'image et de la situation des parties en présence. En revanche, elle est pondérée par les attentes raisonnables en matière de vie privée que peut avoir la personne dont l'image est reproduite, et généralement par l'importance de l'atteinte aux droits des parties en litige. La notion d'intérêt public limitée au droit de prendre connaissance d'«information socialement utile» est trop étroite. Dans la présente affaire, l'intérêt public ne justifie pas la faute des appelants. Le photographe aurait aisément pu obtenir le consentement de l'intimée, mais il ne l'a pas fait. Quant au lien de causalité, il ne pose aucun problème. En ce qui concerne le préjudice, le droit québécois de la responsabilité civile exige la preuve d'un préjudice résultant de la faute. Or, la simple affirmation de l'intimée que des collègues de classe ont ri d'elle ne constitue pas en soi une preuve adéquate de préjudice puisque cette affirmation

about how she felt. Nor is there any evidence that the respondent has become a “well-known figure” or that the instant proceedings and the media coverage they received have increased her notoriety.

*Per* Major J. (dissenting): The appeal should be allowed for the reasons of the dissenting judge in the Court of Appeal that there was no evidence of damage.

### Cases Cited

By L’Heureux-Dubé and Bastarache JJ.

**Referred to:** *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Field v. United Amusement Corp.*, [1971] C.S. 283; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Québec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Estate of Presley v. Russen*, 513 F.Supp. 1339 (1981); *Current Audio, Inc. v. RCA Corp.*, 337 N.Y.S.2d 949 (1972); *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Moises v. Canadian Newspaper Co.*, [1997] 1 W.W.R. 337; *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Kowarsky v. Procureur général du Québec*, [1988] R.D.J. 339; *Droit de la famille — 1777*, [1994] R.J.Q. 1493; *Banque canadienne impériale de commerce v. Aztec Iron Corp.*, [1978] C.S. 266; *Berthiaume v. Réno-Dépôt inc.*, [1996] R.J.Q. 1323.

By Lamer C.J. (dissenting)

*Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Ford v. Québec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Deschamps v. Renault Canada (1977)*, 18 C. de D. 937; *Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Syndicat des communications graphiques local 41-M v. Journal de Montréal*, [1994] R.D.J. 456; *Towner v.*

ne fournit aucune information sur ses sentiments. Il n’y a également aucune preuve que l’intimée est devenue une «figure connue» ou que les présentes procédures et leur médiatisation ont accru sa notoriété.

*Le juge* Major (dissident): Le pourvoi est accueilli pour les raisons exposées par le juge dissident en Cour d’appel, selon lesquelles il n’y avait aucune preuve de préjudice.

### Jurisprudence

Citée par les juges L’Heureux-Dubé et Bastarache

**Arrêts mentionnés:** *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Field c. United Amusement Corp.*, [1971] C.S. 283; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Estate of Presley c. Russen*, 513 F.Supp. 1339 (1981); *Current Audio, Inc. c. RCA Corp.*, 337 N.Y.S.2d 949 (1972); *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Moises c. Canadian Newspaper Co.*, [1997] 1 W.W.R. 337; *CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Kowarsky c. Procureur général du Québec*, [1988] R.D.J. 339; *Droit de la famille — 1777*, [1994] R.J.Q. 1493; *Banque canadienne impériale de commerce c. Aztec Iron Corp.*, [1978] C.S. 266; *Berthiaume c. Réno-Dépôt inc.*, [1996] R.J.Q. 1323.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Deschamps c. Renault Canada (1977)*, 18 C. de D. 937; *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Syndicat des communications graphiques local 41-M c. Journal de Montréal*, [1994] R.D.J. 456; *Towner c.*

*Constructions H. Rodrigue inc.*, [1991] R.J.Q. 381; *Gazette (The) (Division Southam inc.) v. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30; *Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 8.  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 4, 5, 9.1 [en. 1982, c. 61, s. 2], 44, 49.  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 1053, 1073.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 36.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 477, para. 1.  
*Tariff of judicial fees of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, s. 15 [published at R.R.Q. 1981, p. 157 (Supp.)].

#### Authors Cited

Caron, Madeleine. "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 197.  
 Chevette, François. "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit" (1987), 21 *R.J.T.* 461.  
 Deleury, Édith, et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.  
 Glenn, H. Patrick. "Le droit au respect de la vie privée" (1979), 39 *R. du B.* 879.  
 Kayser, Pierre. *La protection de la vie privée*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Économica, 1990.  
 Nerson, R. *Les droits extrapatrimoniaux*. Paris: L.G.D.J., 1939.  
 Perret, Louis. "De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec" (1981), 12 *R.G.D.* 121.  
 Potvin, Louise. *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.  
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég. Commission permanente de la justice, Étude des projets de loi nos 101, 219, 260, 254, 262, 269, 278, 221 et 86 — Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, 16 décembre 1982, n<sup>o</sup> 230, p. B-11609.  
 Ravanas, J. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Paris: L.G.D.J., 1978.

*Constructions H. Rodrigue inc.*, [1991] R.J.Q. 381; *Gazette (The) (Division Southam inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30; *Rebeiro c. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 8.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 4, 5, 9.1 [ad. 1982, ch. 61, art. 2], 44, 49.  
*Code civil du Bas Canada*, art. 1053, 1073.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 36.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 477, al. 1.  
*Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13, art. 15.

#### Doctrine citée

Caron, Madeleine. «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne» (1978), 56 *R. du B. can.* 197.  
 Chevette, François. «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit» (1987), 21 *R.J.T.* 461.  
 Deleury, Édith, et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.  
 Glenn, H. Patrick. «Le droit au respect de la vie privée» (1979), 39 *R. du B.* 879.  
 Kayser, Pierre. *La protection de la vie privée*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Économica, 1990.  
 Nerson, R. *Les droits extrapatrimoniaux*. Paris: L.G.D.J., 1939.  
 Perret, Louis. «De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec» (1981), 12 *R.G.D.* 121.  
 Potvin, Louise. *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.  
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég. Commission permanente de la justice, Étude des projets de loi nos 101, 219, 260, 254, 262, 269, 278, 221 et 86 — Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, 16 décembre 1982, n<sup>o</sup> 230, p. B-11609.  
 Ravanas, J. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Paris: L.G.D.J., 1978.

Vallières, Nicole. *La presse et la diffamation*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1985.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1996] R.J.Q. 2137, 141 D.L.R. (4th) 683 (*sub nom. Aubry v. Duclos*), 71 C.P.R. (3d) 59, [1996] Q.J. No. 2116 (QL), affirming a decision of the Court of Québec, [1991] R.R.A. 421. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Major J. dissenting.

*Guylaine Bachand*, for the appellant Les Éditions Vice-Versa inc.

*Vivianne De Kinder*, for the appellant Duclos.

*Nathalie Charbonneau* and *Yves Archambault*, for the respondent.

*Marc-André Blanchard* and *Marie-Philippe Bouchard*, for the interveners.

English version of the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — I have had the opportunity to read the joint reasons of Justices L'Heureux-Dubé and Bastarache and, while I generally agree with them, I cannot fully subscribe to their analytical approach or their conclusion. I wish to make certain comments concerning the nature of the right to one's image and how I believe rights should be incorporated into an analysis of civil liability. Furthermore, I would allow this appeal because there is no evidence of damage.

#### I. Civil Liability and Rights

To a great extent, the oral arguments of the parties in this Court concerned the scope of the right to one's image and the limits imposed on it by the freedom of expression of a photographer and that of a publishing company. To this effect, the intervenor Canadian Broadcasting Corporation relied on this Court's freedom of expression jurisprudence to challenge the scope of a person's right to his or her image. The important role played by freedom of expression in our society was raised. While these submissions are most relevant to the

Vallières, Nicole. *La presse et la diffamation*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1996] R.J.Q. 2137, 141 D.L.R. (4th) 683 (*sub nom. Aubry c. Duclos*), 71 C.P.R. (3d) 59, [1996] A.Q. n° 2116 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour du Québec, [1991] R.R.A. 421. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et le juge Major sont dissidents.

*Guylaine Bachand*, pour l'appelante Les Éditions Vice-Versa inc.

*Vivianne De Kinder*, pour l'appelant Duclos.

*Nathalie Charbonneau* et *Yves Archambault*, pour l'intimée.

*Marc-André Blanchard* et *Marie-Philippe Bouchard*, pour l'intervenante.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident) — J'ai eu l'occasion de lire les motifs conjoints des juges L'Heureux-Dubé et Bastarache et, bien que je sois généralement d'accord avec eux, je ne puis souscrire entièrement à leur méthode d'analyse et à leur conclusion. D'une part, je formulerais certains commentaires quant à la nature du droit à l'image et à la façon dont je crois qu'il faut intégrer les droits subjectifs dans une analyse de responsabilité civile. D'autre part, j'accueillerais le présent pourvoi compte tenu de l'absence de preuve de dommage.

#### I. La responsabilité civile et les droits subjectifs

Dans une large mesure, les plaidoiries des parties en cette Cour ont porté sur l'étendue du droit à l'image et les limites que lui imposent les libertés d'expression d'un photographe et d'une maison d'édition. C'est ainsi que l'intervenante, la Société Radio-Canada, s'est appuyée sur la jurisprudence de cette Cour en matière de liberté d'expression pour contester la portée du droit d'une personne à son image. On a invoqué l'important rôle que joue la liberté d'expression dans notre société. Bien que ces arguments soient fort utiles à la résolution du

1

2

resolution of the case, I think it is important to clarify first how rights influence our analysis of civil liability. This approach makes clear to us how to reconcile the conflicting values at issue.

3 I would stress that the concept of fault is central to the resolution of this case. Before the Quebec legislature enacted a charter of human rights and freedoms, it was the law of civil liability, with all its flexibility, that protected privacy and the individual's interest in his or her image in Quebec private law. I read with interest the reasons of the judges of the Court of Appeal on this topic. In enacting its *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, the legislature thus consolidated the advances of civil liability in the protection of human rights: M. Caron, "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 197, at pp. 199-200; H. P. Glenn, "Le droit au respect de la vie privée" (1979), 39 *R. du B.* 879, at pp. 880-81.

4 This Court recognized the historical and conceptual continuity between the law of civil liability and the Quebec *Charter* in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345. The Court held at para. 120, *per* Gonthier J., that the constituent elements of the remedy available under s. 49 of the Quebec *Charter* cannot be distinguished from those of the general civil liability remedy:

The fact that an interpreter of the *Charter* first has to clarify the scope of a protected right in light of a specific provision does not make this exercise any different from the one that involves deducing a specific application from the principle recognized in art. 1053 *C.C.L.C.*

5 My intention here is to place the analytical approach that characterizes the dispute in this case as being primarily a conflict between the rights of the respondent and those of the appellants in its proper theoretical context. Accordingly, even though she relies on a certain right to her image,

litige, je crois qu'il importe de préciser d'abord la façon dont les droits subjectifs influencent notre analyse de la responsabilité civile. Cette approche nous éclaire sur la façon de réconcilier les valeurs contradictoires en présence.

J'insiste sur le fait que la notion de faute est centrale à la résolution du litige. Avant que le législateur québécois n'édicte une charte des droits et libertés de la personne, c'était le régime de la responsabilité civile, avec toute la souplesse qu'on lui connaît, qui protégeait en droit privé québécois la vie privée et l'intérêt à l'image. À ce sujet, j'ai lu avec intérêt les motifs des juges de la Cour d'appel. Ainsi, en adoptant sa *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, le législateur a cristallisé les avances de la responsabilité civile en matière de protection des droits de la personne: M. Caron, «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne» (1978), 56 *R. du B. can.* 197, aux pp. 199 et 200; H. P. Glenn, «Le droit au respect de la vie privée» (1979), 39 *R. du B.* 879, aux pp. 880 et 881.

Cette Cour a d'ailleurs reconnu une telle continuité historique et conceptuelle entre le droit de la responsabilité civile et la *Charte* québécoise dans l'affaire *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345. Sous la plume du juge Gonthier au par. 120, nous avons affirmé que le recours que confère l'art. 49 de la *Charte* québécoise ne se distingue pas du recours général en responsabilité civile par ses éléments constitutifs:

Le fait que l'interprète de la *Charte* ait d'abord à préciser la portée d'un droit protégé à la lumière d'un texte précis ne différencie pas cet exercice de celui qui consiste à déduire du principe reconnu à l'art. 1053 *C.c.B.C.* une application particulière.

Je tiens ainsi à replacer dans son contexte théorique propre la méthode analytique qui qualifie le différend en l'espèce comme étant avant tout un conflit entre les droits subjectifs de l'intimée et des appelants. En conséquence, malgré qu'elle invoque un certain droit à l'image, la demanderesse intimée



the plaintiff respondent must prove that a fault committed by the appellants caused her prejudice.

I also wish to point out that the parties referred us to a number of public law cases. I do not doubt that the law of civil liability is informed by the constitutional or “quasi-constitutional” rights protected by the Charters. I am certain that a reasonable person respects everyone’s right to privacy, right to his or her image and freedom of expression in accordance with the Charters. However, I believe that it is important to emphasize the comprehensive and contextual nature of civil fault. We should be reluctant to view fault as amounting to a violation of rights alone. In my view, such an approach is riddled with obstacles, of which the following are those that appear most obvious to me.

More often than not, the decisions of this Court concerning fundamental rights have been rendered in the criminal law context. It must first be asked whether those decisions are directly applicable to a dispute between private parties, as in the case at bar. Although I do not intend to give a general answer to this question, my comments can be illustrated with an example.

Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protects against unreasonable search and seizure, thereby guaranteeing a certain right to privacy. However, the decisions of this Court relating to s. 8 recognize that there is a fundamental difference between a person’s reasonable expectation of privacy in his or her dealings with the state and the same person’s reasonable expectation of privacy in his or her dealings with ordinary citizens. I refer here to the reasons of the majority of this Court in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 43-45, and *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at pp. 48-55. For example, La Forest J. wrote in *Wong*, at p. 48: “it must follow that there is an important difference between the risk that our activities may be observed by other persons, and the risk that agents of the state, in the absence of prior authorization, will permanently record those activities on videotape”. In the view of La Forest J. it is possible to consent to one of these risks without consenting to

doit prouver qu’une faute des appelants lui a causé préjudice.

Je souligne aussi que les parties nous ont cité nombre d’arrêts de droit public. Je ne doute pas que le droit de la responsabilité civile tient compte des droits constitutionnels ou «quasi constitutionnels» protégés par les chartes. Je suis certain que la personne raisonnable respecte le droit à la vie privée, le droit à l’image et la liberté d’expression de tous, en conformité avec les chartes. Mais je crois qu’il importe de souligner le caractère global et contextuel de la faute civile. Il faudrait hésiter à résumer la faute à la seule violation de droits subjectifs. Je crois qu’une telle approche est parsemée d’écueils dont voici ceux qui m’apparaissent les plus notoires.

Plus souvent qu’autrement, la jurisprudence de cette Cour sur les droits fondamentaux a été élaborée dans le contexte du droit pénal. En premier lieu, il convient de se demander si cette jurisprudence peut trouver une application immédiate lorsqu’il nous sommes en présence d’un conflit opposant des parties privées, comme en l’espèce. Sans vouloir conclure sur cette question d’une façon générale, un exemple illustre mes propos.

L’article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* offre une protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, et garantit de ce fait un certain droit à la vie privée. Toutefois, la jurisprudence de cette Cour portant sur l’art. 8 admet l’existence d’une différence fondamentale entre les attentes raisonnables de vie privée d’une personne dans ses rapports avec l’État, et ses attentes raisonnables de vie privée dans ses rapports avec de simples citoyens. Je fais ici allusion aux motifs majoritaires de cette Cour dans les affaires *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, aux pp. 43 à 45, et *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, aux pp. 48 à 55. Par exemple, le juge La Forest écrit dans l’arrêt *Wong* à la p. 48: «il s’ensuit nécessairement qu’il existe une différence importante entre le risque que nos activités soient observées par d’autres personnes et le risque que des agents de l’État, sans autorisation préalable, enregistrent de façon permanente ces activités sur bande magné-

6

7

8

the other (at p. 51): “We must be prepared to live with the first risk, but, in a free and open society, need not tolerate the spectre of the second.”

toscopique». Or, de l’avis du juge La Forest à la p. 51, on peut consentir à l’un de ces risques sans consentir à l’autre: «Il nous faut être prêts à accepter le premier risque, mais, dans une société libre et ouverte, nous n’avons pas à tolérer le spectre du deuxième risque.»

9 It would therefore be wrong to define the scope of the right to privacy between citizens solely on the basis of the decisions relating to s. 8. Although I agree with the functional definitions of privacy adopted by this Court, particularly in *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, and *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, it seems to me that the right to privacy can have a different scope in private law.

On aurait donc tort de fixer la portée du droit à la vie privée entre citoyens sur la seule base de la jurisprudence entourant l’art. 8. Bien que je souscrive aux définitions fonctionnelles de vie privée adoptées par notre Cour, notamment dans les arrêts *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, et *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, il me semble que le droit à la vie privée peut avoir une étendue différente en droit privé.

10 The analysis under the Canadian *Charter* can also be distinguished from civil liability analysis in another way. In *Charter* matters, this Court has developed a two-stage approach: the plaintiff must first show that a right or freedom has been infringed before the defendant attempts to demonstrate that the limit on the protected rights and freedoms is reasonable. For example, freedom of expression enjoys very broad protection in Canada. Any peaceful activity that conveys or attempts to convey meaning is protected by freedom of expression. According to this definition, even defamatory remarks are protected by freedom of expression. Therefore, the person who maintains the validity of a limit on such expression has the burden of proving that the limit is reasonable. Where the Canadian *Charter* is concerned, the burden of justification is always on the state.

L’analyse sous la *Charte* canadienne se distingue aussi d’une analyse de responsabilité civile d’une autre manière. Ainsi, en matière de charte, cette Cour a développé une approche en deux étapes: la partie demanderesse doit d’abord démontrer qu’un droit ou une liberté a été atteint, avant que la partie défenderesse ne tente de démontrer le caractère raisonnable d’une limite aux droits et libertés garantis. Par exemple, la liberté d’expression bénéficie au Canada d’une protection très large. Toute activité pacifique qui transmet ou tente de transmettre une signification est protégée par la liberté d’expression. Selon cette définition, même des propos diffamatoires sont protégés par la liberté d’expression. La personne qui soutient la validité d’une limite à cette expression supporte donc le fardeau de prouver le caractère raisonnable de cette contrainte. En matière de *Charte* canadienne, le fardeau de justification incombe toujours à l’État.

11 In contrast, the rules of civil liability are different. First, mere infringement of a right or freedom does not in my view necessarily constitute fault. For example, firefighters who interrupt a political meeting to evacuate a burning building do not commit a fault. In my view, the following statement by Gonthier J. in *Béliveau St-Jacques, supra*, must be interpreted in light of the foregoing: “It is . . . clear that the violation of a right protected by the *Charter* is equivalent to a civil fault” (para. 120). Only unjustifiable infringements of

Par ailleurs, les règles de la responsabilité civile sont différentes. D’une part, à mon avis, la simple atteinte à un droit ou à une liberté ne saurait constituer nécessairement une faute. Par exemple, les pompiers qui interrompent une assemblée politique pour évacuer un édifice menacé par les flammes ne commettent pas une faute. C’est dans cette optique qu’il faut interpréter, je crois, ces propos du juge Gonthier dans l’affaire *Béliveau St-Jacques*, précitée: «il est manifeste que la violation d’un droit protégé par la *Charte* équivaut à une faute civile»

freedom of expression, as this freedom is defined in public law, constitute fault.

Second, I do not think that a civil liability analysis allows the burden of proof to be shifted between the parties in the same manner as is permitted in Charter law. Section 9.1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms* is relevant here. It reads as follows:

**9.1.** In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

This Court has held, in cases in which the validity of a statutory provision was challenged, that s. 9.1 is to be interpreted in the same way as s. 1 of the Canadian *Charter*. We have also suggested, however, that this provision can have a somewhat different meaning. Thus, in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 769-70, the Court put forward a different interpretation in these terms:

It was suggested in argument that because of its quite different wording s. 9.1 was not a justificatory provision similar to s. 1 [of the Canadian *Charter*] but merely a provision indicating that the fundamental freedoms and rights guaranteed by the Quebec *Charter* are not absolute but relative and must be construed and exercised in a manner consistent with the values, interests and considerations indicated in s. 9.1 — “democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.” In the case at bar the Superior Court and the Court of Appeal held that s. 9.1 was a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian *Charter* and that it was subject, in its application, to a similar test of rational connection and proportionality. This Court agrees with that conclusion. *The first paragraph of s. 9.1 speaks of the manner in which a person must exercise his fundamental freedoms and rights. That is not a limit on the authority of government but rather does suggest the manner in which the scope of the fundamental freedoms and rights is to be interpreted.* [Underlining in original; italics added.]

(par. 120). Ce ne sont que les atteintes injustifiables à la liberté d’expression, tel qu’on définit cette liberté en droit public, qui constituent une faute.

D’autre part, je ne crois pas qu’une analyse de responsabilité civile tolère le déplacement du fardeau de la preuve entre les parties de la même façon que ne l’accepte le droit des chartes. Entre ici en jeu l’art. 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, qui se lit ainsi:

**9.1.** Les libertés et droits fondamentaux s’exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l’ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l’exercice.

Notre Cour a affirmé dans des affaires où on contestait la validité d’une disposition législative que l’art. 9.1 s’interprète de la même façon que l’article premier de la *Charte* canadienne. Toutefois, elle a aussi avancé que cette disposition peut avoir un sens quelque peu différent. Ainsi dans *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 769 et 770, la Cour a suggéré une interprétation différente en ces termes:

On a soutenu à l’audience qu’en raison de son libellé tout à fait différent, l’art. 9.1 n’est pas une disposition justificative analogue à l’article premier [de la *Charte* canadienne], mais simplement une disposition indiquant que les libertés et droits fondamentaux garantis par la *Charte* québécoise ne sont pas absolus mais relatifs et doivent donc s’interpréter et s’exercer d’une manière compatible avec les valeurs, les intérêts et les considérations mentionnées à l’art. 9.1, soit les «valeurs démocratiques», «l’ordre public» et le «bien-être général des citoyens du Québec». En l’espèce, la Cour supérieure et la Cour d’appel ont conclu que l’art. 9.1 était une disposition justificative correspondant à l’article premier de la *Charte* canadienne et que son application était soumise à un critère semblable de proportionnalité et de lien rationnel. La Cour souscrit à cette conclusion. *Le premier alinéa de l’art. 9.1 parle de la façon dont une personne doit exercer des libertés et des droits fondamentaux. Ce n’est pas une limitation du pouvoir du gouvernement, mais plutôt une indication de la manière d’interpréter l’étendue de ces libertés et droits fondamentaux.* [Souligné dans l’original; italiques ajoutés.]

12

13

The Court continued its analysis in *Ford* by noting that the second paragraph of s. 9.1 does refer to “legislative authority to impose limits on the fundamental freedoms and rights” (p. 770). It held that this second paragraph must be interpreted in the same way as s. 1 of the Canadian *Charter*.

<sup>14</sup> Similarly, in the recent case of *Godbout v. Longueuil (City)*, *supra*, La Forest J. stated, at para. 103:

As is evident from its very terms, s. 9.1 allows for the possibility that the “fundamental freedoms and rights” enshrined in the Quebec *Charter* may be subject to limits fixed by law. While it might be argued — I do not say how successfully — that the residence requirement at issue would not constitute a “law” for the purposes of s. 9.1, and while there appears to be some uncertainty in the academic literature as to whether the first paragraph of s. 9.1 can ever apply to limit rights even where no applicable “law” does so (see, e.g., F. Chevette, “La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit”, in *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis* (1989), 71), I do not consider it necessary to pronounce specifically upon either of those issues. I take this view for the following reasons. [Emphasis added.]

<sup>15</sup> Furthermore, the statement of the test for s. 1 of the Canadian *Charter* itself refers to “the legislative objective which the limitation is designed to promote”: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768. It is difficult to apply this language to the law of civil liability. Article 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* lays down a standard of conduct in general wording that does not lend itself well to a sufficiently specific analysis of its objective. In light of the foregoing, I believe that we must give the first paragraph of s. 9.1 an interpretative significance and adapt the law of civil liability, as needed, to make it consistent with the rights guaranteed by the Quebec *Charter*.

<sup>16</sup> In this respect, a parallel can be drawn between the present case and the case before the Court in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130. This Court recognized in *Hill* that in

La Cour a poursuivi son analyse dans *Ford* en notant que le second alinéa de l’art. 9.1 traite bien du «pouvoir du législateur d’imposer des limites aux libertés et droits fondamentaux» (p. 770). Quant à ce deuxième alinéa, la Cour a conclu qu’il devait s’interpréter à la manière de l’article premier de la *Charte* canadienne.

De la même façon, dans la récente affaire *Godbout c. Longueuil (Ville)*, précitée, le juge La Forest s’est exprimé ainsi au par. 103:

Comme il appert de son libellé même, cette disposition prévoit la possibilité que des limites soient apportées législativement aux «libertés et droits fondamentaux» garantis par la *Charte* québécoise. Bien qu’on puisse prétendre — je ne m’avance pas sur le succès de l’argument — que l’obligation de résidence en litige ne constituerait pas une «loi» pour l’application de l’art. 9.1 et bien que la doctrine ne semble pas fixée sur la question de savoir si le premier paragraphe de l’art. 9.1 peut avoir pour effet de limiter des droits même en l’absence de «loi» applicable en ce sens (voir F. Chevette, «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit», dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis* (1989), 71), je ne crois pas, pour les motifs qui suivent, qu’il faille statuer sur l’une ou l’autre de ces questions en l’espèce. [Je souligne.]

On peut aussi noter que la formulation même du test de l’article premier de la *Charte* canadienne fait référence à «l’objectif législatif que la restriction vise à promouvoir»: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 768. Ce langage s’applique difficilement en matière de droit de la responsabilité civile. L’article 1053 du *Code civil du Bas Canada* édicte une norme de conduite qui se prête mal dans sa formulation générale à une analyse suffisamment précise de son objectif. Confrontés à une telle réalité, nous devons, je crois, donner une portée interprétative au premier alinéa de l’art. 9.1, et adapter le droit de la responsabilité civile au besoin pour le rendre conforme aux droits garantis par la *Charte* québécoise.

À cet égard, on peut faire un parallèle entre le cas en l’espèce et celui que la Cour devait examiner dans l’affaire *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130. Cette Cour y a

libel cases, “the twin values of reputation and freedom of expression will clash” (para. 100). This type of balancing must also be done here. While this Court concluded in that case that the Canadian *Charter* did not apply to the actions of the plaintiff Casey Hill, it repeated that the common law is subject to the Canadian *Charter*. Cory J. quoted the comments of Iacobucci J. to that effect in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 675:

Where the principles underlying a common law rule are out of step with the values enshrined in the *Charter*, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the common law rule so as to make it consistent with *Charter* values, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action that I have referred to above, then the rule ought to be changed.

In my view, this is a judicial process similar to that prescribed by s. 9.1.

In short, the real issue is whether the appellants committed a fault. This approach recognizes the flexible and contextual nature of the concept of fault, and its capacity to reconcile the rights relied upon in this case (see L. Perret, “De l’impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec” (1981), 12 *R.G.D.* 121, at p. 124). A reasonable person respects the rights and freedoms of everyone and carries out his or her obligations while bearing his or her own rights in mind.

This approach is also consistent with the wording of s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The parliamentary proceedings that resulted in the adoption of s. 9.1 show that the legislature’s intention was for the first paragraph of s. 9.1 to place limits on private relations rather than on the law itself: see F. Chevette, “La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit” (1987), 21 *R.J.T.* 461, at pp. 463-68. The statement made by the Quebec Minister of

reconnu que dans les affaires de libelle, «les valeurs jumelles de réputation et de liberté d’expression entreront en conflit» (par. 100). C’est le type de pondération qu’il faut effectuer ici. D’autre part, bien que cette Cour ait conclu dans cette affaire que la *Charte* canadienne ne trouvait pas application quant aux actions du demandeur Casey Hill, elle a répété que la *Charte* canadienne régit la common law. À cet effet, le juge Cory a cité les propos du juge Iacobucci dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 675:

Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S’il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, sans perturber le juste équilibre entre l’action judiciaire et l’action législative dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée.

Je crois que c’est là un processus judiciaire analogue à celui que prescrit l’art. 9.1.

En somme, la véritable question en litige consiste à s’interroger sur la faute des appelants, s’il y en a une. Cette approche reconnaît le caractère souple et contextuel de la notion de faute, et son habileté à réconcilier les droits subjectifs invoqués en l’espèce (voir L. Perret, «De l’impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec» (1981), 12 *R.G.D.* 121, à la p. 124). La personne raisonnable respecte les droits et libertés de tous, et assume ses obligations en étant au fait de ses propres droits.

Cette approche est également conforme à la lettre de l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Les travaux parlementaires menant à l’adoption de l’art. 9.1 précisent l’intention du législateur de conférer au premier alinéa de l’art. 9.1 un caractère limitatif régissant les rapports privés plutôt que trouvant application à l’égard de la loi même: voir F. Chevette, «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit» (1987), 21 *R.J.T.* 461, aux pp. 463 à 468. On peut aussi rappeler, avec la prudence qu’il convient, les propos du ministre de la Justice du

17

18

Justice when the provision was adopted in 1982 can also be noted, with appropriate caution:

[TRANSLATION] The purpose of s. 9.1 is to temper the absolute nature of the freedoms and rights set out in ss. 1 to 9 both from the perspective of the limits imposed on the holders of those rights and freedoms in respect of other citizens, which is the case for the first paragraph, and from that of the limits the legislature may place on the community as a whole, a principle formed in the second paragraph.

(*Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3rd sess., 32nd Leg., December 16, 1982, at p. B-11609.)

<sup>19</sup> This case cannot be resolved merely by relying upon the respondent's right to her image or the appellants' freedom of expression; the rights concerned must also be balanced. Since freedom of expression is fairly well known, I shall now discuss the right to one's image.

## II. Right to One's Image

<sup>20</sup> The Quebec courts have applied the principles of civil liability to allow compensation for the prejudice resulting from the use of a person's image without his or her consent. According to the authors, these judicial interventions have created a right to one's image at issue in the present case. The reasons of the Court of Appeal include a detailed account of the evolution of Quebec and French jurisprudence and doctrine, and that account is entirely satisfactory. However, I wish to add the following comments.

<sup>21</sup> I would hesitate to conclude that the right to one's image has no existence independent of the right to privacy. It is common knowledge that this Court has defined the right to privacy very broadly (albeit in the public law context). In *Dyment*, *supra*, La Forest J. noted that according to certain authors privacy "is at the heart of liberty in a modern state" (p. 427), and that it is based "on the notion of the dignity and integrity of the individual" (p. 429). La Forest J. reiterated this functional approach in *Godbout v. Longueuil (City)*, *supra*, in which he stated at para. 97 that the right to privacy protects, *inter alia*, the "narrow sphere of personal

Québec au moment de l'adoption de la disposition en 1982:

L'article 9.1 a pour objet d'apporter un tempérament au caractère absolu des libertés et droits édictés aux articles 1 à 9 tant sous l'angle des limites imposées au titulaire de ces droits et libertés à l'égard des autres citoyens, ce qui est le cas pour le premier alinéa, que sous celui des limites que peut y apporter le législateur à l'égard de l'ensemble de la collectivité, principe qu'on retrouve au deuxième alinéa.

(*Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., le 16 décembre 1982, à la p. B-11609.)

Il ne suffit pas d'invoquer le droit à l'image de l'intimée ou la liberté d'expression des appelants pour régler ce litige: encore faut-il pondérer les droits en présence. Puisque la liberté d'expression est assez bien connue, je me penche maintenant sur le droit à l'image.

## II. Le droit à l'image

Les tribunaux québécois ont mis en œuvre les principes de la responsabilité civile pour permettre l'indemnisation du préjudice subi suite à l'utilisation sans consentement de l'image d'une personne. Pour la doctrine, est issu de ces interventions judiciaires un droit subjectif à l'image mis en cause en l'espèce. Les motifs de la Cour d'appel résument avec détails les développements des jurisprudences et doctrines québécoises et françaises, et je me satisfais entièrement de cet exposé. J'y ajouterais toutefois les commentaires suivants.

J'hésiterais à conclure que le droit à l'image n'a aucune existence autonome du droit à la vie privée. Il est notoire que notre Cour a défini en des termes très larges le droit à la vie privée (bien que dans le contexte du droit public). Dans l'affaire *Dyment*, précitée, le juge La Forest note à la suite de certains auteurs que la notion de vie privée «est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne» (p. 427) et qu'elle se fonde «sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne» (p. 429). Cette approche fonctionnelle est reprise par le juge La Forest dans l'affaire *Godbout c. Longueuil (Ville)*, précitée, où il affirme au par. 97 que le

autonomy within which inherently private choices are made”, a view shared by all the members of this Court. I believe that the right to privacy can be analysed in similar terms in private law. Furthermore, this right certainly includes a person’s right to his or her image. Nevertheless, I do not rule out the possibility that a person’s commercial interest in his or her image does not derive uniquely from his or her right to privacy. As a result, it may be advisable to preserve the integrity of the concept of privacy.

I also agree with my colleagues that the right to one’s image is primarily a personality right, an interest of an extrapatrimonial nature. I do not consider it necessary to go further and determine whether there is also a right to one’s image of a patrimonial nature, as Rothman J. suggested in *Deschamps v. Renault Canada* (1977), 18 C. de D. 937 (Que. Sup. Ct.). I would note simply that it is not contrary to public order for individuals, whether famous or not, to profit from consenting to the use of their image.

In the case at bar, I am of the view that the dissemination of the respondent’s image constituted a violation of her privacy and of her right to her image. In the abstract, to appropriate another person’s image without his or her consent to include it in a publication constitutes a fault. I am of the view that a reasonable person would have been more diligent and would at least have tried to obtain the respondent’s consent to the publication of her photograph. The appellants did not do everything necessary to avoid infringing the respondent’s rights. In this regard, a parallel can be drawn with the obligation of diligence the news media must meet in gathering information in order to avoid liability for defamation should their comments prove to be inaccurate: *Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.), at pp. 1818-21.

I do not doubt that freedom of expression provides the appellants with powerful arguments to the effect that they acted reasonably. However, as

droit à la vie privée protège, entre autres choses, «la sphère limitée d’autonomie personnelle où se forment des choix intrinsèquement privés», une opinion partagée par tous les membres de cette Cour. Je crois que le droit à la vie privée s’analyse en termes similaires en droit privé. De plus, ce droit comprend certainement le droit d’une personne sur son image. Néanmoins, je n’exclus pas que l’intérêt commercial d’une personne dans son image ne dérive pas uniquement de son droit à la vie privée. À cet effet, il convient peut-être de préserver une certaine intégrité au concept de vie privée.

De la même façon, je partage l’opinion de mes collègues que le droit à l’image est avant tout un droit de la personnalité, un intérêt de nature extrapatrimoniale. Je ne crois pas nécessaire d’aller plus à fond et de déterminer s’il existe aussi un droit à l’image de nature patrimoniale, comme l’a suggéré le juge Rothman dans l’affaire *Deschamps c. Renault Canada* (1977), 18 C. de D. 937 (C.S. Qué.). Je noterais simplement qu’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.

En l’espèce, je suis d’avis que la diffusion de l’image de l’intimée constitue une atteinte à sa vie privée et à son droit à l’image. *In abstracto*, s’approprier l’image d’autrui sans son consentement pour l’inclure dans une publication constitue une faute. Je suis d’avis que la personne raisonnable aurait agi de façon plus diligente et aurait au moins tenté d’obtenir le consentement de l’intimée à la publication de sa photographie. Les appelants n’ont pas pris toutes les mesures nécessaires pour éviter d’enfreindre les droits de l’intimée. À cet égard, on peut tracer un parallèle avec l’obligation de diligence dont doit faire preuve un média d’information dans la collecte de renseignements afin d’éviter d’engager sa responsabilité pour diffamation si ses propos s’avéraient inexacts: *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.), aux pp. 1818 à 1821.

Je ne doute pas que la liberté d’expression offre aux appelants de puissants arguments selon lesquels ils ont agi de façon raisonnable. Toutefois,

22

23

24

s. 9.1 of the Quebec *Charter* provides, rights and freedoms must be exercised in relation to each other, with proper regard for public order, democratic values and general well-being (see also *Syndicat des communications graphiques local 41-M v. Journal de Montréal*, [1994] R.D.J. 456 (C.A.), at p. 458; *Towner v. Constructions H. Rodrigue inc.*, [1991] R.J.Q. 381 (Sup. Ct.), at pp. 382-83). Thus, the rights of the appellants and the respondent must be harmonized in the facts of the case. The concept of the public interest is intended to play this role in matters involving the right to one's image as in the case of the right to one's honour and reputation. This rule should now be examined.

### III. Public Interest

25 The respondent's right to privacy must be interpreted in a manner consistent with the appellants' freedom of expression and the public's right to information, which is guaranteed by s. 44 of the Quebec *Charter*. As the Court of Appeal recently stated in *The Gazette (Division Southam inc.) v. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.), at p. 36:

[TRANSLATION] The right to privacy, on the other hand, is not absolute. It is subject to a series of limits, and its application requires a balancing with other fundamental rights, including the public's right to information. A violation of the right to privacy thus cannot be characterized as illicit or wrongful if there is a reasonable justification or a legitimate purpose, or if it can be concluded that the person consented to the invasion of his or her privacy.

26 It is inevitable that the concept of public interest is imprecise. In her work on defamation, Nicole Vallières writes of the public interest in this context: [TRANSLATION] "[t]his abstract concept is difficult to delimit, and as far as we know, no definition of the public interest has been applied to the press by the Quebec courts": *La presse et la diffamation* (1985), at p. 90. In my view, the content of the concept of public interest depends on the nature of the information conveyed by the image and on the situation of the parties involved. On the other hand, it must be balanced against the reasonable expectation of privacy of the person whose

comme le prescrit l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, les droits et libertés doivent s'exercer les uns par rapport aux autres, dans le respect de l'ordre public, des valeurs démocratiques et du bien-être général (voir aussi *Syndicat des communications graphiques local 41-M c. Journal de Montréal*, [1994] R.D.J. 456 (C.A.), à la p. 458; *Towner c. Constructions H. Rodrigue inc.*, [1991] R.J.Q. 381 (C.S.), aux pp. 382 et 383). Ainsi, les droits des appelants et de l'intimée doivent s'harmoniser dans les faits de l'espèce. C'est le rôle que tente de jouer la notion d'intérêt public, en matière de droit à l'image comme en matière de droit à l'honneur et à la réputation. C'est cette règle qu'il convient de scruter maintenant.

### III. L'intérêt public

Le droit à la vie privée de l'intimée doit s'interpréter d'une façon cohérente avec la liberté d'expression des appelants et le droit à l'information du public, garanti par l'art. 44 de la *Charte* québécoise. Comme l'a récemment exprimé la Cour d'appel dans l'affaire *The Gazette (Division Southam inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.), à la p. 36:

Le droit à la vie privée, par contre, n'est pas absolu. Il est balisé par une série de limites et sa mise en œuvre appelle un équilibre avec d'autres droits fondamentaux, dont le droit du public à l'information. On ne pourrait donc qualifier d'illicite ou fautive la violation du droit à la vie privée s'il existe une justification raisonnable, une fin légitime ou encore si l'on peut conclure au consentement par la personne à l'intrusion dans sa vie privée.

Il est inévitable que la notion d'intérêt public demeure floue. Dans son ouvrage sur la diffamation, Nicole Vallières écrit sur l'intérêt public dans ce contexte: «[c]ette notion abstraite est difficile à cerner et il n'existe pas, à notre connaissance, de définition de l'intérêt public appliquée à la presse dans la jurisprudence québécoise»: *La presse et la diffamation* (1985), à la p. 90. À mon avis, le contenu de la notion d'intérêt public dépend de la nature de l'information véhiculée par l'image et de la situation des parties en présence. En revanche, elle est pondérée par les attentes raisonnables de vie privée que peut avoir la personne dont l'image



image is reproduced and, generally, against the severity of the infringement of the parties' rights.

With respect, I believe that LeBel J.A. of the Court of Appeal erred in limiting the notion of public interest to the right to receive [TRANSLATION] "socially useful" information ([1996] R.J.Q. 2137, at p. 2149). This concept appears to me to be too narrow. Be that as it may, it is my view that in the case at bar the public interest does not justify the appellants' fault. The appellant Duclos could easily have obtained the respondent's consent, but did not do so. It is possible for the public interest to justify the dissemination of the image of a person who is in a crowd or is at the scene of an important event in a purely incidental manner. However, I will express no opinion on this subject, and I do not think it appropriate to specify, in the context of the present case, the circumstances in which the public interest prevails over a person's right to his or her image. It is sufficient to state that the appellants committed a fault. Since causality is not at issue here, it is now necessary to consider damage and the proof thereof.

#### IV. Damage

The Quebec law of civil liability requires proof of prejudice resulting from the fault. This is an essential element of civil liability. On this question of damage, I agree with Baudouin J.A. that the plaintiff respondent has not proven that she suffered prejudice.

The complete evidence of damage reads as follows:

[TRANSLATION]

Q. Did that photo cause you any difficulties?

A. Some difficulties; people laughed at me.

Q. People, who are these people?

A. My friends, the people at school.

Q. The people at school?

A. Uh-huh.

Q. I have no further questions, Your Honour.

est reproduite, et généralement par l'importance de l'atteinte aux droits des parties en litige.

Avec respect, je crois que le juge LeBel de la Cour d'appel a fait erreur en limitant la notion d'intérêt public au droit de prendre connaissance d'information «socialement utile» ([1996] R.J.Q. 2137, à la p. 2149). Cette notion m'apparaît trop étroite. Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que l'intérêt public ne justifie pas en l'espèce la faute des appelants. L'appellant Duclos aurait aisément pu obtenir le consentement de l'intimée, mais il ne l'a pas fait. Il est possible que l'intérêt public justifie la diffusion de l'image d'une personne qui se trouve dans une foule ou de façon purement accessoire sur la scène d'un événement d'importance. Toutefois, je n'émetts aucune opinion à ce sujet et ne pense pas qu'il convienne de préciser dans le cadre de ce litige les conditions auxquelles l'intérêt public l'emporte sur le droit d'une personne sur son image. Qu'il suffise d'affirmer que les appelants ont commis une faute. Et puisque la causalité ne pose pas ici de problème, il faut maintenant considérer le dommage et sa preuve.

#### IV. Le dommage

Le droit québécois de la responsabilité civile exige la preuve d'un préjudice résultant de la faute. Il s'agit d'un élément essentiel de la responsabilité civile. Sur cette question des dommages, je m'accorde avec le juge Baudouin pour affirmer que la demanderesse intimée n'a pas prouvé le préjudice qu'elle a subi.

L'ensemble de la preuve quant au dommage se lit ainsi:

Q. Est-ce que ça vous a emmené des tracas, cette photo-là?

R. Des tracas; le monde ont ri de moi, là.

Q. Le monde, c'est qui ça le monde?

R. Mes amis, le monde de l'école.

Q. Le monde de l'école?

R. Um-hum.

Q. Je n'ai pas d'autres questions, Votre Seigneurie.

27

28

29

30 The trial judge concluded from the evidence that the respondent had been a victim of [TRANSLATION] “teasing by friends her own age” and that this entitled her to compensation [TRANSLATION] “of at least \$2,000 for the humiliation suffered as a result of the invasion of her privacy and injury to her reputation” ([1991] R.R.A. 421, at p. 423). For his part, LeBel J.A. of the Court of Appeal noted that the respondent’s evidence of prejudice was limited, but hastened to add that the trial judge believed this evidence, which accordingly made it sufficient evidence of damage. Thus, [TRANSLATION] “[i]n order to find that there was no moral injury, it would be necessary to go back over this assessment of credibility, an area essentially reserved to the sovereign assessment of the trier of fact, absent any manifest, serious and decisive error” (p. 2150).

31 I believe that if the respondent had stated, “I felt humiliated when I saw the photograph published in *Vice-Versa* magazine”, there would have been sufficient evidence of damage in this case, provided that Judge Bourret believed her. As Perrault J. of the Superior Court suggested in *Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389, at p. 391, [TRANSLATION] “[s]ome people may find it unpleasant to see their photographs appear on advertising posters; it is up to each individual to judge and decide this by giving or refusing the necessary consent.”

32 However, in my view the statement “people laughed at me” does not in itself constitute sufficient evidence of damage, since it does not provide any information about how the respondent Aubry felt. The fact that the trial judge accepted this evidence, without giving any reasons or explanation, suggests to me that he erred in presuming damage solely because the respondent’s classmates laughed at her. On re-reading the Court of Québec’s judgment, I cannot convince myself that Judge Bourret considered this essential element of civil liability.

33 The respondent nonetheless suggests that her prejudice consists of the fact that she has become

Le juge du procès a conclu de la preuve que l’intimée a été victime des «railleries de copains de son âge», et que ce fait lui donne droit à une indemnité «d’au moins 2 000 \$ pour compenser l’humiliation subie pour l’atteinte à sa vie privée et à sa réputation» ([1991] R.R.A. 421, à la p. 423). Pour sa part, le juge LeBel de la Cour d’appel a noté le caractère sommaire de la preuve de préjudice faite par l’intimée, mais s’est empressé d’ajouter que cette preuve a été crue par le juge du procès, ce qui en fait donc une preuve suffisante de dommage. Or, «[p]our conclure à l’inexistence du préjudice moral, il faudrait revenir sur cette appréciation de la crédibilité, domaine essentiellement réservé à l’appréciation souveraine du juge du fait, en l’absence d’erreur manifeste, grave et déterminante» (p. 2150).

Je crois que si l’intimée avait affirmé: «je me suis sentie humiliée quand j’ai vu la photo publiée dans la revue *Vice-Versa*», il y aurait en l’espèce preuve suffisante de dommage dans la mesure où le juge Bourret aurait cru l’intimée. Comme le laisse sous-entendre le juge Perrault de la Cour supérieure dans l’affaire *Rebeiro c. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389, à la p. 391, «[i]l peut ne pas être plaisant à certaines personnes de voir paraître leur photo dans des placards publicitaires; c’est à chacun d’en juger et d’en décider en donnant ou en refusant l’autorisation nécessaire.»

Toutefois, à mon avis, l’affirmation «le monde ont ri de moi» ne constitue pas en soi une preuve adéquate de dommage puisque cette affirmation ne fournit aucune information sur les sentiments de l’intimée Aubry. L’acceptation de cette preuve par le juge du procès, sans aucun motif ou explication de sa part, me laisse croire qu’il a commis une erreur en présumant un dommage du seul fait que des collègues de classe aient ri de l’intimée. À la relecture du jugement de la Cour du Québec, je ne peux me convaincre que le juge Bourret s’est attardé à cet élément *sine qua non* de la responsabilité civile.

L’intimée suggère pourtant que son préjudice consiste dans le fait d’être devenue une figure con-

well-known, thereby losing her anonymity. With respect, there is no evidence on the record tending to show that the respondent is now a “well-known figure”. No witnesses were called to testify that the respondent’s face or person is now known to them as a result of the events that gave rise to the litigation. The respondent also maintains that the civil proceedings in the present case and the media coverage they received have increased her notoriety, thereby entitling her to compensation. Once again, no evidence was adduced as to the respondent’s notoriety.

Justices L’Heureux-Dubé and Bastarache state that the evidence on the record “could serve as a basis for the damages awarded. This evidence did exist and illustrated in the trial judge’s view the discomfort and upset felt by the respondent as a result of the publication of her photograph” (para. 71). However, the trial judge did not in fact find that the plaintiff had felt discomfort. Judge Bourret did mention [TRANSLATION] “the humiliation suffered as a result of the invasion of her privacy and injury to her reputation” (p. 423 (emphasis added)), but this merely confirms that the trial judge committed a significant error in identifying the interest harmed by the events in question.

According to one French author, damage in the case of an infringement of the right to one’s image [TRANSLATION] “may consist simply in the annoyance felt by a person at becoming a ‘celebrity’” (L. Potvin, *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise* (1991), at p. 272, quoting Dean Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux* (1939), thesis from the Université de Lyon, at p. 384). With respect, this statement cannot mean that the infringement of a personality right on its own results in civil liability in Quebec in the absence of evidence of prejudice, contrary to what seems to be possible in France: P. Kayser, *La protection de la vie privée* (2nd ed. 1990), at pp. 222-66.

For these reasons, I do not rule out the possibility that the dissemination of a person’s image without consent might result in damage for which

nue, abandonnant ainsi son anonymat. Avec égards, il n’y aucune preuve au dossier tendant à démontrer que l’intimée est dorénavant une «figure connue». Aucune personne n’est venue témoigner que le visage ou la personne de l’intimée lui était maintenant connu suite aux faits donnant lieu au litige. L’intimée prétend aussi que les procédures civiles en l’instance et leur médiatisation ont accru sa notoriété, ce pourquoi elle devrait être compensée. Encore une fois, aucune preuve n’a été faite quant à la notoriété de l’intimée.

Les juges L’Heureux-Dubé et Bastarache affirment que la preuve au dossier «pouvait constituer un fondement aux dommages accordés. Cette preuve existait et illustre, selon le juge du procès, l’inconfort et les tracasseries que l’intimée a ressenties suite à la publication de sa photographie» (par. 71). Or, le juge du procès n’a même pas conclu que la demanderesse a subi un inconfort. Le juge Bourret a bel et bien mentionné «l’humiliation subie pour l’atteinte à sa vie privée et à sa réputation» (p. 423 (je souligne)), mais cette affirmation ne fait que confirmer que le juge du procès a commis une erreur importante dans l’identification de l’intérêt lésé par les événements en litige.

Un auteur français affirme que le dommage, en cas d’atteinte au droit à l’image, «peut consister simplement dans le déplaisir qu’éprouve la personne à devenir une “figure connue”» (L. Potvin, *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise* (1991), à la p. 272, citant le doyen Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux* (1939), thèse de l’Université de Lyon, à la p. 384). Avec égard, cette affirmation ne saurait signifier que la seule infraction à un droit de la personnalité entraîne au Québec la responsabilité civile en l’absence de preuve de préjudice, contrairement à ce qui semble possible en France: P. Kayser, *La protection de la vie privée* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 222 à 266.

Par ces motifs, je n’exclus d’aucune façon la possibilité que la diffusion sans autorisation de l’image d’une personne donne lieu à un dommage

34

35

36

he or she can be compensated. As Baudouin J.A. noted, at p. 2152,

[TRANSLATION] there is prejudice where the image is exploited commercially without authorization (*Deschamps v. Renault Canada*, (1977) 18 C. de D. 937 (Sup. Ct.)), or for purposes other than those for which consent was originally given (*Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389; *Cohen v. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (Sup. Ct.); *P.T. v. B.R.*, Sup. Ct. Montréal 500-05-015382-912, March 3, 1993, commentary by Adrian Popovici, "Chroniques sectorielles. L'altération de la personnalité aux yeux du public", (1994) 28 R.J.T. 289-302).

However, the evidence satisfies me that the instant case quite simply does not come within this category of affairs.

#### V. Disposition

37 I am of the view that the evidence is insufficient to conclude that the wrongful dissemination of the photograph of the respondent Aubry caused her moral prejudice. For this reason, I would allow the appeal, set aside the judgments below and dismiss the action, with costs.

English version of the judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. delivered by

38 L'HEUREUX-DUBÉ AND BASTARACHE JJ. — This appeal concerns the scope of the right to one's image as an element of the more general right to privacy. It also involves a balancing of the right to privacy and freedom of expression.

39 It should be noted at the outset that since the events on which this case is based occurred in 1988, the matter is governed by the *Civil Code of Lower Canada*.

#### I. Facts

40 The respondent, Pascale Claude Aubry, brought an action in civil responsibility against the appellants, Gilbert Duclos and Les Éditions Vice-Versa inc., for taking and publishing a photograph showing the respondent sitting on a step in front of a

pour lequel elle puisse être compensée. Comme le note le juge Baudouin, à la p. 2152,

le préjudice existe lorsque l'image est exploitée commercialement sans autorisation (*Deschamps c. Renault Canada*, (1977) 18 C. de D. 937 (C.S.)) ou à des fins autres que celles qui motivaient le consentement d'origine (*Rebeiro c. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389; *Cohen c. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (C.S.); *P.T. c. B.R.*, C.S. Montréal 500-05-015382-912, le 3 mars 1993, commentaires: Adrian Popovici, «Chroniques sectorielles. L'altération de la personnalité aux yeux du public», (1994) 28 R.J.T. 289-302).

Toutefois, la preuve me convainc que le cas en l'espèce ne fait tout simplement pas partie de cette catégorie d'affaires.

#### V. Dispositif

Je suis d'avis que la preuve est insuffisante pour conclure que la diffusion fautive de la photographie de l'intimée Aubry lui a causé un préjudice moral. Pour ce motif, j'accueillerais l'appel, infirmerais les jugements des instances inférieures, et rejetterais l'action, le tout avec dépens.

Le jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci et Bastarache a été rendu par

LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ ET BASTARACHE — Le pourvoi porte sur l'étendue du droit à l'image comme composante du droit plus général à la vie privée. En outre, il soulève la question de la pondération du droit à la vie privée et de la liberté d'expression.

Notons au départ que les faits ayant donné lieu à cette affaire s'étant produits en 1988, le litige est régi par le *Code civil du Bas Canada*.

#### I. Les faits

L'intimée, M<sup>me</sup> Pascale Claude Aubry, a intenté une action en responsabilité civile contre les appelants, Gilbert Duclos et Les Éditions Vice-Versa inc., pour avoir pris et publié une photographie représentant l'intimée assise sur un marchepied,

building on Ste-Catherine Street in Montreal. Both sides accept that the photograph was taken in a public place and published without the respondent's consent. According to the evidence, it was the appellant Gilbert Duclos who took the respondent's photograph. The photograph was published by the appellant Les Éditions Vice-Versa inc. in the June issue of *Vice-Versa*, a magazine dedicated to the arts, and 722 copies of the issue in question were sold. The photograph was drawn to the respondent's attention by a friend who had purchased a copy of the magazine. The respondent, who was 17 at the time, brought this action for damages in the amount of \$10,000, half as compensatory damages and the other half as exemplary damages.

## II. Judicial History

### A. *Court of Québec*, [1991] R.R.A. 421

At trial, Judge Bourret of the Court of Québec allowed the respondent's action in part. Recognizing that the unauthorized publication of the photograph constituted a fault to which both the magazine's publisher and the photographer who handed over the photograph to the magazine had contributed, he ordered them to pay \$2,000 jointly and severally. However, the judgment is somewhat ambiguous regarding the nature of the damage this amount was intended to compensate. Judge Bourret wrote in this connection (at p. 423):

[TRANSLATION] In the court's view, to learn through teasing by friends her own age that her picture had been published in a prestigious, large-circulation magazine without her even knowing that her picture had been taken by a third party and without her having ever authorized its publication, merits compensation of at least \$2,000 for the humiliation suffered as a result of the invasion of her privacy and injury to her reputation.

This passage suggests that the \$2,000 would cover both the damages resulting from the injury to her reputation and the loss of privacy resulting from the publication of the photograph.

However, since the photograph was not defamatory in nature either in itself or by association with the accompanying text in the magazine, Judge

devant un immeuble de la rue Ste-Catherine, à Montréal. Il est admis de part et d'autre que la photographie a été prise dans un lieu public et publiée sans le consentement de l'intimée. Selon la preuve, c'est l'appellant Gilbert Duclos qui a photographié l'intimée. La photographie a été publiée par l'appelante Les Éditions Vice-Versa inc. dans le numéro de juin de la revue *Vice-Versa*, une revue à vocation artistique dont le numéro en cause s'est vendu à 722 exemplaires. La photographie a été portée à l'attention de l'intimée par un ami qui a acheté un exemplaire de la revue. L'intimée, qui avait alors 17 ans, a intenté la présente action en dommages-intérêts pour la somme de 10 000 \$, dont la moitié à titre de dommages compensatoires et l'autre à titre de dommages exemplaires.

## II. Les décisions antérieures

### A. *La Cour du Québec*, [1991] R.R.A. 421

En première instance, le juge Bourret de la Cour du Québec a fait droit, en partie, à l'action de l'intimée. Reconnaissant que la publication non autorisée de la photographie constituait une faute à laquelle ont contribué l'éditeur de la revue ainsi que le photographe qui lui a confié la photographie, il les a condamnés solidairement à payer la somme de 2 000 \$. Le jugement souffre cependant d'une certaine ambiguïté quant à la nature des dommages que cette somme vise à compenser. Le juge Bourret écrit à cet égard (à la p. 423):

Apprendre par des railleries de copains de son âge que son image est publiée dans un magazine de prestige à grande diffusion, sans même qu'elle ait jamais su que sa photographie avait été prise par un tiers et sans qu'elle en ait jamais autorisé la publication, vaut, à l'appréciation du Tribunal, une indemnité d'au moins 2 000 \$ pour compenser l'humiliation subie pour l'atteinte à sa vie privée et à sa réputation.

Ce passage suggère que la somme de 2 000 \$ couvrirait à la fois le dommage résultant de l'atteinte à la réputation et la perte de vie privée entraînée par la publication de la photographie.

Par ailleurs, la photographie n'ayant aucun caractère diffamatoire, ni en elle-même ni par association au texte qui l'accompagnait dans la

41

42

43

Bourret denied any compensation on this ground. He also refused to award exemplary damages, as there was no evidence of malice on the part of the defendants.

B. *Court of Appeal*, [1996] R.J.Q. 2137

44 The majority of the Court of Appeal affirmed Judge Bourret's decision. LeBel J.A. and Biron J. (*ad hoc*) both found that the fault lay not in the taking of the photograph but in its publication. According to LeBel J.A., writing for the majority, since the respondent was in a public place when the photograph was taken, that act alone could not be considered an invasion of her privacy. However, the unauthorized publication of the photograph constituted an infringement of her anonymity, which is an essential element of the right to privacy.

45 LeBel J.A. recognized that the unauthorized publication of a photograph could be justified on the basis of the public's legitimate interest in information. In his view, however, Quebec law recognizes no such exception for artistic activity. Even in the absence of bad faith, the dissemination of the photograph was, therefore, wrongful.

46 While the judges of the majority recognized that there was only limited evidence of moral prejudice, they refused to alter Judge Bourret's decision. Relying on the judgments of this Court in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426, and *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 810, they noted that an appellate court must show deference to findings of fact drawn from the evidence by the trial judge.

47 Baudouin J.A.'s dissent focussed essentially on the question of damages. In his view, damages cannot be found to have been sustained solely because the photograph was wrongfully disseminated. Nor can the absence of evidence of damages be concealed under the head "nominal damages". This was particularly important, in his view, where the right to privacy is claimed as against freedom

revue, le juge Bourret a refusé toute indemnité à ce titre. Il a également, en l'absence de preuve d'intention malicieuse chez les défendeurs, refusé d'accorder des dommages exemplaires.

B. *La Cour d'appel*, [1996] R.J.Q. 2137

La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé la décision du juge Bourret. Les juges LeBel et Biron (*ad hoc*) ont tous deux conclu que la faute résidait non pas dans la prise de la photographie, mais dans sa publication. Selon le juge LeBel, qui écrit pour la majorité, l'intimée se trouvant dans un lieu public lors de la prise de la photographie, on ne saurait voir dans ce seul geste une violation de son intimité. La publication non autorisée de la photographie constituait, toutefois, une atteinte à l'anonymat, composante essentielle du droit à la vie privée.

Le juge LeBel a reconnu que la publication non autorisée d'une photographie pouvait être justifiée au nom de l'intérêt légitime du public à l'information. Selon lui, cependant, le droit québécois ne reconnaît pas pareille exception au profit de l'activité artistique. Même en l'absence de mauvaise foi, la diffusion de la photographie était donc fautive.

Les juges majoritaires ont reconnu que la preuve du préjudice moral était peu étoffée. Ils ont néanmoins refusé de modifier la décision du juge Bourret. S'appuyant sur la jurisprudence de notre Cour dans les affaires *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 426, et *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 810, ils ont rappelé le devoir d'une cour d'appel de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait tirées de la preuve par le juge du procès.

C'est essentiellement sur la question des dommages que porte la dissidence du juge Baudouin. À son avis, on ne saurait imputer un dommage du seul fait de la diffusion fautive de la photographie. On ne saurait, non plus, dissimuler sous le vocable «dommages nominaux» l'absence de preuve des dommages. Cela est d'autant plus important, à son avis, lorsque le droit à la vie privée est revendiqué

of information or artistic freedom. In this case, Baudouin J.A. refused to consider the respondent's sole statement that [TRANSLATION] "people laughed at me" as sufficient evidence. In his view, therefore, the issue was not one of credibility warranting an appellate court's deference but rather one of lack of evidence.

### III. Relevant Statutory Provisions

*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

4. Every person has a right to the safeguard of his dignity, honour and reputation.

5. Every person has a right to respect for his private life.

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to exemplary damages.

### IV. Analysis

The case at bar raises a problem of civil law and it is in light of that law that it must be resolved. The infringement of a right guaranteed by the *Charter of Human Rights and Freedoms* (hereinafter the "Quebec Charter") gives rise, under s. 49 para. 1, to an action for moral and material prejudice. Such an action is subject to the civil law principles of recovery. As a result, the traditional elements of liability, namely fault, damage and causal connection, must be established. See

à l'encontre de la liberté d'information ou de la liberté artistique. En l'occurrence, le juge Baudouin a refusé de considérer comme une preuve suffisante la seule affirmation suivante de l'intimée: «le monde ont ri de moi» (*sic*). Il ne s'agissait donc pas, selon lui, d'une question de crédibilité justifiant la retenue d'une cour d'appel, mais plutôt d'un cas d'absence de preuve.

### III. Dispositions législatives pertinentes

*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

49. 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 exemplaires.

### IV. Analyse

Ce litige soulève un problème de droit civil et c'est à la lumière de ce droit qu'il doit être résolu. La violation d'un droit consacré par la *Charte des droits et libertés de la personne* (ci-après la «Charte québécoise») crée, à l'art. 49 al. 1, un recours pour préjudices moral et matériel. Ce recours est sujet aux principes de recouvrement du droit civil. Par conséquent, les éléments traditionnels de responsabilité, soit la faute, le dommage et le lien de causalité, doivent être établis. Voir

*Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 122, and *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268, at para. 58.

50 It should be mentioned at the outset that our analysis will be limited to the sole issue before this Court, namely publication of a photograph taken without permission.

51 There is a debate in French law, and a corresponding uncertainty in Quebec law, as to whether the right to one's image is a separate right of personality or an element of the right to privacy. See in this regard L. Potvin, *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise* (1991), at p. 33, and É. Deleury and D. Goubau, *Le droit des personnes physiques* (2nd ed. 1997), at pp. 168-70. In our view, the right to one's image, which has an extrapatrimonial and a patrimonial aspect, is an element of the right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*. This is consistent with the liberal interpretation given to the concept of privacy in the recent decision *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, and in past judgments of this Court. See *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427.

52 In *Godbout v. Longueuil (City)*, the Supreme Court held that the purpose of the protection accorded to privacy is to guarantee a sphere of individual autonomy for all decisions relating to "choices that are of a fundamentally private or inherently personal nature" (para. 98). If the purpose of the right to privacy guaranteed by s. 5 of the Quebec *Charter* is to protect a sphere of individual autonomy, that right must include the ability to control the use made of one's image, since the right to one's image is based on the idea of individual autonomy, that is, on the control each person has over his or her identity. It can also be stated that this control implies a personal choice. It should be noted, finally, that art. 36 of the new *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, although not applicable here, confirms this interpretation since it recognizes that the use of a person's name, image, likeness or voice for a purpose other than

*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, au par. 122, et *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, au par. 58.

Soulignons tout d'abord que nous restreindrons notre analyse à la seule question en litige devant notre Cour, soit la publication d'une photographie prise sans permission.

Il existe une controverse en droit français, et une incertitude correspondante en droit québécois, quant à savoir si le droit à l'image est un droit de la personnalité autonome ou une composante du droit à la vie privée. Voir à ce sujet L. Potvin, *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise* (1991), à la p. 33, et É. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques* (2<sup>e</sup> éd. 1997), aux pp. 168 à 170. À notre avis, le droit à l'image, qui a un aspect extrapatrimonial et un aspect patrimonial, est une composante du droit à la vie privée inscrit à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. Cette constatation est conforme à l'interprétation large donnée à la notion de vie privée dans le récent arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, et dans la jurisprudence de notre Cour. Voir *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427.

Dans l'affaire *Godbout c. Longueuil (Ville)*, la Cour suprême a décidé que la protection accordée à la vie privée vise à garantir une sphère d'autonomie individuelle relativement à l'ensemble des décisions qui se rapportent à des «choix de nature fondamentalement privée ou intrinsèquement personnelle» (par. 98). Dans la mesure où le droit à la vie privée consacré par l'art. 5 de la *Charte* québécoise cherche à protéger une sphère d'autonomie individuelle, ce droit doit inclure la faculté de contrôler l'usage qui est fait de son image puisque le droit à l'image prend appui sur l'idée d'autonomie individuelle, c'est-à-dire sur le contrôle qui revient à chacun sur son identité. Nous pouvons aussi affirmer que ce contrôle suppose un choix personnel. Notons enfin que l'art. 36 du nouveau *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, qui ne trouve cependant pas application en l'espèce, confirme cette interprétation puisqu'il reconnaît comme



the legitimate information of the public is an invasion of privacy.

Since the right to one's image is included in the right to respect for one's private life, it is axiomatic that every person possesses a protected right to his or her image. This right arises when the subject is recognizable. There is, thus, an infringement of the person's right to his or her image, and therefore fault, as soon as the image is published without consent and enables the person to be identified. See *Field v. United Amusement Corp.*, [1971] C.S. 283.

The right to respect for one's private life should not be confused with the right to one's honour and reputation under s. 4 of the Quebec *Charter* even though, in certain cases, wrongful publication of an image may in itself result in an injury to one's honour and reputation. Since every person is entitled to protection of his or her privacy, and since the person's image is protected accordingly, it is possible for the rights inherent in the protection of privacy to be infringed even though the published image is in no way reprehensible and has in no way injured the person's reputation. In the case at bar, the judges at trial and on appeal found that the photograph was in no way reprehensible and did not injure the respondent's honour or reputation. The Court of Appeal also found that the manner in which the photograph was juxtaposed with the text did not make it possible to associate the two elements and that, at any rate, the text was serious and not open to ridicule.

The right to respect for one's private life comes into conflict here with another right protected by the Quebec *Charter*, in s. 3, namely the right to freedom of expression. LeBel J.A. and Biron J. stated that Quebec law does not yet consider artistic expression to be a separate right. It is our view that freedom of expression includes freedom of artistic expression. See, for example, *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 762; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 969-70 and 1009; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at

atteinte à la vie privée le fait d'utiliser le nom d'une personne, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public.

Puisque le droit à l'image fait partie du droit au respect de la vie privée, nous pouvons postuler que toute personne possède sur son image un droit qui est protégé. Ce droit surgit lorsque le sujet est reconnaissable. Il faut donc parler de violation du droit à l'image, et par conséquent de faute, dès que l'image est publiée sans consentement et qu'elle permet l'identification de la personne. Voir *Field c. United Amusement Corp.*, [1971] C.S. 283.

Le droit au respect de la vie privée ne saurait se confondre avec le droit à l'honneur et à la réputation inscrit à l'art. 4 de la *Charte* québécoise même si, dans certains cas, une publication fautive de l'image peut, à elle seule, entraîner une atteinte à l'honneur et à la réputation. Toute personne ayant droit à la protection de sa vie privée, et son image étant protégée à ce titre, les droits propres à la protection de la vie privée pourront être violés même si l'image publiée n'a aucun caractère répréhensible et n'a aucunement porté atteinte à la réputation de la personne. En l'espèce, les juges de première instance et d'appel ont conclu que la photographie ne revêtait aucun caractère répréhensible et ne portait pas atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'intimée. La Cour d'appel a aussi conclu que la juxtaposition de la photographie au texte ne permettait pas une association des deux éléments, et que, de toute façon, le texte était sérieux et ne prêtait pas au ridicule.

Le droit au respect de la vie privée se heurte, en l'instance, à un autre droit protégé par la *Charte* québécoise, à l'art. 3, le droit à la liberté d'expression. Les juges LeBel et Biron mentionnent que le droit québécois ignore toujours l'exception artistique comme droit autonome. Nous croyons que la liberté d'expression comprend la liberté d'expression artistique. Voir, par exemple, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 762; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 969, 970 et 1009; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 756 et

53

54

55

pp. 756 and 767; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 490. It is, therefore, unnecessary to create a special category to take freedom of artistic expression into account. Artistic expression does not require a special category to be effective. Nor is there any justification for giving it a status superior to that of general freedom of expression. An artist can assert his or her right to freedom of expression under the same conditions as any other person. There is, thus, no need to distinguish freedom of artistic expression from journalistic reporting, as we have been asked to do.

<sup>56</sup> The right to respect for one's private life, like freedom of expression, must be interpreted in accordance with the provisions of s. 9.1 of the Quebec *Charter*. For this purpose, it is necessary to balance these two rights.

<sup>57</sup> The public's right to information, supported by freedom of expression, places limits on the right to respect for one's private life in certain circumstances. This is because the expectation of privacy is reduced in certain cases. A person's right to respect for his or her private life may even be limited by the public's interest in knowing about certain traits of his or her personality. In short, the public's interest in being informed is a concept that can be applied to determine whether impugned conduct oversteps the bounds of what is permitted.

<sup>58</sup> The public interest so defined is thus conclusive in certain cases. The balancing of the rights in question depends both on the nature of the information and on the situation of those concerned. This is a question that depends on the context. Thus, it is generally recognized that certain aspects of the private life of a person who is engaged in a public activity or has acquired a certain notoriety can become matters of public interest. This is true, in particular, of artists and politicians, but also, more generally, of all those whose professional success depends on public opinion. There are also cases where a previously unknown individual is called on to play a high-profile role in a matter within the public domain, such as an important trial, a major economic activity having an impact on the use of public funds, or an activity involving

767; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 490. Il n'y a donc pas lieu de créer une catégorie particulière pour tenir compte de la liberté d'expression artistique. L'expression artistique n'a pas besoin d'une catégorie spéciale pour se réaliser. Il n'y a pas, non plus, de justification pour lui attribuer un statut supérieur à la liberté d'expression générale. L'artiste peut invoquer son droit à la liberté d'expression suivant les mêmes conditions que toute autre personne. Il n'y a donc pas lieu de distinguer la liberté d'expression artistique du reportage journalistique, comme nous avons été invités à le faire.

Le droit au respect de la vie privée comme la liberté d'expression doivent recevoir une interprétation conforme aux dispositions de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Pour y parvenir, il faut décider de la pondération de ces deux droits.

Le droit du public à l'information, soutenu par la liberté d'expression, impose des limites au droit au respect de la vie privée dans certaines circonstances. Ceci tient au fait que l'expectative de vie privée est réduite dans certains cas. Le droit au respect de la vie privée d'une personne peut même être limité en raison de l'intérêt que le public a de prendre connaissance de certains traits de sa personnalité. L'intérêt du public à être informé est en somme une notion permettant de déterminer si un comportement attaqué dépasse la limite de ce qui est permis.

L'intérêt public ainsi défini est donc déterminant, dans certains cas. La pondération des droits en cause dépend de la nature de l'information, mais aussi de la situation des intéressés. C'est une question qui est dépendante du contexte. Ainsi, il est généralement reconnu que certains éléments de la vie privée d'une personne exerçant une activité publique ou ayant acquis une certaine notoriété peuvent devenir matière d'intérêt public. C'est le cas, notamment, des artistes et des personnalités politiques, mais aussi, plus globalement, de tous ceux dont la réussite professionnelle dépend de l'opinion publique. Il peut aussi arriver qu'un individu jusqu'alors inconnu soit appelé à jouer un rôle de premier plan dans une affaire qui relève du domaine public, par exemple, un procès important, une activité économique majeure ayant une inci-

public safety. It is also recognized that a photographer is exempt from liability, as are those who publish the photograph, when an individual's own action, albeit unwitting, accidentally places him or her in the photograph in an incidental manner. The person is then in the limelight in a sense. One need only think of a photograph of a crowd at a sporting event or a demonstration.

Another situation where the public interest prevails is one where a person appears in an incidental manner in a photograph of a public place. An image taken in a public place can then be regarded as an anonymous element of the scenery, even if it is technically possible to identify individuals in the photograph. In such a case, since the unforeseen observer's attention will normally be directed elsewhere, the person "snapped without warning" cannot complain. The same is true of a person in a group photographed in a public place. Such a person cannot object to the publication of the photograph if he or she is not its principal subject. On the other hand, the public nature of the place where a photograph was taken is irrelevant if the place was simply used as background for one or more persons who constitute the true subject of the photograph.

In the context of freedom of expression, which is at the heart of the public's interest in being informed, the person's express or tacit consent to the publication of his or her image must, therefore, be taken into account. For a more thorough analysis of these various exemptions, see Potvin, *supra*, at pp. 351-431.

LeBel J.A. and Biron J. analysed this question on the basis of the notion of [TRANSLATION] "socially useful information" (p. 2149). In their view, freedom of expression and the public's right to information will prevail where the expression at issue concerns information that is "socially useful". This notion seems to have been borrowed from American law, which draws a distinction between useful information, in the sense of the

dence sur l'emploi de fonds publics, ou une activité qui met en cause la sécurité publique. L'on reconnaît également qu'il y a exonération de responsabilité du photographe et de ceux qui publient sa photographie lorsque par son action, même involontaire, un simple particulier se trouve accidentellement et accessoirement dans la photographie. La personne est alors, en quelque sorte, projetée sous les feux de la rampe. Nous n'avons qu'à penser à la photographie d'une foule durant un événement sportif ou une manifestation.

Une autre situation où l'intérêt public prédomine est celle où une personne paraît de façon accessoire dans la photographie d'un lieu public. L'image saisie dans un lieu public peut alors être considérée comme un élément anonyme du décor, même s'il est techniquement possible d'identifier des personnes sur la photographie. Dans cette hypothèse, vu que l'attention de l'observateur imprévu se portera normalement ailleurs, la personne «croquée sur le vif» ne pourra s'en plaindre. La même solution s'impose à l'égard d'une personne faisant partie d'un groupe photographié dans un lieu public. Cette personne ne peut s'opposer à la publication d'une telle photographie si elle n'en est pas le sujet principal. En revanche, le caractère public du lieu où une photographie a été prise est sans conséquence lorsque ce lieu sert simplement à encadrer une ou plusieurs personnes qui constituent l'objet véritable de la photographie.

Dans le contexte de la liberté d'expression, qui est au centre de l'intérêt du public à être informé, il faut donc tenir compte du consentement exprès ou tacite de la personne à la publication de son image. Pour une analyse plus approfondie de l'ensemble de ces moyens d'exonération, voir Potvin, *op. cit.*, aux pp. 351 à 431.

Les juges LeBel et Biron ont analysé cette question à la lumière de la notion de l'«information socialement utile» (p. 2149). À leur avis, il y a préséance de la liberté d'expression et du droit du public à l'information lorsque l'expression en cause porte sur une information «socialement utile». Cette notion semble avoir été empruntée au droit américain qui établit une distinction entre l'information utile, au sens du droit du public

59

60

61

public's right to be informed, and information whose sole purpose is commercial. See *Estate of Presley v. Russen*, 513 F.Supp. 1339 (D.N.J. 1981), and *Current Audio Inc. v. RCA Corp.*, 337 N.Y.S.2d 949 (Sup. Ct. 1972). Only the first category is protected in the United States. In the United States, freedom of expression and public information prevail over the right to privacy except where the information's sole purpose is commercial. We agree with the intervener that this notion of "socially useful" refers only to the fact that the information in question has an economic, political, artistic, cultural, sporting or other value. A photograph of a single person can be "socially useful" because it serves to illustrate a theme. That does not make its publication acceptable, however, if it infringes the right to privacy. We do not consider it appropriate to adopt the notion of "socially useful" for the purposes of legal analysis. The distinction based on commercial purpose is inconsistent with s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Only one question arises, namely the balancing of the rights at issue. It must, therefore, be decided whether the public's right to information can justify dissemination of a photograph taken without authorization.

d'être informé, et de l'information qui ne sert qu'une fin commerciale. Voir *Estate of Presley c. Russen*, 513 F.Supp. 1339 (D.N.J. 1981), et *Current Audio, Inc. c. RCA Corp.*, 337 N.Y.S.2d 949 (Sup. Ct. 1972). Seule la première catégorie est protégée aux États-Unis. Aux États-Unis la liberté d'expression et d'information du public prévaut sur le droit à la vie privée sauf lorsque l'information ne sert qu'aux fins commerciales. Tout comme l'intervenante, nous croyons que cette notion du «socialement utile» réfère simplement au fait que l'information en question a une valeur économique, politique, artistique, culturelle, sportive ou autre. La photographie d'une seule personne peut être «socialement utile» parce qu'elle sert à illustrer un thème. Cela ne rend cependant pas acceptable sa publication si elle porte atteinte au droit à la vie privée. Au plan de l'analyse juridique, nous ne voyons pas l'utilité de retenir la notion du «socialement utile». La distinction fondée sur le but commercial n'est pas compatible avec l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Une seule question se pose: c'est celle de la pondération des droits en cause. Il y a donc lieu de décider si le droit du public à l'information peut justifier la diffusion d'une photographie prise sans autorisation.

62

In the case at bar, the appellants are liable *a priori*, since the photograph was published when the respondent was identifiable. In our view, the artistic expression of the photograph, which was alleged to have served to illustrate contemporary urban life, cannot justify the infringement of the right to privacy it entails. It has not been shown that the public's interest in seeing this photograph is predominant. The argument that the public has an interest in seeing any work of art cannot be accepted, especially because an artist's right to publish his or her work, no more than other forms of freedom of expression, is not absolute. The wording of s. 9.1 of the Quebec *Charter* should be borne in mind here, together with the fact that this Court has stated on a number of occasions that freedom of expression must be defined in light of the other values concerned. See *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; and *Hill v. Church of*

En l'espèce, la responsabilité des appelants est *a priori* engagée puisqu'il y a eu publication de la photographie alors que l'intimée était identifiable. Nous ne croyons pas que l'expression artistique de la photographie, dont on a allégué qu'elle servait à illustrer la vie urbaine contemporaine, puisse justifier l'atteinte au droit à la vie privée qu'elle comporte. L'intérêt dominant du public à prendre connaissance de cette photographie n'a pas été démontré. L'argument que le public a intérêt à prendre connaissance de toute œuvre artistique ne peut être retenu, notamment parce que le droit de l'artiste de faire connaître son œuvre, pas plus que les autres formes de liberté d'expression, n'est absolu. Il y a en effet lieu de rappeler ici le texte de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, de même que le fait que notre Cour a affirmé à plusieurs reprises que la liberté d'expression doit être délimitée en tenant compte des autres valeurs en présence. Voir *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455;

*Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 103. See also *Moises v. Canadian Newspaper Co.*, [1997] 1 W.W.R. 337 (B.C.C.A.).

An artist's right to publish his or her work cannot include the right to infringe, without any justification, a fundamental right of the subject whose image appears in the work. While the artist's right must be taken into consideration, so must the rights of the photograph's subject. If it is accepted that publishing the artist's work is an exercise of freedom of expression, the respondent's right not to consent must also be taken into consideration. That is what this Court held in the context of the *Canadian Bill of Rights* in *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2, at pp. 14-15, where the Court denied a radio station the right to broadcast an interview without the consent of the person interviewed.

When the values at issue in a case must be balanced, it is important to bear in mind that our law is characterized by recognition of interrelated rights whose purpose is to strengthen the democratic ideal. Individual freedom is at the heart of that ideal. Dickson J. (as he then was) stated the following in this regard in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 336-37:

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only . . . blatant forms of compulsion . . . [but also] includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others.

None of the exceptions mentioned earlier based on the public's right to information is applicable here. Accordingly, there appears to be no justification for giving precedence to the appellants other than their submission that it would be very difficult

*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, au par. 103. Voir aussi *Moises c. Canadian Newspaper Co.*, [1997] 1 W.W.R. 337 (C.A.C.-B.).

Le droit de faire connaître son œuvre ne saurait comprendre le droit pour l'artiste de porter atteinte, sans justification aucune, à un droit fondamental du sujet dont l'œuvre dévoile l'image. S'il faut tenir compte du droit de l'artiste, il faut aussi tenir compte des droits du sujet de la photographie. Si l'on accepte que faire connaître son œuvre est un exercice de la liberté d'expression, il faut aussi tenir compte du droit de l'intimée de refuser son consentement. C'est ce qui a été décidé par notre Cour dans le contexte de la *Déclaration canadienne des droits* dans *CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2, aux pp. 14 et 15, où la Cour a refusé le droit à un poste de radio de diffuser un commentaire sans l'assentiment de son auteur.

Lorsque l'on est appelé à pondérer les valeurs en cause dans une affaire, il est important de rappeler que notre droit est caractérisé par la reconnaissance de droits interreliés qui ont pour objet de renforcer l'idéal démocratique. Au cœur de cet idéal, on retrouve la liberté individuelle. Voici ce qu'en dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 336 et 337:

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante [. . .] mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui.

Aucune des exceptions fondées sur le droit du public à l'information que nous avons mentionnées antérieurement n'est applicable en l'espèce. Il ne semble donc y avoir aucune justification pour donner préséance aux appelants, si ce n'est leur posi-

63

64

65

in practice for a photographer to obtain the consent of all those he or she photographs in public places before publishing their photographs. To accept such an exception would, in fact, amount to accepting that the photographer's right is unlimited, provided that the photograph is taken in a public place, thereby extending the photographer's freedom at the expense of that of others. We reject this point of view. In the case at bar, the respondent's right to protection of her image is more important than the appellants' right to publish the photograph of the respondent without first obtaining her permission.

#### V. Damages

<sup>66</sup> The appellants argued that there was no causal connection between the publication of the photograph and the damages. In our view, no particular problem arises here since the damages are the logical, direct and immediate consequence of the fault. A teenager's sensitivity and the possibility of being teased by her friends are eminently foreseeable.

<sup>67</sup> Nonetheless, it was necessary for the respondent to establish that she had suffered prejudice. Such prejudice may be extrapatrimonial and/or patrimonial.

<sup>68</sup> Where extrapatrimonial damages are concerned, we agree with Baudouin J.A. that the infringement of a right guaranteed by the Quebec *Charter* is in itself insufficient to establish that damage has been sustained. Nor is an award of symbolic damages justified when the courts wish to punish the infringement of a right that will, in most cases, result in minimal injury. This would be contrary to the principles of civil responsibility.

<sup>69</sup> The damages must, therefore, be proven. As Dean Nerson pointed out in his thesis entitled *Les droits extrapatrimoniaux* (1939), at p. 384 (cited in Potvin, *supra*, at p. 272), damages [TRANSLATION] "may consist simply in the annoyance felt by a person at becoming a 'celebrity' ". The publication of a picture of a person that discloses a scene from his or her private life violates the victim's feeling

tion qu'il serait très difficile, en pratique, pour un photographe d'obtenir le consentement de toutes les personnes qu'il photographie dans des lieux publics avant de publier leur photographie. Accepter ce genre d'exception, c'est en fait accepter que le droit du photographe est illimité, pourvu que sa photographie soit prise dans un endroit public. C'est étendre sa liberté aux dépens de celle des autres. Nous rejetons ce point de vue. En l'instance, le droit de l'intimée à la protection de son image est plus important que le droit des appelants à publier la photographie de l'intimée sans avoir obtenu sa permission au préalable.

#### V. Les dommages

Les appelants ont allégué qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre la publication de la photographie et le dommage. À notre avis, il ne se pose pas de problème particulier en l'espèce puisque le dommage est la conséquence logique, directe et immédiate de la faute. La sensibilité d'une adolescente et la possibilité de railleries de ses camarades sont éminemment prévisibles.

Il fallait, néanmoins, que l'intimée établisse qu'elle a subi un préjudice. Ce préjudice peut être extrapatrimonial, patrimonial, ou les deux.

En ce qui concerne les dommages extrapatrimoniaux, nous croyons, tout comme le juge Baudouin, que l'on ne saurait imputer des dommages du seul fait qu'il y a eu atteinte à un droit garanti par la *Charte* québécoise. L'allocation de dommages et intérêts symboliques n'est pas non plus justifiée quand les tribunaux veulent sanctionner la violation d'un droit subjectif qui produira le plus souvent un préjudice minime. Ceci irait à l'encontre des principes de responsabilité civile.

Les dommages doivent, par conséquent, être prouvés. Comme le souligne le doyen Nerson dans sa thèse *Les droits extrapatrimoniaux* (1939), à la p. 384 (citée dans Potvin, *op. cit.*, à la p. 272), le dommage «peut consister simplement dans le déplaisir qu'éprouve la personne à devenir une "figure connue"». La publication de l'image d'une personne qui divulgue une scène de sa vie privée

of [TRANSLATION] “eminently respectable” propriety and can cause him or her a significant moral prejudice. In his thesis entitled *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image* (1978), No. 347, at pp. 388-89 (cited in Potvin, *supra*, at p. 274), J. Ravanas described the elements of moral prejudice as follows:

[TRANSLATION] Such a feeling is likely to be offended each time a photographer invades someone’s privacy or serves it up to the public. The camera lens captures a human moment at its most intense, and the snapshot “defiles” that moment. The privileged instant of personal life becomes “this object image offered to the curiosity of the greatest number”. A person surprised in his or her private life by a roving photographer is stripped of his or her transcendence and human dignity, since he or she is reduced to the status of a “spectacle” for others. . . . This “indecent image” deprives those photographed of their most secret substance.

In the case at bar, the evidence of moral damages is limited. The moral prejudice is described in a few lines. Nonetheless, it is possible for a trial judge in a case such as this to assess the victim’s conduct and, going beyond his or her words, to detect a violation of dignity in the sense described by Mr. Ravanas.

[TRANSLATION]

Q. Did that photo cause you any difficulties?

A. Some difficulties; people laughed at me.

Q. People, who are these people?

A. My friends, the people at school.

Q. The people at school?

A. Uh-huh.

Q. I have no further questions, Your Honour.

Although the evidence is limited, we agree with LeBel J.A. and Biron J. that, having been accepted by the trial judge, it could serve as a basis for the damages awarded. This evidence did exist and illustrated in the trial judge’s view the discomfort and upset felt by the respondent as a result of the publication of her photograph. Thus, contrary to

porte atteinte au sentiment de pudeur «éminemment respectable» de la victime et peut lui causer un préjudice moral considérable. Monsieur J. Ravanas décrit ainsi, dans sa thèse intitulée *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image* (1978), n° 347, aux pp. 388 et 389 (cité dans Potvin, *op. cit.*, à la p. 274), les éléments du préjudice moral:

Un tel sentiment risque d’être froissé chaque fois que le photographe s’immisce dans la vie privée des personnes ou la livre en pâture au public. L’objectif photographique saisit un moment humain dans ce qu’il y a de plus intense, et, par la vertu de l’instantané, ce moment est «profané». L’instant privilégié de la vie personnelle devient «cette image-objet offerte à la curiosité du plus grand nombre». Celui qui est surpris dans sa vie intime par le chasseur d’images est dépouillé de sa transcendance et de sa dignité d’homme car il est alors réduit à l’état de «spectacle» pour autrui . . . Cette «indécence de l’image» prive les personnes représentées de leur substance la plus secrète.

En l’espèce, la preuve de dommages moraux est sommaire. Le préjudice moral est décrit en quelques lignes. Il est néanmoins possible pour le juge du procès, dans une affaire de cette nature, de juger du comportement de la victime et de déceler au-delà des mots utilisés par elle une atteinte à la dignité au sens où la décrit M. Ravanas.

Q. Est-ce que ça vous a emmené des tracas, cette photo-là?

R. Des tracas; le monde ont ri de moi, là.

Q. Le monde, c’est qui ça le monde?

R. Mes amis, le monde de l’école.

Q. Le monde de l’école?

R. Um-hum.

Q. Je n’ai pas d’autres questions, Votre Seigneurie.

Bien que la preuve soit peu étoffée, nous croyons, comme les juges LeBel et Biron, qu’ayant été acceptée par le juge du procès, elle pouvait constituer un fondement aux dommages accordés. Cette preuve existait et illustrait, selon le juge du procès, l’inconfort et les tracas que l’intimée a ressentis suite à la publication de sa photographie.

70

71

what Baudouin J.A. stated, the trial judge did not find that an injury had been sustained solely because the photograph was wrongfully disseminated. To find that there was no moral prejudice, it would be necessary to reassess the respondent's credibility, but that assessment is essentially the province of the trier of fact. No manifest, serious and critical error has been shown. See in this regard *Hodgkinson v. Simms*, *supra*, at p. 426.

Ainsi, contrairement à ce qu'affirme le juge Baudouin, le juge de première instance n'aurait pas imputé un dommage du seul fait de la diffusion fautive de la photographie. Pour conclure à l'inexistence du préjudice moral, il faudrait en fait revenir sur l'appréciation de la crédibilité de l'intimée, domaine essentiellement réservé à l'appréciation souveraine du juge des faits. Aucune erreur manifeste, grave et déterminante n'a été démontrée. Voir à cet effet *Hodgkinson c. Simms*, précité, à la p. 426.

72 The damages awarded were \$2,000, which seems high. It must be recognized, however, that it is always difficult to assess moral damage and that such a decision is up to the trier of fact. This Court has stressed the importance of the trial court's role in such matters and the caution appellate courts must show before intervening in such an assessment. See *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, *supra*, at p. 810:

Les dommages accordés sont de 2 000 \$; ils semblent élevés. L'on doit cependant reconnaître que l'évaluation d'un dommage moral reste toujours difficile et qu'il appartient au juge des faits d'en décider. Notre Cour a souligné l'importance du rôle du tribunal de première instance dans ce domaine et la prudence dont doivent faire preuve les cours d'appel avant d'intervenir à l'égard d'une telle appréciation. Voir *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, précité, à la p. 810:

The rule is that an appellate court should not alter the quantum of damages set by the trial judge simply because it would have awarded a different amount if it had itself been sitting at the trial level. For the quantum to be altered, an appellate court must be shown that the trial judge applied an erroneous rule of law or that the amount awarded was palpably incorrect compensation for the damage suffered.

La règle veut qu'une cour d'appel ne doit pas modifier le quantum des dommages établi par le juge du fait pour le simple motif qu'elle aurait accordé un montant différent si elle avait elle-même siégé en première instance. Pour modifier le quantum, il doit être démontré à une cour d'appel que le juge du procès a appliqué un principe de droit erroné ou que la somme accordée constitue une indemnisation manifestement incorrecte du préjudice subi.

73 It is clear, however, that the trial judge erred with respect to the extent of the dissemination of the magazine. He also erred in stating that the damages would compensate in part for the humiliation suffered by the respondent as a result of the injury to her reputation, whereas no injury to her honour and reputation had been proven. However, these errors in the assessment do not call into question the existence of moral damages resulting from the infringement of the respondent's right to respect for her private life. Accordingly, they do not warrant this Court's intervention to reduce a compensatory award that is still within reasonable limits.

Il est cependant clair que le juge de première instance s'est mépris au sujet de l'importance de la diffusion de la revue. Il s'est également mépris en disant que les dommages compensaient en partie l'humiliation subie par l'intimée pour l'atteinte à sa réputation, alors qu'aucune atteinte à l'honneur et à la réputation n'avait été prouvée. Ces erreurs d'appréciation ne remettent cependant pas en cause l'existence d'un dommage moral résultant de l'atteinte au droit au respect de la vie privée de l'intimée. Elles ne justifient donc pas l'intervention de notre Cour pour réduire une indemnité encore située dans les limites du raisonnable.

74 With respect to the patrimonial aspect of the invasion of privacy, we are of the view that the

En ce qui a trait à l'aspect patrimonial de l'atteinte à la vie privée, nous sommes d'avis que l'ex-



commercial or promotional exploitation of an image, whether of a well-known person or a private individual, can cause the victim material prejudice. The compensation must, then, be calculated on the basis of the loss actually sustained and the lost profit (art. 1073 C.C.L.C.). In this regard, the respondent is correct in stating that the magazine does not cease to be “commercial” merely because it has an artistic content. In the case at bar, the photograph was used for commercial purposes, in particular to sell the magazine. The trial judge stated that the amount of \$2,000 was compensation for moral damages only. Neither the trial judge nor the judges of the Court of Appeal discussed the patrimonial aspect of the damages. The respondent was, however, entitled to claim an amount in exchange for the use of her image. The respondent argued that there was commercial exploitation and adduced evidence in support of her claim for damages in respect thereof. The testimony of Gilbert Duclos disclosed that he usually has to pay between \$30 and \$40 an hour for the services of a model, generally for a period of two to four hours. Thus, the respondent would ordinarily have been entitled to a sum of money. In the present case, this was the only evidence available to this Court for calculating these damages. In other circumstances, where the evidence so permits, it is not impossible to compensate for patrimonial damages through profit-sharing based on the principles of profit lost and loss sustained. Since no cross-appeal was brought with respect to the amount of the damages, we will not vary the amount awarded by the trial judge.

The appeal is dismissed with costs.

The respondent has asked that the appellants be ordered to pay not only costs, but also fees, or solicitor-client costs. In Quebec, the awarding of costs is governed exhaustively by the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, and the various tariffs. See *Kowarsky v. Procureur général du Québec*,

exploitation commerciale ou publicitaire de l'image, qu'elle soit d'une personne connue ou d'un simple particulier, est susceptible de causer à la victime un préjudice matériel. L'indemnité doit alors être calculée en fonction de la perte effectivement subie et du gain manqué (art. 1073 C.c.B.C.). À cet égard, l'intimée a raison d'affirmer que la revue ne cesse pas d'être « commerciale » du seul fait qu'elle a un contenu artistique. En l'espèce, la photographie a été utilisée à des fins commerciales, notamment pour vendre la revue. Le juge de première instance a spécifié que le montant de 2 000 \$ ne compensait que le dommage moral. Ni le juge de première instance, ni les juges de la Cour d'appel, n'ont traité de la question de l'aspect patrimonial du dommage. Or, l'intimée était en droit d'exiger une somme en échange de l'utilisation de son image. L'intimée a allégué qu'il y a eu exploitation commerciale et elle a présenté une preuve à l'appui de la demande de dommages et intérêts à ce titre. Le témoignage de M. Gilbert Duclos révèle que celui-ci doit habituellement payer entre 30 \$ et 40 \$ l'heure pour les services d'un mannequin, généralement pour une période de deux à quatre heures. L'intimée aurait donc normalement eu droit à une somme d'argent. Notons qu'en l'espèce, c'est la seule preuve dont nous disposons pour calculer ces dommages. Dans d'autres circonstances, suivant la preuve offerte, il n'est pas impossible que les dommages patrimoniaux soient compensés par une participation aux profits, suivant les principes du gain manqué et de la perte subie. Aucun appel reconventionnel n'ayant été formé concernant le montant des dommages, nous ne modifierons pas le montant accordé par le juge du procès.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

L'intimée demande que les appelants soient condamnés non seulement aux dépens, mais également aux honoraires, ou dépens entre procureur et client. Au Québec, l'attribution des dépens est régie de façon exhaustive par le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, et les divers tarifs. Voir *Kowarsky c. Procureur général du Québec*, [1988] R.D.J. 339 (C.A.). Ceux-ci reconnaissent au juge

75

76

[1988] R.D.J. 339 (C.A.). These confer a discretion on the judge to award additional costs.

77 The first paragraph of art. 477 *C.C.P.* provides that:

**477.** The losing party must pay all costs, including the costs of the stenographer, unless by decision giving reasons the court reduces or compensates them, or orders otherwise.

78 Section 15 of the *Tariff of judicial fees of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, reads as follows:

**15.** The Court may, upon request or *ex officio*, grant a special fee, in addition to all others [*sic*] fees, in an important case.

79 The Quebec courts have not interpreted the above provisions as authorizing them to award additional costs to punish bad faith or abuse of process, as is the case in the common law jurisdictions. Under art. 477 a court may, nonetheless, order that costs be paid by counsel personally where he or she is guilty of highly reprehensible conduct. See *Droit de la famille — 1777*, [1994] R.J.Q. 1493 (C.A.), at p. 1501, *per* Delisle J.A.

80 Nor does the “important case” referred to in s. 15 cover additional costs for the purpose of punishing reprehensible conduct. See *Banque canadienne impériale de commerce v. Aztec Iron Corp.*, [1978] C.S. 266, at p. 284, *per* Archambault J., and *Droit de la famille — 1777*, *supra*, at p. 1501. However, it does apply to a very long and complex case (see *Berthiaume v. Réno-Dépôt inc.*, [1996] R.J.Q. 1323 (Sup. Ct.)). In certain circumstances, a test case may meet the requirements of s. 15 if its importance for an industry has transformed it into a much longer and more complex case than the interests of the immediate parties would ordinarily have warranted.

81 In the present case, the respondent argues that the media more or less took the initiative in the proceedings in order to obtain a decision establish-

un pouvoir discrétionnaire en matière de dépens additionnels.

Le premier alinéa de l’art. 477 *C.p.c.* prévoit que:

**477.** La partie qui succombe supporte les dépens, frais du sténographe compris, à moins que, par décision motivée, le tribunal ne les mitige, ne les compense ou n’en ordonne autrement.

L’article 15 du *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13, prévoit que:

**15.** La Cour peut, sur demande ou d’office, accorder un honoraire spécial, en plus de tous autres honoraires, dans une cause importante.

Les tribunaux du Québec n’ont pas interprété les articles ci-dessus comme autorisant l’octroi de dépens additionnels pour sanctionner la mauvaise foi ou l’abus de procédures, comme c’est le cas dans les juridictions de common law. Le tribunal peut néanmoins, aux termes de l’art. 477, ordonner que les dépens soient payés par le procureur personnellement, lorsqu’il s’est rendu coupable d’une conduite très répréhensible. Voir *Droit de la famille — 1777*, [1994] R.J.Q. 1493 (C.A.), à la p. 1501 (le juge Delisle).

La «cause importante» à laquelle réfère l’art. 15 ne comprend pas, non plus, les dépens additionnels qui auraient pour but de sanctionner une conduite répréhensible. Voir *Banque canadienne impériale de commerce c. Aztec Iron Corp.*, [1978] C.S. 266, à la p. 284 (le juge Archambault), et *Droit de la famille — 1777*, précité, à la p. 1501. Elle vise cependant la cause très longue et très complexe (voir *Berthiaume c. Réno-Dépôt inc.*, [1996] R.J.Q. 1323 (C.S.)). Dans certains cas, une cause-type pourra satisfaire aux exigences de l’art. 15 parce que son importance pour une industrie l’aura en fait transformée en une cause beaucoup plus longue et complexe que ne l’aurait normalement justifié l’intérêt des parties immédiates.

En l’instance, l’intimée allègue que les médias ont plus ou moins pris l’initiative des procédures afin d’obtenir une décision établissant leurs

ing their own rights in the practice of the professions of photographer and journalist, and that this justifies an additional award of costs, even though the respondent is still eligible for legal aid. Counsel for the appellant, Les Éditions Vice-Versa inc., argues, for her part, that the respondent should have included such costs in its claim for damages. Even if this were recognized to be a test case that entitles the respondent to additional costs, we do not feel that it would be appropriate to award such costs. We wish to make it clear, however, that we also reject the appellant's position that additional costs must be included in the claim for damages. This approach would be entirely inconsistent with the provisions of art. 477 C.C.P. It should also be noted that, in the instant case, the costs cannot be considered to be the direct result of the violation of the Quebec *Charter*.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I agree with the result reached by the Chief Justice and would allow the appeal for the reasons of Baudouin J.A. that there was no evidence of damage.

*Appeal dismissed with costs, LAMER C.J. and MAJOR J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Les Éditions Vice-Versa inc.: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Solicitor for the appellant Duclos: Vivianne De Kinder, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Charbonneau & Archambault, Montréal.*

*Solicitors for the intervener: Lafleur Brown, Montréal.*

propres droits dans l'exercice de la profession de photographe et de journaliste, et que ceci justifie l'octroi de dépens additionnels, même si l'intimée est toujours admissible à l'aide juridique. L'avocate de l'appelante, Les Éditions Vice-Versa inc., allègue pour sa part que l'intimée aurait dû prévoir les dépens à titre de dommages. Même s'il était reconnu qu'il s'agit ici d'une cause-type, nous ne croyons pas qu'il serait approprié d'accorder des dépens additionnels. Nous tenons cependant à préciser que nous rejetons aussi la position de l'appelante concernant la nécessité d'inclure les dépens additionnels dans la réclamation de dommages et intérêts. Cette approche serait tout à fait contraire aux dispositions de l'art. 477 C.p.c. Il faut aussi noter que, dans le cas présent, les dépens ne peuvent pas être considérés comme découlant directement de la violation de la *Charte* québécoise.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Je souscris au résultat auquel en arrive le Juge en chef et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour les raisons exposées par le juge Baudouin, selon lesquelles il n'y avait aucune preuve de préjudice.

*Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef LAMER et le juge MAJOR sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante Les Éditions Vice-Versa inc.: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Procureur de l'appelant Duclos: Vivianne De Kinder, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Charbonneau & Archambault, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante: Lafleur Brown, Montréal.*