

# LE DROIT A SA PROPRE IMAGE

PAR

Pierre LALIVE

Professeur de droit civil à l'Université de Genève

Pas plus qu'une personne n'est obligée de souffrir la reproduction de ses aventures ou de faits de sa vie privée (dans un roman, par exemple)<sup>1</sup>, elle n'est tenue de tolérer celle de son "image", qu'il s'agisse de son portrait physique ou moral. Comme nous y invite l'intéressant rapport de Monsieur A. Ataay, de l'Université d'Istanbul, nous examinerons ici seulement - en laissant de côté le droit au portrait *moral*, droit menacé par l'écrivain<sup>2</sup> - le droit au portrait *physique*, susceptible d'être atteint par le photographe, l'opérateur de cinéma ou de télévision, ainsi que, par des moyens non-mécaniques par le dessinateur ou le peintre<sup>3</sup>.

Les traits d'un individu, sa physionomie, sont parmi les attributs essentiels de l'être humain et marquent, davantage encore que son nom, son identité et sa personnalité toute entière - personnalité physique, certes, mais aussi morale, dans la mesure où les mouvements du corps et du visage reflètent les pensées et les passions<sup>4</sup>.

On conçoit donc que les législations suisse et turque aient rangé, suivant la conception germanique, le droit au portrait dans le domaine vaste et indéterminé du droit de la personnalité, et

1) Egger, *Personenrecht*, ad. art. 28, N. 45.

2) Voir notre étude : Le romancier et la protection des intérêts personnels, Mémoires de la Faculté de Droit de Genève, No 12 (1956).

3) Ou par le fabricant de masques, ou d'effigies en cire (cf. l'arrêt anglais *Monson v. Tussauds, Ltd.* [1894] 1 Q.B. 671), ou par l'acteur qui, par le maquillage, se compose une tête, etc.

4) Nerson, les droits extra-patrimoniaux, thèse, Lyon 1939, No 136.

qu'elles aient écarté les théories dépassées du droit de propriété, même "sui generis", ou du droit d'auteur. La première de ces théories implique une distinction entre le propriétaire et la chose, entre le sujet et l'objet du droit réel, distinction difficilement soutenable entre l'homme et son image corporelle<sup>5</sup>. La seconde, non moins absurde, voit une sorte de propriété intellectuelle de la personne sur sa propre apparence; il y aurait un "copyright" naturel de l'individu sur ses traits<sup>6</sup>. Si on pouvait imaginer un droit d'auteur ici, ce ne pourrait être, à la rigueur, que celui des parents sur l'image de leurs enfants, ou celui du "chirurgien esthétique" sur le visage de sa cliente! On ne voit pas comment transposer sur le terrain juridique la remarque connue, attribuée à l'écrivain Jouhandeau, selon laquelle, à partir de 40 ans, l'homme est responsable de son visage!

Bien que la norme générale qui pose le principe de la protection de la personnalité comme telle, l'article 28 C.C. ne parle, comme l'article 49 C.C. que d'"intérêts" personnels<sup>7</sup>, il en découle, selon une partie de la doctrine, de véritables droits subjectifs de la personnalité, qui embrassent tous les biens essentiels inhérents à la personne ("persönliche Güter")<sup>8</sup>. Plus exactement, semble-t-il, il n'y a qu'un droit de la personnalité, qui englobe tous les intérêts personnels mais ne se confond pas avec la somme de ceux-ci<sup>9</sup>, la personnalité étant, par essence, indétermination.

Etant compris dans ce domaine, et dans le cadre général de l'article 28 C.C., le "droit au portrait" est protégé par les cinq

5) **Fougerol**, La figure humaine et le droit, thèse, Paris 1913, p. 18: cf. par ex. l'arrêt Seine, 10.II.1905, D.P. 05. 2. 289 (aff. Dr Doyen): "la propriété imprescriptible que toute personne a sur son image, sur sa figure, sur son portrait, lui donne le droit d'interdire l'exhibition de son portrait"; v. aussi Note au même arrêt: "... le droit de propriété sui generis qui appartient à chacun sur son image".

6) **Carbonnier**, Droit civil, vol. I, 1955, p. 235.

7) Un peu plus largement, dans les textes allemand et italien: "relations" personnelles (persönliche Verhältnisse, relazioni personali).

8) **Von Thur**, partie générale du Droit des Obligations, vol. II, trad. fr. p. 328; contra **F. Guisan** dans Festgabe für **C. Wieland**, Bâle 1934, pp. 151 ss.

9) **Egger**, N. 47; cf. **Specker**, Die Persönlichkeitsrechte... (thèse Zurich 1910, p. 48), et **Simonius**, dans Semaine judiciaire 1949, p. 212.

action classiques en cette matière: 1°. l'action en cessation de trouble (ici, par ex. en retrait de la photographie exposée sans autorisation dans la vitrine du photographe); 2°. l'action en dommages-intérêts, dans les cas prévus par la loi, c'est-à-dire ici dans les conditions de l'article 41 C.O.; 3°. l'action en réparation du tort moral, dans les conditions assez étroites de l'article 49 C.O., qui est une "disposition d'exécution" de l'article 28<sup>10</sup>.

A ce propos on doit relever la divergence qui sépare les textes turc et suisse de l'article 49 C.O., le premier se bornant à exiger la gravité particulière de la *faute* sans exiger en outre, comme le second, celle du préjudice subi<sup>11</sup>. Il serait intéressant de connaître les effets de cette position plus libérale du droit turc dans le domaine des "intérêts personnels", qui devraient en être mieux protégés en principe (mais voir plus loin nos observations à l'arrêt de la Cour de Cassation turque, signalé par M. Ataay).

En outre, le droit au portrait pourra être protégé au moyen de deux actions d'origine jurisprudentielle, 4°. l'action préventive en interdiction d'atteinte, particulièrement utile ici, et 5°. l'action en constatation d'atteinte (forme de la "Feststellungsklage"). Il faut ajouter que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>12</sup>, une personne peut, le cas échéant, "prendre elle-même, sans attendre une décision judiciaire, des mesures propres à faire cesser le trouble", si elles sont justifiées au fond et correctes dans la forme. La légitime défense s'ajoute ainsi aux voies de droit citées plus haut.

La question étant brièvement située, il faut rechercher quel est le contenu, et quelles sont les limites du droit à sa propre image.

Parmi tous les "intérêts personnels", parmi ces "prérogatives inhérentes à la personne en cette qualité", selon le mot de Gén<sup>13</sup>, où placer le droit au portrait? Il touche à la fois au droit à l'identité, au droit à l'honneur, au droit à la vie privée. C'est dans cette der-

10) A.T.F. 44, II, 319.

11) G. Wettstein: Le C.O. en anglais, espagnol et français, avec les changements tures, Zurich 1928.

12) A.T.F. 70, II, 127, dans la célèbre affaire Kaspar c/Veuve Veuve Hodler.

13) Science et Technique en droit privé positif, vol. III, p. 230; cf. Von Thur, loc. cit., Egger, N. 45.

nière catégorie, dans le "domaine intime" (Geheimsphäre) que la doctrine le classe en général.

Ainsi conçu, comme découlant du droit général à la "sphère intime" - aspect de la liberté personnelle - (cf. le "right of privacy", le "diritto alla riservatezza") et comme une protection contre la publicité<sup>14</sup>, le droit au portrait se définit assez naturellement, pour la majorité des auteurs, comme le *pouvoir*, reconnu par le droit privé à l'individu, *de s'opposer à ce que ses traits soient reproduits* (par n'importe quel moyen) et exposés au public sans son autorisation<sup>15</sup>.

C'est là une définition traditionnelle et "conservatrice". La question se pose cependant de savoir si le droit à la propre image peut, ou doit, être conçu de façon plus large, comme prohibant la simple prise d'une *photographie* sans le consentement du sujet<sup>16</sup>.

On l'a nié, en estimant une telle prérogative "exorbitante"<sup>17</sup>, attentatoire à la liberté personnelle du photographe amateur ou professionnel, à la liberté de l'art. La protection du sujet n'interviendrait pas au stade de la simple élaboration mais seulement, après coup, à celui de la reproduction et de l'utilisation de la photographie<sup>18</sup>.

En réalité, on doit distinguer diverses situations, selon que la photographie est prise dans la rue, chez le sujet ou chez des tiers, et selon qu'il s'agit d'un simple particulier ou d'un homme public<sup>19</sup>. En ce qui concerne la photographie dans la rue, on a invoqué "le droit de vue qu'a tout individu sur tout ce qu'il y a dans la rue", d'où résulterait - ce qu'il faudrait démontrer - "*le droit de prendre un cliché de tout ce qu'il voit pour le reproduire*",

14) Egger, loc. cit.

15) cf. par ex. Hafter, Personenrecht, ad. art. 28, N. 11; Carbonnier, Droit civil, I, p. 227.

16) Une question analogue se pose pour l'enregistrement de l'"image sonore", il y a des "chasseurs de sons" comme des "chasseurs d'images" et la voix, elle aussi, est un élément de la personnalité.

17) Nerson, p. 383.

18) Carbonnier, op. cit., p. 236 et note au Dalloz 50. 713.

19) En faveur, avec prudence, de ces distinctions, les conclusions du Commissaire du Gouvernement Gazier, Conseil d'Etat 22 juin 1931, D. 51. 589, à propos des photofilmers.

sans le consentement préalable des sujets représentés, et le livrer au public même pour en tirer profit, sous réserve seulement d'une défense ultérieure de publication par le modèle, défense qui rendrait l'acte désormais illicite<sup>20</sup>.

Ceci nous paraît aller trop loin. Selon Carbonnier<sup>21</sup> la personne qui se rend dans la rue "a accepté par avance de s'exposer aux regards de tous" et il n'y aurait pas de différence, sinon un degré dans la netteté, entre "l'œil du spectateur à la mémoire infallible" et "la prunelle fixative de l'objectif". L'explication est ingénieuse, sinon entièrement convaincante; accepter de s'exposer aux regards ne signifie pas nécessairement qu'on accepte de s'exposer à la photographie. La participation à la vie sociale implique-t-elle seule un consentement à ces "communications objectives de la personne"<sup>22</sup> ou, au contraire, le droit de chacun sur sa propre physionomie permet-il, en tant que tel, d'interdire la prise de la photographie? Nous penchons sur cette dernière solution<sup>23</sup>, mais ce droit au portrait, ainsi conçu, doit se concilier avec la liberté personnelle des tiers photographes, et est soumis aux mêmes limites générales que dans la conception étroite, limites qui seront indiquées plus loin.

Quoi qu'il en soit la question mériterait d'être approfondie, et ceci non pas sous l'angle étroit d'une violation de la vie privée, mais de manière autonome.

Acceptons cependant, dans le cadre de ce rapport et pour simplifier, la conception "étroite" du droit au portrait, et revenons au droit de s'opposer à la publication du portrait, seul envisagé du reste dans le rapport de M. Atay, comme le montre son titre<sup>24</sup>.

---

20) Tribunal de paix de Narbonne, 4 mars 1905, D.P. 05.2.389 (aff. Du Laar).

21) Note à l'arrêt D. 1950. 712.

22) Nerson, p. 383.

23) Dans ce sens, Tribunal correctionnel de Grasse, 8.II.1950, D. 50.712; Egger, N. 39, mentionne la prise de photographies dans les atteintes au domaine intime, plus spécialement à cette vie privée qui, selon la phrase classique, "doit être murée" (A.T.F. 44.II.320).

24) "L'illicéité de l'usage non consenti du portrait (de la photographie) d'une personne célèbre".

L'existence même d'un tel "droit" a été mise en doute<sup>25</sup>. Il semble ignoré, ou mal dégagé, dans certains pays<sup>26</sup>. La question ne se pose pas, pour la Suisse et la Turquie, du fait du régime de protection de la personnalité établi par le Code Civil, dans d'autres pays du fait de dispositions spéciales<sup>27</sup> ou de la jurisprudence<sup>28</sup>. Mais dans quelles conditions et quelles limites peut-il être exercé? Se distingue-t-il vraiment du droit à l'honneur, à la considération? C'est ce qu'il faut démontrer pour pouvoir conclure à l'existence d'un droit autonome à sa propre image. Un individu a-t-il un droit privatif sur sa physionomie et, partant, la faculté de s'opposer à la reproduction de celle-ci, même en dehors de toute intention malveillante et même, plus précisément, lorsque cette publication n'est objectivement pas de nature à atteindre sa réputation? En d'autres termes, il n'y aura droit *indépendant* au portrait que si nous pouvons empêcher autrui de publier notre image "sans avoir besoin d'établir un outrage ou un préjudice autre que le seul fait de la reproduction"<sup>29</sup>.

L'examen de quelques illustrations tirées de la jurisprudence - relativement pauvre en la matière - et de la doctrine, permettra peut-être de répondre à ces questions.

En Suisse, deux arrêts ont, à notre connaissance, reconnu catégoriquement le droit au portrait, le premier d'un simple particulier, le second d'un acteur célèbre.

I. En 1912, sur la demande d'un employé des C.F.F., conducteur de train, dont la photographie était utilisée sans son consentement, par une fabrique de cigares pour sa marque, le *Tribunal supérieur du Canton d'Argovie*<sup>30</sup>, (agissant sur la base de l'article 55, ancien C.O., qui est devenu l'art. 49, mais en se référant à l'art. 23 C.C. pour interpréter l'ancien droit) a interdit cette

25) cf. Nerson, p. 145 et passim.

26) En Angleterre, voir plus loin les quelques arrêts cités.

27) Ainsi, en Italie, l'art. 10 C.C. I. réprime les abus de l'image d'autrui (cf. Carbonnier, p. 235).

28) En France par ex. une jurisprudence constante depuis 1850 a reconnu ce droit; Nerson, p. 139.

29) Fougerol, p. 6; Nerson, p. 138.

30) O.G. Aargau, 27.IX.1912, S.J.Z., vol. 9, p. 241 (1913).

utilisation et a accordé des dommages-intérêts modérés (vu la légèreté de la faute commise et la courte durée de l'utilisation).

Le Tribunal, après avoir cité le droit à l'apparence personnelle, au portrait, parmi les droits de la personnalité, a jugé que la fabrique défenderesse n'avait pas le droit d'employer la photographie du demandeur, quand bien même elle croyait qu'il s'agissait d'une personne décédée, et que l'atteinte ainsi portée était sérieuse. Pareille publication doit être défendue, a-t-elle estimé, "particulièrement" lorsqu'elle est faite dans des circonstances qui ont un effet nuisible à la réputation. Le texte publié de l'arrêt ne permet pas de deviner si, par ce considérant sibyllin, la Cour a voulu indiquer que l'utilisation commerciale de la photographie, sur des paquets de cigares, était en soi de nature à atteindre le crédit du demandeur, soit en le faisant passer pour un fumeur invétéré aux yeux de ses connaissances, soit, plus probablement, en faisant croire qu'il avait autorisé la reproduction contre de l'argent.

II. La seconde espèce met encore en scène l'industrie du tabac, avec des fabricants de cigarettes cette fois. C'est l'arrêt, cité par M. Ataay, du Tribunal Supérieur de Zurich<sup>31</sup>, du 12 janvier 1923.

Les faits étaient les suivants: Un sieur W. avait déposé comme marque pour ses cigarettes, et entendait utiliser, sur les cigarettes elles-mêmes, le nom<sup>32</sup> du célèbre acteur de cinéma Douglas Fairbanks, et sur les paquets de cigarettes, le portrait et le nom de l'acteur. L'interdiction prononcée à la demande de la vedette par le juge de première instance, avec ordre de retirer la marque du commerce et menace de poursuite pénale pour insoumission à une décision de l'autorité (art. 292 Code pénal) fut, sur recours de W., confirmée par le Tribunal supérieur.

Plusieurs éléments sont à relever, dans l'argumentation du Tribunal, qui serviront de point de départ à nos commentaires.

Le Tribunal a commencé à rejeter, à juste titre, la prétention "insoutenable, au moins à l'égard du tiers atteint dans ses

31) O.G. Zurich (II. Kammer), 12.I.1923. Bl. Zü. R. XXIII, Nr. 21.

32) D'un considérant de l'arrêt, il semble résulter que W. n'utilisait pour sa marque que le prénom "Douglas", l'identification étant rendue indiscutable par l'adjonction du portrait.

intérêts personnels, sinon peut-être à l'égard d'un concurrent" selon laquelle le dépôt de sa marque donnait un droit inattaquable au défendeur.

"Le nom et le portrait sont des droits de la personnalité; ils ne doivent pas être employés par des tiers sans le consentement de leur titulaire" a proclamé la Tribunal. Or, en l'espèce (et contrairement à ce qui se passe le plus souvent en des cas semblables<sup>33</sup>), il n'était pas prétendu que ce consentement ait été donné, même tacitement.

Ceci posé, le Tribunal n'a pas considéré que la seule reproduction du portrait sans autorisation suffisait à justifier la demande de Douglas Fairbanks. Il restait à se demander, selon lui, "*si un intérêt juridique du demandeur est atteint par l'emploi de son nom et de son portrait*". "In casu", cet intérêt juridique semble avoir été en partie, sinon principalement, pour les juges zurichois, l'intérêt à l'honneur. On lit en effet dans l'arrêt, que l'utilisation à des fins publicitaires du portrait (et du nom) d'un tiers, surtout s'il s'agit d'un artiste, entraîne une certaine déconsidération. "Cet emploi éveille auprès du public l'idée que la personne célèbre a donné son consentement contre argent" ce qui peut affecter désagréablement le demandeur, tant au point de vue personnel qu'au point de vue économique.

Ces considérations sont tout à fait pertinentes. Les usages de la publicité moderne étant ce qu'ils sont, au moins en Suisse, et dans bien des pays, et étant en surplus assez connus du public, le lecteur moyen d'une annonce de journal, le client moyen d'un produit quelconque patronné par telle célébrité locale ou internationale, ne peuvent guère manquer de supposer que le portrait a dû être publié avec l'autorisation du modèle, et que cette autorisation n'a pas été donnée gratuitement. La Cour de Cassation turque a interprété autrement les réactions probables de l'opinion à cet égard, et nous aurions été tentés d'attribuer cela à des différences d'usage entre pays, si le Dr. Ataay n'avait pas critiqué cette interprétation, assez étonnante en vérité.

---

33) Voir les arrêts de la jurisprudence française, où les défendeurs ont généralement admis la nécessité du consentement à la publication, mais prétendu à l'accord implicite du demandeur; Carbonnier, p. 236.



Autre chose est de savoir si cette conviction publique implique, soit une opinion sur le personnage représenté et ses besoins d'argent, soit un jugement de valeur à son égard, le blâme ou le mépris pour son esprit de lucre (déconsidération) ou au contraire, chez certains, de l'admiration pour son sens aigu des affaires! Le Tribunal de Zurich paraît croire au blâme, mais il voit bien que la question n'est pas là. Peu importe, au moins quant au principe de l'action que le modèle du portrait soit réellement déconsidéré aux yeux de la majorité, ou d'une partie du public. Sans doute ne serait-il pas suffisant qu'il se sente déconsidéré, mais à tort. Il suffit, note avec raison le Tribunal, "que le juge ait la conviction *que le demandeur peut se sentir atteint* en raison de l'emploi de son nom et de son portrait sur des paquets de cigarettes".

La pensée du Tribunal n'est, ici, pas absolument claire. S'agit-il d'atteinte à la considération? Il est plus juste de penser à une atteinte au seul "domaine intime", au "pur" droit au portrait. Le demandeur est atteint dans son bon plaisir, "qui après tout peut être une définition de la liberté"<sup>34</sup>, et son droit au portrait est lié à la liberté personnelle<sup>35</sup>.

Dans les deux arrêts qui précèdent, ainsi que dans l'arrêt turc cité, l'utilisation du portrait a lieu dans un *but commercial*, à des fins publicitaires. Cette circonstance a une double conséquence: (a) elle entraînera souvent une atteinte à la considération en même temps qu'au droit au domaine intime, au portrait, en raison de la conviction, qui s'établira normalement dans le public, qu'il y a eu consentement monnayé; (b) elle aggrave la faute de l'auteur de l'atteinte, élément dont il y aura lieu de tenir compte dans les cas des actions en dommages-intérêts et de réparation du tort moral. Comme l'a dit le Tribunal fédéral dans une espèce analogue, la célèbre affaire Hodler (droit des proches aux sentiments intimes, à la piété envers le mort, droit atteint par l'exposition d'un portrait du défunt sur son lit de mort): "l'atteinte illicite aux intérêts personnels est une faute d'autant plus grave qu'elle a été commise à des fins mercantiles"<sup>36</sup>.

34) Nerson, p. 137, se référant à Stuart Mill, "On Liberty".

35) cf. l'arrêt Poitiers, D.H. 36.45.

36) A.T.F. 70. II. 1927, Semaine judiciaire 1945, p. 87. Voir aussi:

Le caractère commercial de l'usage comporte des degrés divers. Il est particulièrement marqué, cela va sans dire, lorsque le portrait est utilisé comme marque sur des produits fabriqués par millions. Il existe aussi dans le cas des journaux illustrés qui poursuivent, avant ou après, un but d'information ou de propagande, un but commercial: le journal est une marchandise. Ce caractère existe aussi, enfin, lorsque le photographe expose dans sa vitrine le portrait qu'il estime spécialement réussi et propre à lui attirer de nouveaux clients. En revanche, il fait défaut lorsque, par exemple, un photographe amateur fait cadeau à ses amis d'agrandissements de quelques-uns de ses instantanés les plus réussis, ou même lorsqu'un hôtelier décore les chambres de son hôtel de montagne de quelques photos pittoresques de paysans de la région. — Il va sans dire que l'atteinte au droit à sa propre image peut toucher en même temps à la considération du modèle, qu'elle ait ou non un but commercial.

Le Tribunal a considéré, en passant, que le fait que le portrait (et le nom) soient reproduits "sur de la cire à chaussure, des allumettes ou des paquets de cigarettes", ne faisait pas de différence. Ceci est exact, d'une manière générale, sur le terrain de l'atteinte au droit au portrait, mais ne l'est évidemment plus sur celui, assez proche, on l'a vu, de l'atteinte à l'honneur. Il est clair, par exemple, que la reproduction du portrait d'un homme politique sur un paquet de nouilles, ou sur l'emballage d'un fromage, prêterait davantage aux interprétations malveillantes que la même reproduction sur un paquet de cigarettes<sup>37</sup>.

L'affaire Rachel, l'une des premières de ce type, Trib. civil Seine, 16 juin 1858, D.P. 58.3.62; le cas de Bismarck (cité par Tuor, Droit civil suisse, trad. fr. Deschenaux, p. 76). Les photographes-reporters d'une certaine presse contemporaine sont friands de ce genre d'instantanés, soit de la célébrité sur son lit de mort (comme dans les cas précités), d'où atteinte aux sentiments intimes des proches, soit d'une personne célèbre à l'agonie, d'où atteinte au droit au portrait. (Affaires du Pape Pie XII, photographié par le Dr. Galeazzi-Lisi; de la poétesse Sud-américaine Gabriela Mistral; de l'acteur Charles Dullin; des savants atomistes yougoslaves soignés en 1958 à Paris, etc..).

37) Dans une affaire *Plumb v. Jeyes*, jugée en Angleterre en 1937 (*The Times*, 15 April, page 4), une photographie de presse, représentant un policeman s'essuyant le front, fut utilisé quelques années plus tard,

La déconsidération, souvent mais pas nécessairement liée à l'usage commercial du portrait, peut provenir d'autres circonstances. On connaît l'exemple classique, cité par *Tuor*, d'une photographie représentant une jeune fille honnête au milieu de danseuses de réputation douteuse<sup>38</sup>. Récemment, l'actrice de cinéma Thilda Tamar, s'est plainte de voir une de ses photographies de films illustrer le livre du Juge Sacotte, intitulé "La Prostitution"; le nom de l'actrice n'était pas mentionné, mais les "connaisseurs" pouvaient sans doute identifier la demanderesse. Le journal "l'Express", qui avait reproduit ce portrait à propos d'un article consacré au livre, vit saisir ses numéros invendus, et l'éditeur de l'ouvrage fit arracher l'illustration.

L'atteinte au droit au portrait s'accompagne, parfois, en même temps que d'une atteinte au crédit, d'une atteinte au droit de la vie privée. A propos du devoir du photographe — devoir consacré par la loi sur le Droit d'auteur du 7 décembre 1922 —<sup>39</sup> de ne pas mettre en circulation ni livrer à la publicité, sans l'autorisation de l'intéressé, des exemplaires d'une photo commandée, le professeur Röthlisberger, dans son étude sur le "Photographenrecht"<sup>40</sup> cite l'exemple d'un journal nommé fort à propos "Le

---

avec une légende appropriée, dans la réclame d'une marque de bains de pieds fortifiants. Le policeman obtint des dommages-intérêts. (Mais l'élément d'usage non-autorisé du portrait ne semble pas avoir joué de rôle ici, pas plus que dans d'autres arrêts anglais. En effet, la jurisprudence anglaise paraît ne pas reconnaître l'existence d'un droit à la vie privée; aussi la publication de la photographie d'autrui semble n'avoir été examinée par les tribunaux que sous l'angle de l'atteinte à l'honneur (cf. *Corelli v. Wall* 1906, 22 T.L.R. 532): (*Winfield, The Law of Tort*, 3rd ed. 1946, par. 183, qui classe l'"infringement of privacy" parmi les "doubtful wrongs").

38) *Tuor*, *op. cit.* p. 76. L'exemple serait encore plus concluant s'il s'agissait d'une photographie exposée avec d'autres photographies, au lieu d'un seul et même cliché, pris peut-être dans quelque local public...

39) Article 35 L.D.A., aussi article 43 (sanctions).

40) S.J.Z. vol. 21, p. 286 (1924/25). L'auteur cite une pétition de l'Association suisse des Photographes aux Autorités fédérales, où l'art. 35 L.D.A. est attaqué comme limitant à l'excès le photographe qui veut participer à une exposition ou à un concours, et comme rendant assez illusoire son droit d'auteur sur son oeuvre.

Phare" et où fut publiée en 1954 une photographie montrant les convives d'un dîner fin dans un grand hôtel zurichois en compagnie d'une aventurière étrangère; la photographie n'ayant pu être que commandée, avait sans doute été livrée à la presse par le photographe ou un de ses employés.

Le rapport de M. Ataay cite le cas des *montages photographiques*. Ce cas spécial, proche de celui de la caricature, joue un certain rôle dans la pratique où il sera généralement lié à celui de l'atteinte à la considération. Dans sa thèse sur "la Protection de la Personnalité en droit civil"<sup>41</sup>, M. Regamey donne un exemple, intéressant du point de vue juridique, d'une activité qui s'apparente au montage photographique.

Une vedette de l'écran avait autorisé un photographe à publier sa photographie dans un magazine. Elle voit un jour, dans la vitrine d'un dentiste américain "un portrait de femme découvrant des dents incomparables, mais qu'un ingénieux système d'écrans lumineux montrait ajoutées à la bouche par la main de l'opérateur. Au dessous une inscription: le nom de l'actrice. Justement outragée qu'on fasse croire au public qu'elle portait de fausses dents, elle intente une action au photographe coupable d'avoir livré le portrait".

Selon Regamey, l'atteinte illicite était due au commerçant responsable du montage, mais non au photographe, à moins qu'il ne connût l'usage que le premier se proposait de faire du cliché cédé. Cette opinion est discutable. Il y a deux atteintes illicites dans cet exemple: celle du commerçant fabricant de dentiers (qui est de nature double, lésant le droit au crédit aussi bien que le droit au portrait), et il y a celle du photographe, le consentement de l'actrice à la publication dans un magazine (que tout lecteur peut se procurer et découper s'il le veut, mais le montage serait plus visible) n'impliquant pas automatiquement son accord à la livraison du cliché et de copies à des tiers.

Dans de nombreux cas, on le voit, le droit au portrait est lésé en même temps que celui à l'honneur; pratiquement le demandeur agira rarement s'il n'a pas ce second motif à invoquer. Bien davantage de gens sont flattés de voir leur portrait publié, sans leur

41) Thèse de Lausanne 1929, pages 92-93.

accord, par exemple dans la presse, que mécontents de cette atteinte à leur domaine intime: Cependant, il y a des exemples d'atteintes au seul droit au portrait, mais la jurisprudence est plus maigre sur ce point, cela se conçoit. Sauf hypothèses extrêmes, le photographe qui expose dans sa vitrine un portrait n'atteint pas le crédit de son modèle. Mais "l'exposition publique dans la vitrine d'un photographe peut porter atteinte à la liberté, touchant son individu, de la personne photographiée"<sup>42</sup>. Puisqu'il existe un "droit au portrait", nous l'avons admis, le modèle doit pouvoir obtenir le retrait, sans avoir à justifier d'autre intérêt juridique, on l'a vu, sans avoir à prouver d'autre préjudice que le déplaisir qu'il a ressenti à cette exhibition non autorisée, que l'irritation éprouvée à voir sa liberté personnelle bafouée.

La protection de ce droit au portrait, pourtant, n'est pas assurée sans réserve — contrairement à ce que semble laisser entendre le texte de l'article 28 C.C. — tout droit, même de la personnalité, ayant ses limites<sup>43</sup>. On conçoit qu'une protection trop étendue du modèle risque de limiter à l'excès la liberté personnelle d'autrui (photographe amateur ou professionnel). Limité bien entendu dans son exercice par le principe de la bonne foi (art. 2 C.C.) le droit au portrait l'est encore par la condition, rappelée dans l'arrêt du Tribunal supérieur de Zurich, d'intérêt juridique digne de protection: par exemple le demandeur qui, sur la photographie litigieuse, est perdu dans un groupe, ne peut pas invoquer le droit à être protégé contre la publicité<sup>43'</sup>). Il se peut aussi que l'intérêt juridique de l'auteur de l'atteinte soit préférable, lorsque celle-ci

42) Cour d'appel de Poitiers, le 21 octobre 1935, D.H. 36.45. Un photographe avait exposé dans sa vitrine le portrait d'une fillette, commandé par le grand-père. Une demande de retrait, présentée par ce dernier et par sa fille, en instance de divorce, fut rejetée, le père, détenteur de la puissance paternelle, ayant autorisé l'exposition.

43) Egger, N. 53.

43') Cf. Trib. Paix de Narbonne, D.P. 05.2.389, qui reconnaît le principe, cité plus haut, du droit de photographier sans l'autorisation des modèles, mais aussi celui, pour la personne, de défendre l'exhibition publique de ses traits "alors du moins qu'elle se détache suffisamment pour ne pas être fondue dans l'ensemble des objets représentés" (Note à l'arrêt). cf. Egger, N. 55-56.

constitue un moyen licite, dans un but licite<sup>44</sup>. Mais, sous cette réserve, le mobile légitime de l'auteur ne justifie pas ce dernier, pas plus, du reste que l'intention malveillante ne constitue une condition nécessaire; il n'y a donc pas là une limite du droit au portrait<sup>45</sup>.

La célébrité d'une personne limite-t-elle son droit à la propre image? Le Tribunal supérieur de Zurich s'est prononcé là-dessus de façon catégorique (explicable vu le caractère publicitaire et mercantile de l'utilisation en l'espèce), et peut-être trop peu nuancée. Que la protection juridique du nom et du portrait soit absolue ou non, ce qui est controversé, il est faux, a-t-il estimé, qu'elle soit amoindrie du fait que le titulaire du portrait est entré dans la vie publique comme homme d'État, politicien, acteur, etc. ou qu'il a rendu son nom célèbre par ses activités artistiques ou scientifiques (les activités sportives n'étant pas mentionnées par l'arrêt!)

Il est indiscutable que "le fait d'être célèbre ne prive pas une personne de la protection juridique quant à l'usage non consenti de sa photographie par les tiers"<sup>46</sup>. Mais il est certain aussi que la célébrité du sujet sera un important facteur dans l'examen de la condition d'"intérêt juridique digne de protection" de la victime comme de l'auteur de l'atteinte, et que l'on pourra souvent en déduire, en outre, une présomption de consentement à la publication. Cette question — qui forme le thème particulier de la première partie du Rapport du Dr. Aytakin Ataay, y est étudiée de manière approfondie, aussi nous bornerons-nous à quelques commentaires sur les critères proposés.

Selon le rapporteur, l'usage non autorisé du portrait d'une personne célèbre ne constitue pas une atteinte illicite à ses intérêts personnels à condition qu'il soit *approprié*. Différents critères, qui se recouvrent dans une certaine mesure (comme cela est à peu près

44) Egger N. 59 - Un photographe pourrait, par exemple, à notre avis, dans le but de retrouver la trace d'un débiteur, exposer la photographie de ce dernier avec l'inscription : "Le connaissez-vous"?

— il va sans dire que l'Autorité, en vertu du droit public, peut publier des photographies. Cf. à ce sujet l'art. 35, al. 2. L.D.A.

45) Carbonnier, p. 228.

46) Rapport de M. Ataay, page 1.

inévitables dans le domaine de la protection de la personnalité), permettent de décider de ce caractère approprié :

- a) L'usage ne doit pas être incompatible avec la liberté individuelle, la dignité et l'honneur, pas plus qu'avec le secret personnel;
- b) l'usage doit être approprié dans son contenu et dans son étendue, c'est-à-dire apparaître comme une conséquence naturelle de la condition sociale et du caractère public du sujet;
- c) l'usage doit être approprié dans le temps.

Sur le *premier critère* (a), on peut renvoyer à ce qui a été dit plus haut: l'usage du portrait ne doit pas constituer une atteinte à *honneur*, ni une atteinte à la *vie privée* (mais la "sphère privée" des personnages publics, à l'époque des méthodes "américaines" de la presse illustrée, semble se réduire comme la peau de chagrin!) Peut-il y avoir, indépendamment de ces cas, une "pure" atteinte au droit au portrait, c'est-à-dire sans atteinte simultanée à la considération ou à la vie privée? Ceci nous conduit à examiner le second critère proposé.

Sur le *second point* (b), on peut se demander si l'usage d'un portrait dans un sens conforme, ou non-conforme, à la *condition sociale* du sujet ne constitue pas un critère trop vague pour aider utilement à définir l'atteinte illicite. Sans doute peut-on répondre qu'en cette matière, les notions et standards sont toujours imprécis et c'est au juge à délimiter selon les espèces les contours du droit. Pourtant, les exemples cités font apparaître les difficultés d'application de la notion. La reproduction de la photographie d'un peintre dans un album d'art est certes "conforme à sa condition sociale". Ne peut-elle pas, cependant, atteindre les intérêts personnels du sujet? Tel peintre de tendance moderniste peut être vivement irrité de voir sa photo reproduite dans un livre d'art, au chapitre de la peinture académique, (ou inversement), sans qu'il y ait nécessairement atteinte à l'honneur. Tel homme politique peut se sentir atteint, à tort ou à raison, de voir sa photographie placée au milieu de celles d'adversaires, ou, tout simplement, de voir reproduit un mauvais portrait de lui, alors qu'il en existe de meilleurs en circulation. Y a-t-il, en de tels cas, atteinte illicite au droit à l'image? Ce n'est pas le critère de la "condition

sociale de l'intéressé" qui permettra de trancher la question. De même "exposer la photographie d'un homme de science dans la vitrine d'un photographe", est-ce nécessairement un "acte qui porte atteinte aux intérêts personnels" du savant? Sans doute les limites sont-elles difficiles, voire impossibles, à tracer a priori. L'homme public le plus populaire pourra être flatté de voir son portrait exposé dans la vitrine de commerçants comme libraires, photographes, mais apprécier moins de le voir chez des commerçants de la branche alimentaire. La solution de ces cas ne semble pas facilitée par l'intervention d'un facteur comme celui de "condition sociale".

Quant au *troisième critère* (c), enfin — que l'usage soit approprié *dans le temps* — il est également délicat à manier, et M. Ataay s'en rend compte, qui l'expose de manière nuancée. "Réveiller l'intérêt autour du nom d'une personne dans l'oubli depuis longtemps en reproduisant ou exposant sa photographie", c'est-à-dire ressusciter une célébrité défunte, cela peut être une bonne action, une réparation, tardive de l'historien. Dans une hypothèse inverse il s'agira d'une "triste célébrité": le condamné qui a purgé sa peine et a refait sa vie souffrira — dans son honneur plus que dans son droit à l'image — de voir son portrait reproduit dans une histoire des grands procès contemporains ou dans une revue de criminologie<sup>47</sup>. — En réalité, il s'agit ici, "ex hypothesi", de personnes ayant perdu leur célébrité et, qui sont, par conséquent, à considérer comme de simples particuliers quant à l'exercice du droit au portrait. De toute manière, on l'a vu, le juge aura à rechercher si ce droit est limité en l'espèce par un intérêt juridique plus digne de protection, celui de l'historien par exemple.

Il est intéressant de comparer à ces critères le système proposé par Regamey (d'ailleurs de façon toute générale, et non pas limitée aux personnes célèbres); cet auteur écrit :

47) Cet exemple fait penser à un autre — qui touche aussi au domaine pénal — celui de l'inculpé dans une affaire de sensation. On sait l'intérêt de la presse pour ce genre de célébrités, et les procédés qu'elle utilise pour se procurer leur photographie. Sur le terrain du droit civil — et indépendamment de considérations touchant à la dignité de la justice — on ne voit pas en quoi l'inculpation d'une personne la priverait de son droit au portrait.



“ Ce qui importe à la personne comme telle, c'est que *l'usage que l'on fait de son portrait n'induit pas autrui en erreur, soit que l'on attribue à autrui sa propre image, soit qu'on lui attribue les traits d'autrui, soit enfin que l'usage du portrait fasse naître une idée fausse, ou réputée fausse, de la personne dont l'image est reproduite*”<sup>48</sup>.

Certaines des hypothèses envisagées (substitution de photographies, erreur (d'attribution) concernant plus le droit à l'identité que le droit au portrait, la victime de l'atteinte se plaignant, non de l'utilisation de sa photographie, en soi, mais d'une utilisation erronée.

Pour le reste, ce critère, s'il peut aider à résoudre certains des exemples suggérés plus haut, paraît trop étroit. L'essence du droit au portrait, on l'a vu plus haut, tient dans le pouvoir de s'opposer à une publication non consentie — même si cette publication n'est nullement propre à induire en erreur, ou à exposer au discrédit — pour la seule raison du déplaisir ressenti par le sujet atteint dans sa liberté et son domaine intime, du seul fait de la publication. Cette prérogative inhérente à la personnalité appartient à tout individu, *même célèbre*, comme l'ont très bien reconnu les Tribunaux supérieurs d'Argovie et de Zurich. Il est vrai que “plus les traits d'une personne sont connus du public... moins on songera à protéger son portrait”<sup>49</sup>. On peut penser qu'il y a, dans le cas de l'“homme public”, une autorisation tacite accordée à autrui, sauf révocation ou preuve contraire, de reproduire les traits”<sup>50</sup>.

Selon plusieurs auteurs et décisions judiciaires, en France

48) Thèse citée, p. 92-93.

49) Parce que, écrit Regamey, “moins les chances de confusion et d'erreur seront nombreuses”, op. cit., p. 93. Cette explication, comme, du reste, tout le traitement du droit au portrait dans cet ouvrage, est très insuffisante. Il faut dire, avec Carbonnier, p. 236, que l'homme public a probablement renoncé volontairement à avoir une sphère personnelle aussi étendue que les autres.

50) Selon l'expression de Perreau, *Technique de la Jurisprudence en droit privé*, vol. II, p. 45 (1923), mais à propos du droit au portrait de toute personne, célèbre ou non célèbre.

surtout<sup>51</sup> l'idée d'autorisation tacite devrait être admise, non seulement pour les personnes célèbres, mais aussi pour les simples particuliers et il faudrait présumer cette autorisation. Cela semble aller un peu loin, (en tout cas lorsque la photographie du particulier n'a pas été prise dans la rue, dans un lieu public). De toute façon, il faudrait peut-être distinguer autorisation et simple tolérance. La jurisprudence suisse paraît plus nuancée; elle ne pose pas de présomption de consentement, mais tempère la rigueur des conséquences que peut avoir, sur la liberté et le droit de la personnalité des tiers, le principe au droit au portrait: ceci en exigeant, on l'a vu, que le demandeur ait un intérêt juridique digne de protection, et en appréciant cet intérêt selon toutes les circonstances de l'espèce.

*En résumé*, les conclusions de M. Ataay sur les jurisprudences turque et suisse nous paraissent entièrement fondées. Pour éviter de répéter ce qui était fort bien dit dans ce rapport, nous avons jugé préférable de ne pas nous limiter au seul cas du portrait d'une personne célèbre, mais de situer la question dans un cadre plus général, en soulevant chemin faisant une série de points sur lesquels il serait fort intéressant d'avoir l'avis des juristes turcs. L'auteur du Rapport doit être remercié d'avoir choisi de traiter un sujet aussi délicat et d'une aussi grande actualité.

---

51) **Carbonnier**, Note à l'arrêt C. d'Etat D. 51. 589 — qui distingue l'exposition du portrait faite sans consentement (licite) et faite contre le consentement (illicite); **Perreau**, loc. cit., note précédente; cf. l'arrêt Trib. Narbonne, déjà cité, D.P. 05.2.389, mais voir aussi C. Lyon, D.P. 88.2.180.