

L'EXCLUSIVISME AMBIVALENT DU DROIT A L'IMAGE

*Pascal Gourdon**

Le développement incessant des techniques induit une tendance affirmée à la circulation de tous les attributs de la personne. Leur aptitude à devenir des choses dans le commerce ne fait plus aucun doute. Il en est ainsi de la physionomie - comme la voix et le nom - qui se trouve traité comme un objet de propriété. L'image devient donc doublement exclusive. D'abord à cause de son profond rattachement à la personnalité de l'individu, il s'établit un rapport d'exclusivité d'ordre extrapatrimonial entre le sujet et son image. Ensuite, en raison du rapport d'exclusivité propre au droit de propriété, un autre lien privilégié se crée, d'ordre patrimonial cette fois. Les deux se conjuguent pour teinter le « droit à l'image » d'un exclusivisme, qui impose une révision des schémas juridiques classiques.

L'image humaine est caractéristique, à plus d'un titre, de la nature complexe de l'exclusivité appliquée aux droits de la personne. Elle participe fortement à l'individualisation de l'être et assure la protection de ce « bien sacré qu'est la physionomie contre les dangers ou simplement les ennuis de la diffusion dans le public ». ¹ Relativement ancienne, l'exclusivité de l'image est apparue avant même l'avènement de la photographie. ² Parfois qualifiée « droit de veto », ³ « droit de propriété absolu de l'homme » ⁴ et plus fréquemment aujourd'hui « droit à

* ATER (Droit Privé) Université de la Polynésie Française

1 Nerson (R), Les droits extrapatrimoniaux, th Lyon, 1939, LGDJ, n° 80, p 145.

2 L'expression « droit à l'image » n'a pas beaucoup de sens : les expressions « droit de la personne au respect de son image » ou « exclusivité de la personne sur son image » sont préférables En ce sens, Lindon (R), note sous Paris, 1re Ch A, 14 juin 1983, D 1984, p 76, « ... un droit baptisé trop sommairement » ; Ancel (JP), Protection de la personne : image et vie privée ; protection judiciaire : la voie civile, Gaz Pal 1994, 2, p 992, un « vocable dépourvu de sens » ; Bécourt(D), La personne face aux médias, Gaz Pal 1994, 2, 983, distinction entre droit à..., droit de... et droit sur... l'image.

3 Trib civ d'Yvetot, 2 mars 1932, Gaz Pal 1932, 1, p 855, reprenant le mot de Proudhon.

l'image », cette exclusivité se révèle plus que jamais primordiale.⁵ Les techniques modernes de captation et de reproduction des images imposent, en effet, une protection accrue de cette partie intégrante de nos personnalités⁶ (I). Cependant, force est de constater que l'exclusivité permet aussi, et de façon croissante, de tirer profit de la valeur économique de l'image du corps (II).

I LA PROTECTION D'UNE PARTIE INTÉGRANTE DE LA PERSONNALITÉ

En droit civil, les textes législatifs se référant à la protection de l'image humaine sont rares. La loi du 30 septembre 1986, relative à la liberté de la communication, prescrit que l'exercice de cette liberté ne doit être limité que dans la mesure requise par le respect de la dignité humaine⁷. La Déclaration universelle de 1948 qui proclame l'égalité de tous les êtres humains « *en dignité et en droits* » englobe le droit à l'image.⁸ Toutefois en droit français, on rattache plus souvent ce droit à l'article 9 du Code civil.⁹ Or, ce texte ne protège pas spécifiquement l'image de la personne: il énonce seulement le droit de chacun à sa vie privée. Ce rattachement est source de confusion car l'exclusivité de l'image personnelle dépasse le cadre de la vie privée, cela malgré le caractère extensif de cette notion.¹⁰ En réalité, la jurisprudence a forgé une exclusivité indépendante de celle protégeant la vie privée (A), dont l'efficacité est soumise à une condition de ressemblance de l'image et du sujet (B).

4 Trib de la Seine, 10 février 1905, droit d'auteur 1905, p 76 ; Trib de la Seine, 9e Ch, 24 mars 1937, Gaz Pal 1937, 2, p 154-155 ; Trib com Seine, 26 février 1963, D 1963, Somm, p 85 ; Gaz Pal 1963, 2, p 53.

5 Les sons et les paroles prononcées par un individu peuvent être considérés comme un démembrement sonore de l'image personnelle et sont inclus, à ce titre, dans le cadre de cette étude.

6 Néanmoins, les techniques traditionnelles sont encore utilisées. Voir Versailles, 1re Ch, 30 juin 1994, D 1995, p 645, note J RAVANAS, à propos de la fabrication d'un santon à l'effigie de Caroline de Monaco.

7 Art 1^{er} de la loi n° 86-1067.

8 Art 1^{er} de la Déclaration. Voir en ce sens, Ancel (J-P), La protection de la personne : image et vie privée; protection judiciaire : la voie civile, Gaz Pal 1994, 2, p 993.

9 En ce sens, Carbonnier(J), Introduction Les personnes, PUF, Coll Thémis, 1987, p 370, n° 71 ; Stoufflet (), Le droit de la personne sur son image (quelques remarques sur la protection de la personnalité), JCP 1957, I, 1374, n° 8, « *c'est dans le cadre de cette protection de cette intimité que se place celle de l'image envisagée dans ses relations avec la personne physique* ».

10 En ce sens, Cornu (G), Droit civil - Introduction, Les personnes, Les biens, éd Domat-Montchrestien, 2e éd, 1988, n° 528, p 184, la vie privée est « *une notion générique d'évocation irréductible à une définition précise* ». En faveur d'une distinction entre droit au respect de sa vie privée et droit à l'image, Ravanans(J.), J.-Cl. civ., art. 9, fasc. 1, n° 53, p. 13.

A Une Exclusivité Indépendante de Celle Protégeant la Vie Privée

L'image constitue pour l'homme un moyen essentiel d'information et de communication. Il a été scientifiquement démontré que les yeux sont des informateurs mille fois plus efficaces que les oreilles et que le nez.¹¹ Selon la distance d'observation, le caractère d'autrui se révèle. A quelques mètres de l'autre, son « âme » transparait. A moins d'un mètre, la personnalité profonde monopolise l'attention.¹² C'est dire qu'il existe des espaces de perceptions spécifiques, allant de la distance publique à la distance intime. Sans aucun doute, l'image de soi contribue à la construction de la personnalité et à la qualité des rapports interpersonnels.¹³ Elle reflète l'expression de notre existence profonde et se trouve chargée d'affectivité.¹⁴ Toutefois, si l'image exprime le corps, elle n'en est pas moins « désincorporée ». En tant qu'information, elle n'est pas le physique de l'individu mais sa représentation.¹⁵ Dès lors, la captation de l'image ne saurait violer véritablement l'intégrité corporelle du sujet. Contrairement aux autres informations qui portent sur la vie privée, la physionomie ne nécessite pas d'être attribuée à telle ou telle personne. Elle identifie d'elle-même l'individu concerné. En cela, elle est déjà exclusive. Elle est moins que la personne tout en étant toujours plus qu'une simple chose. C'est donc au titre de la protection morale de l'individu que l'exclusivité de l'image est surtout favorisée par notre droit.¹⁶ Quelle que soit la technique de

11 Voir Hall (E T), *La dimension cachée*, éd. Seuil, coll. Points 1978, p. 62-63.

12 *Nadar a démontré le premier*, dans les années 1850 à quel point un portrait photographique peut révéler l'âme du modèle. Voir sur le sujet, GROSSER (M), *The Painter's Eye*, éd. Rinehart & Compagny, New York, 1951.

13 Voir Hall (E T), *The Language of Space*, éd. Landscape, New-York, 1960 ; Bernard (M), *Le corps*, éd. J.P. Delarge, Paris, 5e éd., 1978, p. 110 ; Canguilhem(G), *Le normal et le Pathologique*, éd. Quadrige / PUF, 7e éd., 1998 ; Introduction à la psychologie sociale, sous la Direction de Serge Moscovici, éd. Larousse université, 1972, t. 2, spéc. p 135-164, à propos de la communication non verbale.

14 Voir Vuillemin (J), *L'Etre et le travail*, éd. P.U.F., 1949, p. 44. et l'évocation littéraire de Michel Tournier : « Il comprit que notre visage est cette partie de notre chair que modèle et remodèle, réchauffe et anime sans cesse la présence de nos semblables. Un homme qui vient de quitter quelqu'un avec qui il a eu une conversation animée : son visage garde quelque temps une vivacité rémanente qui ne s'éteint que peu à peu et dont la survenue d'un autre interlocuteur fera rejaillir la flamme », *Vendredi ou les limbes du Pacifique*, éd. Gallimard, coll. Folio, 1977, p. 90,

15 En ce sens Dubois (Ph.), *Le physique de la personne*, th. Paris II, 1984, p 216 ; Catala (P), *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, RRJ, 1983, 1, n° 3, p 187.

16 En ce sens, Nerson (R), *Les droits extrapatrimoniaux*, th Lyon, 1939, éd LGDJ, n° 74 et suivants, p 137-144.

fixation utilisée, l'image ne doit pas échapper à celui dont elle reproduit l'apparence, sous peine de nier son humanité en l'empêchant de communiquer avec ceux qui le jugeront.¹⁷ On sait par exemple qu'une personne peut offrir l'image de son corps dénudé aux regards anonymes qui partagent avec elle le même code social.¹⁸ Or, la même personne peut trouver intolérable qu'une photographie prise à son insu soit publiée dans un journal. Hors de son contexte, l'image « volée » se trouve présentée aux regards amusés ou hostiles des lecteurs, hors de toute complicité.¹⁹ Dès lors, il apparaît nécessaire de prendre en compte la destination de l'image, et non pas seulement sa genèse.²⁰

Sachant que, sauf à être anachorète, il est impossible de garder son image secrète, la jurisprudence a élaboré un droit véritablement marqué par l'exclusivisme. L'exclusivité de la personne sur son image peut se définir comme un principe général de non-usage de l'apparence physique d'autrui. Seule l'autorisation « expresse et spéciale » du sujet ou de ses ayants droit, aussi l'autorisation de la loi, permet de déroger à ce principe.²¹ Il s'agit bien d'un droit autonome.²² La Cour de cassation a affirmé que certaines atteintes au « droit à l'image »

-
- 17 En ce sens, Merleau-Ponty (M), *La phénoménologie de la perception*, éd Gallimard, 1949, 9e éd, p 414.
- 18 Voir l'étude de JC Kaufmann, *Corps de femmes regards d'hommes*, éd Nathan, coll Essais et recherches, 1995.
- 19 Paris, 1re Ch A, 29 avril 1980, *Gaz Pal* 1981, 1, Somm, p 37.
- 20 Catala (P), *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, *RRJ*, 1983, 1, n° 5, p 188.
- 21 Sur le caractère « *expres et spécial* », voir TGI Bobigny 5e Ch, 14 mai 1996, *Gaz Pal* 6-7 novembre 1996, n°s 311-312, p 24, note F-J Pansier, accord pour l'illustration d'un article relatif à l'activité professionnelle du modèle, puis refus d'autoriser une nouvelle reproduction pour accompagner un autre sujet ; TGI Paris 1re Ch, 18 novembre 1987, *D* 1988, Somm, p 200, simple cliché souvenir exploité sous forme de cartes postales ; Nîmes 1re Ch, 7 janvier 1988, *JCP* 1988, II, 21059, note F-J Pansier, consentement donné pour une « *étude photographique* » et non pour la reproduction sur des boîtes de cordes à sauter ; TGI Paris 1re Ch 1re sect, 23 juin 1982, *Gaz Pal* 1983, 1, Somm, p 131 ; *JCP* 1983, IV, 325, accord donné quatre ans avant la publication incriminée ; TGI Paris, 1re Ch, 28 mars 1984, *D* 1984, IR, p 330, note R Lindon, absence de présomption de renoncement à l'exercice de l'exclusivité sur son image : « *Même si elle demeure l'une des artistes françaises les plus connues du public, l'actrice en cause est en droit de rejeter le mythe dans lequel une certaine presse veut l'enfermer, de revendiquer le respect dû à l'intimité de sa vie privée et de se défendre contre les atteintes susceptibles de troubler son équilibre* ».
- 22 En ce sens, Contamine-Raynaud (M), *Le secret de la vie privée, L'information en droit privée*, in *Travaux de la conférence d'agrégation*, sous la direction de Loussouarn (Y) et Lagarde (P), *LGDJ* 1978, T 152, spéc p 451, « *En principe vie privée et image sont distinctes* » ; Wagner (E), *Commentaire sous Paris* 1re Ch B, 3 avril 1987, *D* 1988, Somm, p 390, n° 1.

ne sont pas nécessairement des atteintes au secret de la vie privée.²³ Les juges du fond opèrent cette distinction depuis fort longtemps eux aussi.²⁴ L'argument le plus favorable à l'autonomie de l'exclusivité de l'image personnelle est qu'elle s'impose même dans les lieux publics. Il est constant en jurisprudence de voir le droit du photographe s'incliner devant celui du modèle.²⁵ Ce dernier peut légitimement s'opposer à la reproduction de ses traits parce qu'il peut revendiquer l'exclusive disposition de sa physionomie. Même l'exception tirée de la légitime information du public est appréciée de façon restrictive, plus restrictive encore qu'en matière de concession d'exclusivité des images sportives.²⁶ La diffusion de l'image doit répondre à une fonction sociale particulièrement évidente.²⁷ La plus vive opposition entre le « droit à l'image »

23 Cass Ch civ, 6 janvier 1971, D 1971, p 263, note B Edelman ; JCP 1971, II, 16723, note R L ; GAJC, 6e éd, Dalloz, 1973, n° 14, p 45 ; TGI Paris Ord réf, 27 février 1970, JCP 1970, II, 16293, note RL ; Cass 1re Ch civ, 8 janvier 1980, Bull civ 1983, I, n° 18, p 15 ; D 1980, IR, p 258 ; RTD civ 1983, p 116, obs Nerson et Rubellin-devichi, dessin ne portant pas atteinte à la vie privée d'une présentatrice de télévision, mais portant atteinte à son droit à l'image en raison de sa qualité proche de celle d'une photographie ; Trib com de la Seine, 12 mai 1934, Gaz Pal 1934, 2, p 238, publication de la photographie d'une enfant de trois ans dans le catalogue d'un grand magasin.

24 Voir notamment, TGI Paris, Ord réf, 24 janvier 1997, PA du 26 mars 1997, n° 37, p 22-26, note M SERNA, Photographies d'acteurs célèbres prises au téléobjectif ; 1re Ch civ, 21 mars 1984, Gaz Pal 1984, 2, Somm, p 291 ; JCP 1985, II, 20326, note R Lindon, images d'un enfant ne portant pas atteinte à son intimité, compte tenu de son jeune âge, en revanche portant atteinte à son droit à l'image.

25 Par ex, Versailles 1re Ch, 30 juin 1994, D 1995, p 645, note J Ravanas, santon de Provence modelé à l'effigie de la princesse Caroline de Monaco, la représentant en train de faire son marché à Saint-Rémy-de-Provence ; Paris 1re Ch A, 16 juin 1986, D 1987, Somm, p 136, note R Lindon et D AMSON, promenade d'une princesse avec son fils ; Paris 1re Ch A, 16 juin 1986, D 1987, Somm, p 136, note R Lindon et D Amson, à propos de l'absence de présomption d'autorisation dans les lieux publics

26 Voir l'affaire FOCA, Cass 1^{re} Ch civ, 6 février 1996, Légipresse 1996, III, p 88, note Ader ; D 1997, Somm, p 85, Th Hassler et V Lapp, prédominance du droit à l'information sur le refus du titulaire exclusif des droits d'exploitation audiovisuelle du *grand prix de France de Formule 1* de permettre l'accès au circuit à l'équipe d'un journal télévisé.

27 Voir par ex, TGI Paris Ord réf, 3 juillet 1974, JCP 1974, II, 17873, 2e espèce, note R Lindon, l'exclusivité de la personne sur son image doit seulement céder devant le droit à l'information « *quand celui dont l'image a été captée est une personne publique ou participe à un titre quelconque aux événements de l'actualité.* » ; TGI Nanterre 1re Ch A, 18 janvier 1995, Gaz Pal 1995, 1, p 279, note J-G M, rappel par une chaîne de télévision d'un l'événement tragique dans le seul but lucratif de la recherche d'une audience maximale ; TGI Paris, 20 février 1985, D 1985, Somm, p 322, publication d'une photographie ancienne d'un enfant tragiquement disparu, sans apport d'information nouvelle et n'ayant pour effet que de raviver la douleur des parents ; Versailles 1re Ch, sect 1, 11 janvier 1996, JD n° 040131, publication de la photographie d'un footballeur dans le numéro spécial d'une revue sportive, hors du contexte d'un événement sportif et donc avec pour seule fin un intérêt commercial et publicitaire ;

et le « droit à l'information » porte, actuellement, sur les dispositions du projet de loi relatif à la présomption d'innocence et aux droits des victimes.²⁸ Ce projet prévoit d'interdire la diffusion des images représentant une personne « menottée ou entravée ». Il vise à exclure aussi les reproductions des victimes de crimes ou de délits et celles des personnes mises en examen.²⁹

L'exclusivité de la personne sur son image connaît pourtant des limites. Lorsque dans un lieu public l'image d'un individu est surprise au sein d'un groupe, à l'occasion d'un événement ou devant un monument, on ne saurait en faire grief à l'opérateur. Il est loisible de capter les scènes de la vie publique. Il est permis de les fixer et de les reproduire sans l'accord de chacun des participants.³⁰ L'information visuelle concernant « les images de rue » serait autrement impossible. La liberté de l'information et celle du commerce et de l'industrie justifient cette restriction.³¹ Néanmoins, la faveur de l'exclusivité fait que cette permission est parcimonieusement accordée par les juges. Ces derniers sont particulièrement vigilants, à propos des séquences vidéo qui opèrent par balayage panoramique et qui individualisent donc fatalement les membres d'un groupe.³² En réalité, la véritable concession accordée à la thèse de la libre captation de l'apparence d'autrui concerne les personnes publiques. On sait depuis *La*

Paris 1^{re} Ch, 24 février 1998, Gaz Pal 5 mars 1998, note J-G Moore, publication par un magazine de la photographie du corps du Préfet *Cl Erignac* gisant sur la chaussée dans une rue d'Ajaccio.

28 Voir le Projet de Mme le garde des sceaux, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale et le Sénat, en mars et juin 1999.

29 A l'heure actuelle, une personne mise en examen peut obtenir réparation du préjudice causé par la publication de son image, dans certains cas, sur le fondement des art 9 et 1382 du Code civil, de l'art 894 du NCPC, des art 226-1 et suivants du Code pénal Voir par ex, TGI Paris, 1^{re} Ch, 16 juin 1991, *JD* n° 047458 et Paris, 1^{re} Ch A, 25 mars 1991, *JD* n° 020880.

30 En ce sens, TGI Paris 1^{re} Ch, 18 décembre 1985, *D* 1986, IR, p 446, note R Lindon et D Amson ; Paris 4^e Ch A, 21 décembre 1982, Gaz Pal 1983, 1, Somm, p 203, groupe sur une place publique à l'occasion d'un spectacle : « si nul n'a le droit d'individualiser une personne d'un groupe sans son consentement, il importe peu que le visage d'un individu participant à une scène de rue soit reconnaissable. En effet, l'obligation de demander l'autorisation de toutes les personnes figurant dans un groupe sur une photographie aboutirait à prohiber la diffusion de tous les documents d'information ».

31 Trib com Seine, 26 février 1963, Gaz Pal 1963, 2, p 53, infirmé par Paris, 24 mars 1965, *JCP* 1965, II, 14305 « Des personnes stationnant dans un lieu public et devant un monument ne sauraient se voir conférer le droit exorbitant d'empêcher toute prise de vue ».

32 A ce sujet, TGI Paris 1^{re} Ch sect 1, 13 mars 1991, *JD* n° 045872.

Bruyère qu'« *Il ne manque rien à un roi que les douceurs de la vie privée...* ».³³ Cette pensée vaut pour l'image. Tout personnage public donne une autorisation tacite à la diffusion de son image.³⁴ Toutefois, l'autonomie de la volonté n'explique pas tout. Qu'elle le veuille ou non, une personne publique intéresse la collectivité. En tant que symbole, son activité génère un besoin d'information de la part du public qui dépasse les droits de sa personne. En d'autres termes, « *la nature de l'activité exercée implique, dans une certaine mesure, renonciation au secret de l'existence* ».³⁵ Bien entendu, le droit à l'information ne saurait s'exercer non plus sans limite. Celles-ci conservent une sphère d'exclusivité, là où la curiosité du public n'est plus légitime,³⁶ et sous réserve de toute dénaturation.³⁷

33 *La Bruyère*, Du Souverain ou de la République, chap X, n° 15, éd Gallimard, Coll La pléiade, 1951, p 279.

34 Voir Fremond (P), *Le droit de la photographie*, éd Dalloz, 1973, p 396, n° 367 ; Bécourt(D), *Le droit de la personne sur son image*, éd LGDJ, 1969, n° 90.

35 Voir TGI Seine, 24 novembre 1965, JCP 1966, II, 14521, affaire Brigitte Bardot, à comparer avec TGI Seine, 24 novembre 1965, Gaz Pal 1966, 1, p 37. Pour une opinion favorable en doctrine, Ravanas(J), *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, th Aix-en-Provence, LGDJ, 1978, n° 164, p 172 ; KAYSER (P), *Le droit dit à l'image*, in *Mélanges P Roubier*, T 2, éd Dalloz et Sirey, 1961, n° 7, p 77 ; Nerson (R) et Rubellin-Devichi (D), *RTD civ* 1983, p 116.

36 TGI Paris 1re Ch urg, 3 mai 1989, D 1989, IR, p 228, le footballeur professionnel en partie dénudé pendant un match en raison de la déchirure de son maillot est en droit d'exiger le respect de son intimité en s'opposant à la publication des images de cet incident. Dans le même esprit, Cass 2e Ch civ, 8 juillet 1981, Bull civ 1982, II, n° 151 ; D 1982, p 65, note R Lindon ; JCP 1982, II, 1983, note LANGLADE ; *RTD civ* 1983, p 119 ; *RIDA* 1982, p 145 ; TGI Paris 1re Ch, 4 juillet 1984, JCP 1985, IV, 95 ; D 1985, IR, p 16, note R Lindon, vie privée d'un chanteur et acteur - *J Brel* - ; Cass 1re Ch civ, 13 avril 1988, Bull civ, I, n° 98 ; JCP 1988, IV, 212, D 1988, IR, p 120 ; Gaz Pal 1988, 1, Somm, p 157, « *La circonstance que la personne visée exerce une activité d'homme public ne saurait autoriser une intrusion quelconque dans ce qui constitue la vie privée au respect de laquelle chacun a droit* » ; TGI Paris, 1re Ch, 4 juillet 1984, D 1985, IR p 14, note R Lindon, « *Si les droits de la personnalité peuvent se trouver en conflit avec la liberté de l'information dans le cadre notamment d'une photographie prise dans un lieu public et à l'occasion d'une manifestation sportive intéressant l'opinion publique, la reproduction de ce même cliché, en dehors de l'événement et à des fins publicitaires, constitue une atteinte au droit à l'image* ».

37 Voir TGI Paris 1re Ch, 20 janvier 1982, D 1985, IR, p 164, obs R Lindon ; exploitation de l'image d'une actrice célèbre contre son gré pour promouvoir une nouvelle publication ; TGI Paris 1re Ch, 21 décembre 1983, Gaz Pal 1984, 2, Somm, p 360 ; D 1984, IR p331, publication motivée par un objectif exclusivement commercial destiné à exploiter le succès d'un grand joueur de tennis ; TGI Paris, 4 juillet 1984, D 1985, IR, p14, obs R Lindon, photographies publicitaires faisant apparaître l'image d'un sportif de haut niveau sans son autorisation ; TGI Paris, 1re Ch, 21 novembre 1984, D 1985, IR, p164, obs R Lindon, utilisation de l'image de deux actrices célèbres sans leur autorisation, pour vanter les mérites d'un traitement de « *régénérescence esthétique* » Voir également Rép min, 24 juillet 199, *JO* du 30

B Une Exclusivité Soumise à la Condition d'une Parfaite Ressemblance

Autonome et soutenue par notre droit, l'exclusivité de l'image protège donc l'individu, quel que soit l'endroit et quel que soit son âge. Toutefois, une condition de fond est nécessaire : la physionomie du sujet doit être identifiable. En d'autres termes, la reconnaissance de la personne dans l'image est la condition *sine qua non* de l'exercice de son exclusivité. Cette exigence est le signe du lien étroit qui unit la personne à son image. C'est la reconnaissance du sujet qui confère à l'information, bien autonome et immatériel, le statut particulier d'élément exclusif de la personnalité.³⁸ Cette exigence est illustrée de façon remarquable par l'affaire *Robert Doisneau*. Le célèbre auteur de la photographie dite du « Baiser de l'hôtel de Ville » était opposé, plus de quarante ans après la date du cliché, à une femme prétendant être l'amoureuse représentée. A l'occasion de deux jugements rendus le même jour par le Tribunal de grande instance de Paris, les magistrats réaffirment qu'« à l'instar de chacun, le modèle est maître de son effigie », « il possède en effet sur son image un droit exclusif qui lui permet d'en fixer, seul, les usages ».³⁹ Cependant, les juges précisent que la participation de la demanderesse ne peut être accueillie, en l'espèce, car il est rigoureusement impossible de distinguer les traits du modèle féminin sur le cliché.⁴⁰ Dans l'hypothèse inverse, aurait-on pu reconnaître après tant d'années la demanderesse dans la jeune femme de la photographie ?

octobre 1995 : « L'utilisation à des fins commerciale ou publicitaire de l'image de toute personne est prohibée, sauf accord exprès de celle-ci. Les personnalités publiques, en dehors des actes de leur vie publique, ne sont pas en effet présumées avoir donné leur autorisation tacite à la publication ou à la diffusion de leur image. Aussi, toute personne victime d'une telle atteinte peut saisir les tribunaux judiciaires si elle le juge nécessaire... », à propos de l'utilisation commerciale par une marque automobile de la photo du départ de l'Elysée de l'ex Président de la République.

- 38 Voir par ex, TGI Lyon, 18 juin 1976, JCP 1978, II, 18900, « En l'absence d'identification, le droit à l'image n'est pas appelé à jouer ».
- 39 TGI Paris 1re Ch, 2 juin 1993, Gaz Pal 13-15 février 1994, n° 44-46, p 18, note P Frémond ; Logeais (E), *The French Right to One's Image : A Legal Lure ?*, *Entertainment Law Review*, n° 5, 1er septembre 1994, p 163-170.
- 40 Pour des décisions antérieures allant dans le même sens, voir TGI Seine, 25 juin 1966, JCP 1966, II, 14875, 2de espèce ; 8 mars 1969, D 1969, Somm, p 62 ; TGI Lyon, 17 décembre 1980, D 1981, p 202, note R Lindon et D AMSON ; Toulouse 1re Ch Ord réf, 15 janvier 1991, D 1991, p 600, note J Ravanas ; TGI Lyon 1re Ch, 18 février 1976, JCP 1978, II, 18900, note R Lindon, la reproduction litigieuse doit pouvoir donner « la possibilité à un spectateur normalement attentif de discerner suffisamment les traits de la personne représentée pour pouvoir la reconnaître éventuellement » Pour une décision discutable, TGI Seine, 25 juin 1966, JCP 1966, II, 14875, 2de espèce, note R Lindon, agrandissement photographique d'une disgrâce de la main.

A ce propos, les moyens modernes de numérisation des photographies posent le problème de la transformation des individus dans le temps. Ne risque-t-on pas d'être prisonnier d'une image de moins en moins fidèle ? L'exclusivité doit permettre d'exiger la mise à jour sans frais dissuasifs de l'image enregistrée. La « personne virtuelle » doit rester sous le contrôle de la personne réelle.⁴¹ En ce qui concerne les images numérisées dans les fichiers informatisés, le droit d'accès aux données nominatives tient compte de cette nécessité.⁴² Il comporte un droit de rectification, parfois qualifié « droit à l'authenticité ».⁴³ Dans cet esprit, l'image numérisée doit pouvoir être rectifiée pour toujours concorder avec l'apparence réelle de l'individu.

Toujours est-il que l'exigence d'une ressemblance permet d'opérer la distinction entre l'image personnelle et « *l'immense cohorte des données qui ne sont pas rattachées à la personne par un lien d'attribution ou de création* ». ⁴⁴ Toutefois, il existe une catégorie d'images qui mériterait d'être protégées par l'exclusivité, bien qu'elle ne réponde pas à la condition posée. Il s'agit des images internes, généralement protégées par le secret médical, que des recherches déjà bien avancées destinent à l'identification des personnes.⁴⁵ La configuration cérébrale serait unique et offrirait un moyen infaillible d'identification. Dans une telle hypothèse, il serait paradoxal que ces images ne soient pas exclusives au même titre que la physiologie. Néanmoins, la question ne se pose pas véritablement, car il n'est pas prévu de reproduire les images internes. Il suffira d'effectuer électroniquement la comparaison entre les données initialement numérisées et celles présentées par le demandeur d'accès. Pourra-t-on refuser de se soumettre,

41 Voir Dubuisson (E), La personne virtuelle, propositions pour l'être juridique de l'individu dans un échange télématique, DIT, n° 3, 1er juillet 1995, p 24.

42 Les art 34 à 40 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, chapitre V, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés accordent un droit d'accès, un droit de communication et un droit de rectification au profit de « toute personne justifiant de son identité »

43 Kayser (P), La protection de la vie privée par le droit (protection du secret de la vie privée), éd Economica-PUAM, 3e éd, 1995, n° 289-1, p 491.

44 Catala (P), Ebauche d'une théorie juridique de l'information, RRJ, 1983, 1, n° 14, p 192.

45 Voir l'art 226-13 du Code pénal et Cass Ch Crim, 8 mai 1947, D 1948, p 109, note P Gulphe ; JCP 1948, II, 414, note LEGAL ; Rev sc crim 1947, p 403, obs L Huguency ; Gaz Pal 1947, 2, p 12, selon lequel le consentement du patient ne doit pas être considéré comme un fait justificatif : « *cette obligation établie pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions, s'impose aux médecins comme un devoir de leur état (...) elle est générale et absolue et (...) il n'appartient à personne de les en affranchir* ».

le jour venu, à cette forme d'inspection?⁴⁶ L'exclusivité s'impose évidemment et avec d'autant plus d'acuité que les chercheurs promettent aussi de réussir à dresser bientôt un portrait psychologique de l'individu à partir de la composition biochimique de son cerveau.⁴⁷ Dans un contexte analogue, bien que la technique soit plus classique, la photographie sur un même cliché, du client, de son chèque et de sa carte d'identité a déjà permis d'apporter un premier élément de réponse : les détaillants ne peuvent pas imposer de tels clichés à leurs clients.

S'agissant d'une exclusivité de nature extrapatrimoniale, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'auteur de la reproduction non autorisée a commis une faute. Le fait objectif suffit : la victime peut se prévaloir d'une atteinte portée à son droit sans être obligée de prouver que cette atteinte lui a causé un préjudice.⁴⁸ Au cœur de l'antagonisme incessant entre libre circulation des informations et protection des individus, cette facilité de mise en œuvre est évidemment favorable à la seconde branche de l'alternative. Les autres sont maintenus en respect. Le contrat de travail en offre une illustration remarquable.⁴⁹ Malgré sa subordination juridique, le salarié conserve une parfaite protection de sa personnalité.⁵⁰ Nul employeur ne doit utiliser l'image d'un salarié sans son accord, pas même comme preuve justifiant son

46 Certains films scientifiques et artistiques, par ex ceux portant sur la vie intra-utérine, accèdent au statut d'œuvre de l'esprit grâce à la mise en couleur, par procédé électronique au scanner, d'images internes Voir Nilsson (L), « Naître », éd Hachette, 1990.

47 En effet, la composition biochimique du cerveau serait en relation étroite avec les traits de caractère. Voir la revue EDJ du 27 février 1997, p 47.

48 En ce sens, Gaillard (E), La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, D 1984, Chron, p162 ; Weill et Terré, Droit civil, Les personnes, éd Dalloz, 1978, n° 31, p 29, note n° 2 ; Acquarone (D), L'ambiguïté du droit à l'image, D 1985, Chron, n° 26, p 134 ; Ghestin et Goubeaux, Droit civil - Introduction générale, éd LGDJ, 4e éd, 1994, n° 199, p 151. *Contra*, Decocq (A), Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, th 1957, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T XX, 1960, n°174, p 363, la victime n'aurait aucun droit « abstrait ». Son droit naîtrait purement et simplement au moment du dommage et la décision très discutée du TGI de Paris, 3 décembre 1997, JCP 1998, II, 10067, note M Serna, absence de préjudice en raison d'une certaine conception de la victime à propos de la presse dite « *people* ».

49 En ce sens, Bonnechere (M), Le corps laborieux, réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail, Droit ouvrier, 1er mai 1994, n° 545, p 173-185, spéc p 182 ; Chabas (F), Le corps humain et les actes juridiques en droit français, in Travaux de l'association Henri Capitant, 1975, p 225 ; REVET (T), La force de travail étude juridique, éd Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, n° 28, 1992, n° 70, p 77.

50 Voir l'art L 1202 du Code du travail, qui prescrit que « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

licenciement.⁵¹ Sur ce point, la chambre criminelle de la Cour de cassation reconnaît toutefois qu'aucun texte de procédure pénale n'interdit la production d'un film dénonçant un acte délictueux. On utilise bien, devant les tribunaux, les séquences réalisées à l'insu des auteurs de vol à main armée.⁵² Le procédé *Traffipax* est également admis, qui permet de photographier automatiquement un véhicule et son conducteur en cas de dépassement de vitesse.⁵³ En toute hypothèse, ces images sont légitimées en matière d'infractions pénales par l'ordre de la loi et le

51 Voir Versailles, 8 octobre 1990, RJS, décembre 1991, n° 1287, utilisation de l'image du salarié, sans autorisation, sur des affiches publicitaires ; TGI Périgueux 1re Ch, 17 mars 1992, *JD* n° 044885 ; Bull info, 15 septembre 1992, n° 1500, p 41, photographie d'un médecin prise à l'occasion d'une fête privée dans les locaux de la clinique, puis diffusée sur des tracts distribués sur la voie publique ; TGI Paris, 1re Ch sect 1, 13 mars 1991, *JD* n° 045872, diffusion télévisée d'une séquence filmant des salariés dans le cadre de leur activité professionnelle ; Cass soc 20 novembre 1991, RJS, janvier 1992, n° 1 ; Bull info, 1er février 1992, n° 190, p 32 ; Bull civ IV, n° 519, « ...tout enregistrement , quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite » et donc contraire à l'art 9 du CPC Contra, Cass, crim, 23 juillet 1992, D 1993, Somm, p 206, obs J Pradel Par ailleurs, voir Chirez (A) et Boughanmi-Papi (P), Vidéosurveillance Droit à l'image et vie privée des salariés, BSFL n° 11-94, 1er novembre 1994, p 571 ; Belloir-Caux (B), Des employés sous très haute surveillance, PA du 20 août 1999, n° 166, p 5-12, sur la pratique des « *nannycam* », ces petites caméras miniatures utilisées outre atlantique pour filmer les nourrices.

52 Voir Rép min n° 26 249, du 25 février 1980, *JO déb Ass nat*, 28 avril 1980, p 1743, *les caméras de surveillance placées dans les banques ou les grandes surfaces ne portent nullement atteinte à la vie privée ou à l'image des personnes filmées, tant que les films ne sont pas diffusés ou utilisés sans autorisation.*

53 Voir Trib pol de Paris, 25 mai 1984, *Gaz Pal* 1984, 2, p 632 ; JCP 1986, II, 25531, note TAQUET ; Rev sc crim 1986, p 856, obs GL, licéité du mode d'identification du conducteur d'un véhicule par photographie ; Rép min n° 4466, *JO déb Ass Nat*, 14 décembre 1981, p 3646 ; JCP 1982, IV, p119 : « L'utilisation d'un (tel) procédé ne paraît pas de nature à porter atteinte à la vie privée de l'automobiliste ».

commandement de l'autorité légitime.⁵⁴ Hors de ce contexte, tout salarié peut faire cesser une vidéosurveillance n'ayant pas d'autre objet que le contrôle de son activité.⁵⁵

Des poursuites pénales peuvent même être engagées envers celui qui s'est rendu coupable, dans un lieu privé, d'une captation illicite de l'image d'autrui.⁵⁶ En tout état de cause, l'auteur d'une telle violation est condamné à verser des dommages-intérêts au demandeur. En principe, l'action devrait être réservée aux individus de leur vivant. De même qu'il n'existe pas de vie privée posthume, l'exclusivité de l'image n'a pas lieu d'être après la mort.⁵⁷ Pourtant, la jurisprudence adopte une position contraire. Elle accorde aux héritiers le droit de poursuivre une action en indemnisation entamée par le *de cuius*. Il est vrai que l'action a une nature patrimoniale que les héritiers ont vocation à recueillir dans la succession.⁵⁸ En outre, les

54 En ce sens, Kayser (P), La protection de la vie privée par le droit (protection du secret de la vie privée), éd Economica - Puam, 3e éd, 1995, n° 88, p 187 ; Chapus (J) et Chemin (B), L'utilisation des *traffipax* et la protection de la vie privée, BCDIPN, n° 15, juillet 1982, III. Sur la licéité des photographies et des empreintes digitales prises dans le cadre d'une enquête préliminaire sur une personne gardée à vue, voir l'art 78-3 al 4 du CPN, qui dispose : « ...les opérations de vérification peuvent donner lieu, après autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies lorsque celles-ci constituent l'unique moyen d'établir l'identité de l'intéressé ». Voir aussi TGI Marseille 1re Ch, 23 mars 1995, D 1996, p 40, note J Frayssinet Sur l'enregistrement des procès judiciaires et la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice et le décret n° 86-74 du 15 janvier 1986.

55 Voir sur la vidéosurveillance, Graboy-Grobescio (A), Vidéosurveillance et libertés, *PA* du 18 décembre 1998, n° 151, p 9-19.

56 L'art 226-1 du Code pénal permet de sanctionner la captation des paroles ou de l'image d'une personne sans son consentement. Cette disposition est peu souvent mise en œuvre. Elle exige que soient conjointement démontrées une atteinte à l'exclusivité sur l'image et une atteinte à l'intimité du sujet, ce qui va à l'encontre de l'autonomie de l'exclusivité de l'image par rapport à celle de la vie privée. Sur l'utilisation de la loi informatique et libertés pour poursuivre l'insertion de photos à caractère pornographique dans une *Home page*, sans l'accord express du sujet représenté, voir TGI Privas, 3 septembre 1997, *PA* du 11 novembre 1998, n° 135, p 19-29, note J Frayssinet.

57 En ce sens, Paris 1re Ch sect A, 18 mars 1991, D 1991, IR, p109 ; 4e Ch sect A, 7 juin 1983, D 1985, IR, p 165 ; Gaz Pal 1984, 2, p 528, note GG Lamoureux et B Pochon, l'image d'un chanteur est un attribut de sa personnalité et non un droit patrimonial transmissible aux héritiers.

58 Voir, Cass Ch mixte, 30 avril 1976, 2 arrêts, D 1977, p 185, note M Contamine-Raynaud ; RTD civ 1976, n° 12, p 556, obs G Durry ; TGI Aix-en-Provence 1re Ch, 24 novembre 1988, JCP 1989, II, 21329, note J Henderyksen ; RTD civ 1990, p 126, n° 1, obs J Patarin, caricature du comédien *Jules Raimu* sur des affiches publicitaires destinées à promouvoir une exposition de maisons individuelles, confirmation Aix-en-Provence 2e Ch civ, 21 mai 1991, RJDA, 1991, p 665 ; TGI Paris Ord réf, 4 août 1995, RI ; Cass 2e Ch civ, 2 décembre 1993, Gaz Pal 1er et 2 décembre 1993, Somm ann, p 22 ; RTD civ 1994, p 165, n° 7, obs R Perrot ; Bull info, 15 septembre 1991, n° 1478, p 40 ; Cass crim 21 octobre 1980, D 1980, p 72, note

tribunaux admettent que les héritiers puissent s'opposer à la reproduction et à la diffusion de l'image de leur auteur. Ils doivent défendre sa mémoire et imposer le respect dû aux morts.⁵⁹ De surcroît, un droit propre des héritiers à agir est apparu. La chambre criminelle affirme que : « la fixation de l'image d'une personne vivante ou morte, sans autorisation préalable des personnes ayant pouvoir de l'accorder, est prohibée ». ⁶⁰ Sauf dernières volontés contraires, l'image du corps du mort devient donc le bien exclusif des héritiers. Cette transmission de l'exclusivité est révélatrice d'une évolution juridique. L'aspect personnel - donc extrapécuniaire - de l'exclusivité n'est plus seulement favorisé. L'image subit la patrimonialisation contemporaine des droits de la personnalité. Les structures actuelles de notre société de consommation lui confèrent inexorablement une double nature.⁶¹

II L'EXPLOITATION D'UNE VALEUR ECONOMIQUE DISTINCTE DE LA PERSONNALITÉ

Chacun dispose de l'exclusivité de son image. Quiconque peut interdire à autrui de reproduire sa physionomie et, quiconque peut autoriser la reproduction de son image pour en tirer profit. Ainsi, l'exclusivité évolue vers un statut mixte : protection de la personnalité et protection des intérêts économiques du sujet. Ce phénomène peut être perçu comme une inquiétante dérive de l'exclusivité originelle protectrice de la personnalité : l'image du corps devient un véritable objet de consommation (A). Peut-être ne s'agit-il que d'un signe de la constante évolution du droit : la « patrimonialisation » ne serait qu'une nouvelle marque de faveur de notre droit pour l'exclusivité (B).

A L'image du corps objet de consommation

L'exclusivité intensifie fatalement la relation entre le sujet de droit et son image : la sécurité juridique qu'elle procure génère un fort sentiment d'appropriation. Toutefois, l'exclusivité est toujours relative. Son titulaire peut y renoncer puisqu'il peut autoriser autrui à reproduire et

R Lindon ; TGI Paris 11 janvier 1977, D 1977, p 83, note R Lindon ; JCP 1977, II, 18711, note D FERRIER, photographie de *Jean Gabin* sur son lit de mort.

59 Voir Paris, 19 mai 1992, JCP 1992, IV, 2345 ; Cass Ch crim, 21 octobre 1980, D 1981, p 72, 1re espèce, note R Lindon.

60 Cass Ch crim; 20 octobre 1998, D 1999, p 106, note B Beignier, photographie de la dépouille mortelle d'un Président de la République.

61 Voir en ce sens, Catala (P), Ebauche d'une théorie juridique de l'information, RRJ, 1983, 1, n° 3, p 186 ; Chamoux, L'appropriation de l'information, librairies techniques, 1986 ; Galloux, Ebauche d'une définition juridique de l'information, D 1994, Chron, p 229.

exploiter sa propre physionomie. C'est ainsi qu'il existe des professionnels de l'image à titre principal ou accessoire : modèles, mannequins et acteurs, sportifs de haut niveau, journalistes, chanteurs...⁶² A ce propos, une confusion règne devant les tribunaux où l'on trouve tant ceux qui réclament la protection de leur personnalité que ceux qui se plaignent d'une atteinte portée à leurs intérêts financiers.⁶³ Issue d'un seul et même droit, l'exclusivité de l'image peut-elle agir sur les deux plans?⁶⁴ Les juges du fond répondent positivement, en accordant une indemnité destinée à couvrir sans distinction les préjudices moraux et financiers⁶⁵ Une telle solution est critiquable. Comment un droit de la personnalité pourrait-il causer un « manque à gagner » ? Les auteurs classiques y voient un « *phénomène de dérapage* ».⁶⁶ L'indemnisation d'un défaut d'exploitation revient, disent-ils, à détourner l'exclusivité « *à des fins patrimoniales qui sont étrangères à ses fins véritables* ».⁶⁷

Très fréquemment, une convention sert de base à la protection patrimoniale. La voie conventionnelle permet au sujet de monnayer son renoncement à faire valoir son pouvoir d'éviction. C'est donc bien l'exclusivité extrapatrimoniale qui permet à la physionomie d'entrer dans le domaine économique. En tant que prérogative d'un droit de la personnalité, cette

62 De nombreuses décisions ont concerné des sportifs au cours de ces dix ou vingt dernières années, précisément en raison de la nouveauté de l'exploitation de l'image de cette catégorie de professionnels : voir notamment, Paris 1re Ch, sect B, 3 avril 1987, D 1988, Somm, p 390, *Fignon* cycliste professionnel ; TGI Paris, 21 décembre 1983, D 1984, IR, p 331, obs R Lindon, *Noah* joueur de tennis professionnel ; TGI Lyon, 17 décembre 1980, D 1981, p 202, note R Lindon et D Amson, *Gilles* basketteur professionnel. Par ailleurs, des personnes anonymes monnaient aussi parfois leur image, comme cette jeune femme enceinte de huit bébés qui a fait appel à un agent spécialisé pour vendre son histoire, son image et celles des fœtus à un hebdomadaire, voir P DE BEER « Le journalisme du carnet de chèques pervertit la presse britannique », in *Le Monde* du vendredi 23 août 1996, p 14.

63 Voir par ex, Paris 4e Ch, sect A, 11 mai 1994, D 1995, p 185-191, note J Ravanas, publication non autorisée de photographies ayant privé un mannequin des rémunérations auxquelles il aurait pu prétendre conformément à l'art 19 al 2, de la loi du 3 juillet 1985.

64 Voir Carbonnier(J), note sous Trib inst Grasse, 8 février 1950, D 1950, p 712 ; Tallon (D), Rép civ Dalloz, V° Droits de la personnalité, n° 106 et 126.

65 TGI Nanterre, 1re Ch, sect A, 6 avril 1995, Gaz Pal 1995, 1, p 285, note J-G M, publication par la revue sportive *But* de photographies du joueur afin d'augmenter les ventes et en passant outre à un refus clairement manifesté et répété par l'intéressé.

66 Lindon (R), Dictionnaire juridique des droits de la personnalité, Dalloz, 1983, n° 33, p 113.

67 Ravanas(J), J-cl civ, art 9, fasc 1, jouissance des droits civils, protection de la vie privée, délimitation de la protection, n° 7, p 7.

exclusivité devrait pourtant échapper aux arrangements volontaires.⁶⁸ L'indisponibilité du *status personae* est l'assurance d'un enracinement durable de la liberté⁶⁹ Malgré cela, l'image humaine ne fait pas partie des choses hors du commerce. La loi consacre même la nature mercantile de l'apparence du mannequin. Précisément, son activité consiste en la « reproduction de son image sur tout support visuel ou audiovisuel ». ⁷⁰ Dès lors, faut-il admettre une exclusivité d'exploitation, en récompense de toute mise en valeur de l'apparence humaine ? La force physique constitue un précédent remarquable. Le contrat de travail déroge au principe selon lequel le corps se trouve hors du commerce. On peut donc admettre que l'effigie d'une personne soit reproduite et exploitée et que celle-ci soit associée aux gains réalisés.

Jurisprudence et doctrine ne s'opposent pas véritablement à des aménagements conventionnels. La rémunération du modèle apparaît équitable. En tout état de cause, le sujet ne renonce pas définitivement à exercer son exclusivité.⁷¹ D'ailleurs, l'autorisation donnée est toujours spéciale et temporaire. Elle est révocable : une action judiciaire ne saurait se heurter à une fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un contrat.⁷² En pareille hypothèse, le demandeur

68 Le terme *transaction* n'est pas pris ici dans le sens usuel utilisé en droit des affaires : il désigne : « le contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». Voir STARCK par ROLAND (H) et BOYER (L), *Droit civil, Obligations, Régime général*, éd Litec, 1989, 3^e éd, n° 385, p 164.

69 Raison pour laquelle l'art 1128 du Code civil prescrit qu'il existe des choses qui ne sont pas dans le commerce, des choses qui ne peuvent être l'objet d'une convention. En ce sens, Baudoin (JL) ET Labrusse-Riou (C), *La personne en son corps, l'éclatement du sujet*, La revue du Barreau canadien, septembre 1991, cité par Karila de Van (J), *Le corps et la morale, Réflexions sur trois lois récentes*, PA, n° 72 du 16 juin 1995, p 15.

70 Loi n° 90-603 du 12 juillet 1990, art L 763-1 du Code du travail.

71 En ce sens, Ravanas(J), *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, th Aix-en-Provence, éd LGDJ, 1978, n° 385, p 434 ; Nerson (R), *Les droits extrapatrimoniaux*, th Lyon, 1939, éd LGDJ, n° 185, p 403-404 ; Cornu (G), *Droit civil - Introduction, Les personnes, Les biens*, éd Montchrestien, 5e éd, 1991, n° 525, p 187 ; Gaillard (E), *La double nature du droit à l'image*, D 1984, Chron, p 162 ; Edelman (B), *Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image*, D 1970, Chron, n° 9, p 121 ; Kayser (P), *Le droit dit à l'image*, in *Mélanges Roubier*, T 2, p 86 ; Perreau (H E), *Des droits de la personnalité*, RTD civ 1909, p517. *Contra*, voir Carbonnier(J), *Droit civil, Introduction, Les personnes*, éd PUF, coll Thémis, 15e éd, p 363, qui se demande si ce genre de convention n'est pas « contraire à l'ordre public » et s'il « ne s'agit pas (plutôt) d'une simple tolérance ? ».

72 *Contra* Rennes, 23 novembre 1903, D 1905, 2, p 69, Gaz Pal 1903, 1, p 432, cité par Dubois (Ph), *Le physique de la personne*, th Paris II, 1984, p 256, le droit commun des actes juridiques prime sur l'exclusivité extrapatrimoniaire ; Paris Ire Ch sect A, 1er juin 1988, JD n° 022725, droit de repentir refusé en raison de son caractère potestatif.

doit-il dédommager son cocontractant? Par analogie avec le droit de repentir ou de retrait, la réponse est positive.⁷³ En présence d'un acte juridique formel, le cocontractant doit être indemnisé sur le terrain de la responsabilité contractuelle. En revanche à défaut d'engagement, la responsabilité délictuelle semble devoir être écartée. C'est ainsi qu'un modèle qui s'était prêté à des clichés, dans le cadre d'un contrat ne prévoyant aucune rémunération, a pu convaincre le tribunal de prononcer l'annulation de la convention pour absence de cause.⁷⁴ Serait-il possible de plaider en défense le commencement d'exécution d'une convention et, dès lors, l'obligation du modèle à supporter la publication? Dans un jugement ancien, le tribunal de la Seine répondait que le fait de poser, n'impliquait pas d'avoir donné l'autorisation d'exploiter.⁷⁵ Cette solution est toujours actuelle. La parenté avec le droit de repentir ou de retrait doit s'imposer pour préserver le « champ clôt » de l'exclusivité.

La patrimonialisation de l'image peut n'être qu'un épiphénomène de l'exclusivité extrapatrimoniale.⁷⁶ Dès lors, on peut croire au maintien d'un droit unique sur l'image à moins d'y voir tout au contraire une étape menant à la « patrimonialité » de l'exclusivité et à la création d'un droit particulier.⁷⁷

B L'exclusivité de l'image en cours de « patrimonialisation »

L'hypothèse de l'émergence d'une nouvelle exclusivité d'exploitation concernant l'image corporelle a été proposée dès 1985. Un auteur a suggéré de distinguer le « droit à l'image » du

73 Voir l'art L121-4 du CPI Sur les notions du droit de repentir et du droit de retrait, voir notamment Sage (Y-L) *The French Intellectual Property Code 1992: The Author's Right of Disclosure and Reconsideration*, New Zealand Intellectual Property Journal, Vol 1, part 3 and 4, février et Mai 1996.

74 Il peut aussi ordonner le versement d'une rémunération au modèle, rémunération proportionnelle au profit retiré de l'exploitation de son image. Voir TGI Tarascon, 2 juillet, 1982, D 1983, p 394, note R Lindon, personne ayant accepté de monter à cheval à côté d'une moto ce qui, compte tenu de l'ampleur des risques pris, ne pouvait pas se concevoir sans compensation financière.

75 Trib Seine 9e Ch, 24 mars 1937, Gaz Pal 1937, 2, p 154-155.

76 En ce sens, RAVANAS(J), *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, th Aix-en-Provence, 1978, éd LGDJ, Bibliothèque de droit privé n° 288, p 306 ; DECOCQ (A), *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, th 1957, éd LGDJ, Bibliothèque de droit privé n° 20, 1960, n° 235, p 256 ; NERSON (R), *Les droits extrapatrimoniaux*, th Lyon, 1939, éd LGDJ, Bibliothèque de droit privé n° 191, p 423 ; TALLON (D), *Rép civ Dalloz*, V° Droits de la personnalité, n° 141, p 13, « *Le droit lui-même n'en reste pas moins extrapatrimonial et échappe donc en principe aux règles gouvernant les droits patrimoniaux...* ».

77 En ce sens, CATALA (P), *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, RTD civ 1966, p 185, n° 28.

« droit sur l'exploitation de sa propre image ».⁷⁸ En réalité, la thèse d'une autonomie patrimoniale de l'image est contenue depuis longtemps dans la théorie de la personne propriétaire d'elle-même.⁷⁹ L'image humaine ne peut échapper à cette théorie, tant l'exclusivité et la propriété sont des notions entrelacées.⁸⁰ Toutefois, l'idée se heurte à des difficultés. On lui reproche, principalement, de faire de la physionomie l'objet d'un droit réel. Or de la lecture de l'article 544 du Code civil, il ressort que la propriété n'a pas grand-chose à voir avec les biens immatériels. En outre, la personne humaine ne dispose pas sur son image, pas plus que sur son corps, de l'*abusus* caractéristique du propriétaire. Les droits de la personne s'opposent à ce qu'elle dispose de son corps pour le détruire ou l'aliéner.⁸¹ Vigoureusement rejetée par la majeure partie de la doctrine et la jurisprudence, la propriété de l'homme sur son image n'est pourtant pas inconcevable.

78 Acquarone (D), L'ambiguïté du droit à l'image, D 1985, Chron, p 129.

79 L'idée d'une propriété du corps humain a été développée à partir du XVIIe siècle comme un instrument juridique de protection contre les violences publiques et privées Voir Overton, *An Arrow against all Tyrans*, p 3-4, cité par Borrillo (D), L'homme propriétaire de lui-même, Th Strasbourg 1, 1991, p 96, note n° 1. : « A tout individu vivant ici-bas est naturellement donnée une propriété individuelle que personne n'a le droit de violer ou d'usurper : car, ce qui fait que je suis moi, c'est que je suis propriétaire de ce moi, autrement, n'ayant pas de moi, je ne serais pas moi. Cette propriété que possède tout homme, personne ne saurait l'en dépouiller sans violer et profaner ouvertement les principes mêmes de la Nature, et les règles de la justice et de l'équité qui doivent commander les rapports entre les hommes ; sinon "le mien" et "le tien" ne sauraient exister » et LOCKE, Essai sur le pouvoir civil, PUF, Paris, 1953, p 80 : « Si la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent à tous, du moins chaque homme détient-il un droit de propriété sur sa propre personne, et sur elle aucun autre que lui n'a de droit ».

80 Voir par ex, Cass civ, 15 janvier 1864, D 1864, 1, p 303 ; Lyon, 8 juillet 1887, D 1888, 2, p 180 ; Trib civ Seine, 10 février 1905, D 1905, 2, p 389, droit d'auteur 1905, p 76, « la propriété imprescriptible que toute personne a sur son image » ; Trib Seine 9e Ch, 24 mars 1937, Gaz Pal 1937, 2, p 154-155 ; TGI Seine, 13 mars 1968, Gaz Pal 1968, 1, p 379, atteinte portée par un journal au « véritable droit de propriété » d'un acteur sur son image ; TGI Grasse, 27 avril 1971, JCP 1971, II, 16734, note R Lindon ; Trib com Seine, 26 février 1963, JCP 1963, II, 13364, D 1963, Somm, p 85 ; Gaz Pal 1963, 2, p 53, « ...par un principe établi par une jurisprudence constante, le photographié possède sur son image et sur l'usage qui en est fait, un droit de propriété absolu, dont nul ne peut disposer sans son consentement... ».

81 Sur la notion d'usufruit proposée pour contourner la difficulté, voir Stoufflet (J), Le droit de la personne sur son image, quelques remarques sur la protection de la personnalité, JCP 1957, I, 1374, n° 2.

La généralisation de l'exploitation commerciale de la physionomie humaine impose de mettre en doute la nature exclusivement extrapatrimoniale du droit « à l'image ». ⁸² Les professionnels de l'image savent que l'apparence qui les fait vivre, résultat d'un travail de composition, est bien distincte de leur personne. Leur effigie est une valeur patrimoniale, une information dont le prix peut être déterminé en fonction de l'offre et de la demande. ⁸³ Pour peu, ce bien immatériel pourrait entrer dans le cadre de la propriété intellectuelle. On sait qu'une telle information n'existe pas sans part de création. ⁸⁴ De rapprochement en rapprochement, le paradigme du « droit à l'image » apparaît être le droit d'auteur : « *Il n'est pas absurde de voir dans le droit d'auteur, un modèle qui, sauf exception, vaut pour tous les autres* ». ⁸⁵ Aussi, il n'est pas inconcevable de conférer à l'individu les mêmes droits sur sa physionomie, que ceux dont ils disposent sur ses productions artistiques. Une exclusivité double provenant de deux droits distincts s'impose, qui trouverait sa place au titre II du CPI. Dans le chapitre II de ce titre consacré aux droits patrimoniaux, on pourrait insérer : « *Toute personne jouit du pouvoir exclusif de reproductions et de représentation sur sa physionomie. Seul le sujet peut déterminer le mode de reproduction ainsi que les conditions de diffusion de son image* ».

Pourtant, la doctrine reste très réservée, probablement par crainte d'une réification corrélative de la personne humaine. ⁸⁶ L'argument n'est pas très convaincant pourtant. D'abord, l'aspect patrimonial d'une production intellectuelle n'est pas nécessairement source d'avilissement de l'individu. Au contraire, elle permet à l'auteur de s'exprimer, d'affirmer sa singularité et de trouver un moyen d'existence. La commercialisation de l'image humaine peut favoriser l'expression et l'épanouissement de la personnalité. Le risque de confusion entre l'image bien commercial et l'image personnelle n'apparaît pas plus important au fond, que

82 Cependant, voir les travaux de Borrillo (D), *L'homme propriétaire de lui-même*, th Strasbourg I, 1991 ; Arnoux (I), *Les droits de l'être humain sur son corps*, th Bordeaux I, 1994, 650 p ; Lemmenicier (B), *Propriété du corps*, revue *Droits*, éd PUF, 1991, n° 13, p 118.

83 M Catala rappelle que le verbe « informer », dont procède le mot information, possède un sens antécédent à celui qui lui est habituellement donné « *mieux fondé dans son étymologie et plus ancien dans son emploi* ». Jusqu'au 17^e siècle, « *"informer" veut dire donner forme et structure, attribuer une signification. A travers cette dualité sémantique, on perçoit que les termes informer et information recouvrent deux opérations successives* », *Le marché de l'information (aspects juridiques)*, *PA*, n° 124, du 16 octobre 1995, n° 1.

84 En ce sens, Becourt (D), *L'espace-temps de l'information*, *PA*, n° 124, du 16 octobre 1995, p 3 ; Cabrillac (R), *Droits et libertés fondamentaux - Epreuves d'admission à l'examen d'entrée aux CRFPA*, Dalloz, 2e éd, 1995, p 64, n° 177.

85 Tallon (D), *Rép Dalloz, V° Personnalité (Droits de la)*, n° 143, p 14, 1981.

86 Cependant, voir Nerson (R) et Rubellin-Devichi (J), *RTD civ* 1983, p 118.

celui de voir se confondre le nom patronymique avec le nom commercial. Le parallèle est d'ailleurs frappant entre les deux régimes. Tous deux sont bâtis sur l'exclusivité. Tous deux ont une exclusivité complexe, qui protège à la fois la personnalité et le patrimoine de l'individu. Depuis les affaires *Bordas* et *Mazenod*, le régime du nom commercial s'est nettement normalisé. Son caractère patrimonial est désormais bien établi.⁸⁷ L'image peut évoluer dans le même sens. A condition toutefois que cesse une hypocrisie. Pourquoi l'exploitation commerciale de la physionomie d'un seul passerait-elle pour une violation de l'exclusivité de tous ? Le corps n'est pas abstrait. Au contraire, il est individuel et privé. Seul le mépris de la dignité de la personne humaine porte atteinte à chaque homme en particulier.⁸⁸ Pour l'image, chacun doit pouvoir choisir de lui donner ou non un caractère patrimonial.

En ce sens, les principaux pays occidentaux ont tous retenu une solution pragmatique. En Amérique, chacun détient un droit absolu et personnel sur sa physionomie - *Right of privacy*.- et parallèlement une exclusivité d'exploitation de son image - *Right of publicity*.⁸⁹ En droit français, la nature de l'autorisation donnée à autrui serait une cession au sens de l'article L. 122-7 du CPI.⁹⁰ Poussant l'analogie avec le droit d'auteur, on imagine la cession du droit de reproduction ou de celui de représentation. Le mode d'exploitation serait déterminé et constaté par écrit.⁹¹ En bref, on ferait de l'image personnelle l'objet d'une propriété incorporelle, pour qu'enfin cesse la dissolution du « droit à l'image » dans la notion floue de vie privée. Faut-il pour cela revendiquer une création législative?⁹² Sans doute, la reconnaissance de *lege ferenda* d'un double droit sur l'image de soi permettrait de faciliter le règlement des litiges dont le nombre n'a cessé d'augmenter. Toutefois, on peut aussi espérer voir la pensée juridique adopter un mode de raisonnement non binaire: « l'un et l'autre » remplaçant « l'un ou l'autre », l'extrapatrimonial cohabitant avec le patrimonial. L'exclusivisme du droit à l'image favorise

87 Affaire *Bordas* : Cass com, 12 mars 1985, JCP 1985, II, 20400, concl Montanier, note G Bonet ; D 1985, p 471, note J Gesthin ; Gaz Pal 1985, 1, p 246, note G Le Tallec ; RTD com 1986, p 285, Chron A Chavanne et J Azema Affaire *Mazenod* : Cass com, 27 février 1990, JCP 1990, II, 21545, note F Pollaud-Dulian *Adde*, Viandier (A), Les conflits entre cédant et cessionnaire relatifs au nom, RJC 1995, p 1.

88 Cette distinction a été remarquablement mise en œuvre à propos du respect de la vie privée dans un arrêt *Benetton*, Paris 1^{re} Ch A, 28 mai 1996, D 1996, p 617, note B Edelman.

89 Voir l'arrêt de la Cour fédérale du 2e circuit du 16 février 1953 et sur la question, Edelman (B), *L'homme aux cellules d'or*, D 1989, Chron, p 225.

90 Voir Dubois (Ph), *Le physique de la personne*, th Paris II, 1984, p 249.

91 Voir art L 131-2 du CPI.

92 En ce sens, (D), *L'ambiguïté du droit à l'image*, D 1985, Chron, p 136, n° 37.

parfaitement cette compatibilité, tant il est vrai qu'il faut lui conférer un caractère relatif et non pas absolu.

THE TWO ASPECTS OF THE EXCLUSIVENESS OF THE RIGHT TO ONES IMAGE

Continuing technological development has presented the situation where all the attributes of personality are in free circulation. The possibility of their having commercial value is also now well established. Ones physiognomy, ones voice, ones name are all treated as objects of property. Image has an exclusiveness for two reasons: because of its link to the personality of the individual there is an exclusive relationship of a non-property nature; because of the existence of an exclusiveness (which is a feature of a property right), there is also a property right in ones image. These two features of the right to ones image require that the classical legal categories be reviewed. It is the purpose of this article to explore the non-property and property aspects of the exclusiveness which attaches to the right to image.