

L'EXPLOITATION DE L'IMAGE DES BIENS

Jean-Michel Bruguière

Victoires éditions | « LEGICOM »

2005/2 N° 34 | pages 13 à 31

ISSN 1244-9288

ISBN 2908056941

Article disponible en ligne à l'adresse :

<http://www.cairn.info/revue-legicom-2005-2-page-13.htm>

Pour citer cet article :

Jean-Michel Bruguière, « L'exploitation de l'image des biens », *LEGICOM* 2005/2
(N° 34), p. 13-31.

DOI 10.3917/legi.034.0013

Distribution électronique Cairn.info pour Victoires éditions.

© Victoires éditions. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

L'exploitation de l'image des biens

Jean-Michel Bruguière

*Maître de Conférences à l'Université d'Avignon
Directeur de l'ERCIM, UMR 5815, Pôle Propriété Intellectuelle*

L'ESSENTIEL

La question de l'exploitation de l'image des biens ne peut être réduite à la question de la richesse économique. Le propriétaire peut tout simplement revendiquer à l'encontre du professionnel de l'image, un droit à la tranquillité, un souci de rétablir une certaine vérité, ou faire valoir le respect de sa personne. En outre, certains professionnels de l'image peuvent être animés d'une volonté de diffusion d'un savoir. L'image d'un bien peut être un outil de communication qu'il est important de protéger. C'est dans la confrontation des valeurs économiques et sociales que repose tout l'intérêt d'une étude sur la question. C'est pourquoi, le principe est bien ici la liberté de l'activité de l'exploitation de l'image des biens qui a été un peu perdue de vue avec la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation. Cette liberté dont on doit protéger la prospérité à l'aide d'outils juridiques spécifiques, n'est ni générale, ni absolue. L'activité d'exploitation peut en effet être l'origine de la création d'un trouble de la propriété ou de la personne, qu'il appartient au professionnel de l'image de supporter. ■

L'image d'une propriété et la propriété de l'image. Certaines sociétés considèrent que certaines choses peuvent être animées d'une âme. Par voie de conséquence, ces choses se trouvent hors du commerce juridique. Sans états d'âmes, nos sociétés, plus matérialistes, se contentent d'observer que les biens ont une image et que cette image tend à être dotée d'une valeur économique. La valeur économique suscite l'intervention juridique et appelle une question fondamentale : l'image d'une propriété peut-elle conduire à la propriété de l'image (1) ?

Le professionnel de l'image, soucieux du libre exercice de son art, répondra aussitôt par la négative. « *Un art libre induit un regard libre* » (2). Le propriétaire attentif à son bien objectera qu'il aspire à la tranquillité ou à plus de liquidité... Ciel mon voilier, mon citronnier ou mon bichon maltais (3) !

La controverse suggère que la question de l'exploitation de l'image des biens, qu'il convient au préalable de définir, suscite des intérêts contradictoires qui ne peuvent, à ce titre, être appréhendés de manière uniforme. Qu'entend par exploitation de l'image des biens ? Pourquoi s'y intéresser ? Comment traiter la question ?

L'exploitation de l'image des biens. L'image des biens peut tout simplement être définie comme la représentation d'une chose appropriée. L'image qui vient du latin *imago* (représentation, portrait, copie) est appréhendée dans le vocabulaire juridique de l'association Capitant (4) comme « *l'apparence visible d'un individu ou d'une chose* ». Il s'agit donc ici

d'une représentation suscitée par certains moyens artistiques ou techniques (la photographie, la sculpture, la peinture...). La représentation qui retiendra ici notre attention est celle des biens. Les images ne contiennent pas en effet seulement des représentations de personnes. L'on retrouve aussi (que l'on songe aux cartes postales) les traits de nombreux biens : maisons, tableaux, bateaux, monuments publics, animaux, végétaux... Les propriétaires de ces choses ne sont peut être pas d'accord pour que ces biens soient reproduits sans autorisation. Cela démontre au passage la nécessité d'appropriation de la chose représentée. En l'absence de maître, la chose n'est pas un bien et elle se trouve, à l'image des choses communes (un paysage par exemple), hors de notre étude. Cette image des biens, ainsi rapidement définie, est aujourd'hui une richesse qui suscite et résulte d'une activité économique. Il y a bien exploitation de l'image des biens. Pour se limiter à l'exemple de la photographie, le photographe crée des photographies, qu'il va ensuite confier (peut-être parce que celles-ci lui ont été commandées) à une agence de photographie. Cette agence de photographie va vendre ces images à une agence de publicité pour la confection d'une campagne publicitaire, à un éditeur qui va illustrer un ouvrage.... Dans tous ces cas il y a bien une activité à partir de cette image. Pourquoi s'intéresser à cette exploitation de l'image des biens ?

L'avoir et le savoir. L'image, qu'il s'agisse de l'image des personnes ou de celle des biens a acquis aujourd'hui une forte valeur économique (5). Cette valeur économique est essentiellement due aux possibilités de circulation de la richesse elle

1. Les premières lignes de cette chronique sont tirées de notre ouvrage, *L'exploitation de l'image des biens*, Guide Légipresse, PUF/Victoires Editions à paraître.

2. M.-J. Mondzain, *Le commerce des regards*, Seuil, L'ordre philosophique.

3. Cf. les exemples de revendications des propriétaires développées dans le journal *Le Monde* du 27 décembre 2002.

4. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1996, "Image", p. 415.

5. Et c'est bien ce mouvement qui appelle l'intervention juridique.

même favorisée par les nouvelles technologies de l'information. Le développement des procédés de reproduction, hier la photographie, le cinéma ou la télévision, aujourd'hui nos autoroutes de l'information qui, précisément, transportent des images fixes ou animées a conféré à notre objet d'étude (en lui permettant de circuler) une forte valeur économique. Des facteurs juridiques accompagnent ce mouvement tant au niveau des droits de la personnalité (qui ne cessent de se monnayer), qu'au niveau du droit de propriété (qui, quoiqu'on en dise, connaît une forte vitalité). Nul ne s'étonnera donc, dans ces conditions, de voir la première chambre civile de la Cour de cassation décider que l'exploitation d'un bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire (6). Que l'image d'une propriété puisse en définitive conduire à la propriété de l'image.

La question de l'exploitation de l'image des biens ne peut être réduite au souci des propriétaires ou des professionnels de l'image de réservation des utilités économiques de la richesse. Tout d'abord (et il s'agit bien d'une valeur sociale), le propriétaire qui fait valoir un droit à l'encontre du professionnel de l'image pour s'opposer à la diffusion de la photographie de sa chose n'est pas toujours animé d'un esprit de lucre. Il peut s'agir tout simplement d'un droit à la tranquillité, d'un souci de rétablir une certaine vérité, en bref, au delà du respect des biens, de faire valoir le respect de sa personne. Ensuite et en contrepoint, il faut prendre conscience, qu'au delà des préoccupations économiques, certains professionnels de l'image peuvent être animés d'une volonté de diffusion d'un savoir. Or

comme un auteur (7) l'a joliment souligné, le " *droit de savoir* " implique parfois " *le droit de voir* ". L'image d'un bien peut être un outil de communication (que l'on songe ici à un guide du patrimoine) qu'il est important de protéger. En ce sens nous pouvons dire que c'est dans la confrontation des valeurs économiques et sociales que repose tout l'intérêt d'une étude sur la question.

Diversité des sources, diversité des droits, mise en ordre. La confrontation de ces valeurs est l'œuvre de différentes autorités. Elle se fait à partir de différents droits. Il y a diversité des sources et diversité des droits ce qui nécessite une mise en ordre. Le droit d'exploitation de l'image des biens repose en effet sur de multiples sources. La loi tout d'abord si l'on considère le droit de propriété (et l'article 544 du Code civil) ou le droit au respect de la vie privée (et l'article 9) qui permettent aux propriétaires de biens reproduits de s'opposer à la reproduction de l'image. Le contrat ensuite puisque la plupart des rapports entre les professionnels de l'image sont réglementés au moyen de cet outil. Le juge enfin et surtout car, à l'instar du droit à l'image des personnes, le droit sur l'image des biens est une création prétorienne (8) (bien antérieure d'ailleurs à l'arrêt du 10 mars 1999). Le législateur, la pratique professionnelle ou le juge donc sont à l'origine de la découverte (redécouverte) de nombreux droits pour encadrer l'exploitation de l'image des biens. Il s'agira en premier lieu de protéger l'activité d'exploitation (au moyen des droits et libertés fondamentaux ou du contrat) ou le produit lui-même (à l'aide de la propriété intellectuelle).

6. Cass. civ. 1^{re} ch., 10 mars 1999, *JCP*, 1999, II, 10078, note P.-Y. Gautier. Bien que cette solution ait été aujourd'hui remise en cause par l'Assemblée plénière, 7 mai 2004, *D.*, 2004, J., p. 1545 et nos observations.

7. C. Bigot, " La liberté de l'image entre son passé et son avenir ", 2^e partie, Du droit de savoir au droit de voir, *Légipresse*, 2001, n° 183-II-81.

8. Si l'on veut bien faire abstraction de

l'imprécise proposition de loi visant à donner un cadre juridique au droit à l'image déposée le 16 juillet 2003 à l'Assemblée nationale, et notre commentaire, J.-M. Bruguière et B. Gleize, *D.*, 2004, Point de vue, p.2643.

En second lieu, le droit de propriété, matérielle comme immatérielle, permettra aux possesseurs des biens reproduits de s'opposer à la reproduction de l'image de la chose. Comme nous l'avons incidemment souligné, le droit de propriété n'est pas la seule arme des propriétaires. Il faut aussi compter (et c'est tout le sens du revirement de jurisprudence du 7 mai 2004) avec la responsabilité... Comment articuler l'ensemble de ces droits ? Quel fil d'Ariane faut-il suivre pour présenter cette question de l'exploitation de l'image des biens ? Le mieux est de raisonner de manière méthodique et de commencer, comme toujours, par le principe. Or le principe est bien ici la liberté de l'activité de l'exploitation de l'image des biens qui a été un peu perdue de vue avec la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation (9). Cette liberté dont on doit protéger la prospérité, n'est ni générale, ni absolue. L'activité d'exploitation peut en effet être l'origine de la création d'un trouble qu'il appartient au professionnel de l'image de supporter. La trame de notre chronique sera donc implicitement construite sur cette base. Plus précisément nous envisagerons successivement : les garanties de la prospérité de l'exploitation (I), les risques du trouble (II).

allons donc envisager successivement la prospérité de l'activité (A), puis celle des produits de l'activité (B).

A. La prospérité de l'activité

Contrats et libertés. L'activité d'exploitation de l'image des biens repose sur différents " moteurs juridiques " : le droit des sociétés, le droit des contrats, les droits et libertés fondamentaux... Le professionnel de l'image doit en effet veiller à adopter une bonne structure sociétaire afin d'exercer son art. Lorsqu'il intervient sur le marché de l'image, seul ou avec des associés, il doit également être attentif aux contrats qu'il passe. Enfin si l'exercice de son activité est menacé par d'autres agents, il peut être tenté d'invoquer les droits et libertés fondamentaux... En privilégiant ici ce qui participe vraiment de la spécificité de l'image, nous envisagerons successivement les droits et libertés fondamentaux (a) et le droit des contrats (b).

a. Les droits et libertés fondamentaux

Présence des droits fondamentaux dans le débat sur l'exploitation de l'image des biens. Les droits et libertés fondamentaux ont rarement été invoqués dans le débat sur l'exploitation de l'image des biens. Il s'agit pourtant d'une pièce essentielle que le juge ou la doctrine a eu l'occasion d'évoquer. En ce qui concerne le juge, les droits et libertés fondamentaux peuvent être invoqués de manière directe, positive, à travers l'idée que l'exploitation de l'image des biens met en œuvre la liberté de création. On peut ainsi lire dans un jugement du tribunal d'instance de Nancy le 21 juin 1991 (10) : « *Les droits de propriété et de personnalité invoqués par des époux pour fonder leur action ne peuvent être utilement invoqués pour interdire à une personne de reproduire un bien meuble ou immeuble... En effet juger le contraire aboutirait à empêcher toute œuvre créatrice de l'esprit pictural ou photographique qui*

I-LES GARANTIES DE LA PROSPÉRITÉ

Activité et produit. L'exploitation de l'image des biens est avant tout, nous l'avons souligné, une activité économique que notre système juridique doit s'efforcer de protéger. Cette activité économique est par ailleurs à l'origine de la création de nombreux produits que l'on ne peut, là aussi, valoriser qu'à l'aide de certains " outils " juridiques. Dans cette perspective toute instrumentale nous

9. Automatiquement en effet, avec cette jurisprudence ; les professionnels étaient en faute

de ne pas avoir sollicité l'autorisation des propriétaires.

10. TI Nancy, 21 juin 1991, *Gaz. Pal.*, 1992, Sem 1, p. 232.

serait la reproduction d'un bien appartenant à une personne privée ou publique étant rappelé que, en principe, toute œuvre artistique a pour vocation à être commercialisée ». La doctrine a elle-même également souligné cette dimension. Le premier auteur (11) ayant envisagé la question de manière globale avait ainsi pointé l'impératif du respect de certaines libertés publiques. « *Aujourd'hui la liberté de réaliser, de publier, et d'exploiter l'image des biens visibles sans autorisation de leur propriétaire se trouve incluse dans plusieurs libertés auxquelles le Conseil reconnaît un caractère constitutionnel* » (l'auteur vise alors la liberté individuelle, la liberté de communication et la liberté du commerce et de l'industrie). Afin de ne pas rester dans les formules incantatoires ou les arguments d'autorité, il est important de donner quelques illustrations concrètes.

Illustrations. « Privatisation de l'espace public ». « *Patrimoine, il faut payer pour voir* », « *La privatisation de l'image menace la photographie* », « *Sommes nous contraints de ne photographier que la mer ?* »... Au lendemain des arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation, de nombreux professionnels de l'image se sont inquiétés des risques de cette jurisprudence dans la presse (12). En écho à cette contestation, la doctrine s'est demandée si l'image n'était pas menottée, « *menacée* » (13) ? Les arguments avancés au soutien de la critique de la position de la Cour de cassation tournaient souvent autour de l'idée de « *privatisation de l'espace public* » (14). En définitive, plusieurs risques sont dénoncés. Il s'agit tout d'abord du coût financier des autorisations des auteurs ou propriétaires de biens reproduits, ces charges financières conduisant souvent à l'abandon de projets. Ceci fait écho à la fois à la liberté de création et à la liberté du commerce et de l'industrie. Il s'agit

ensuite de l'origine publique des fonds ayant permis la création des œuvres reproduites (et autorisant en conséquence une libre reproduction). Il s'agit enfin et surtout de l'idée selon laquelle, l'espace public (la rue par exemple) est libre de droits comme cela était le cas à la fin du XIX^e siècle en un temps où les droits de propriété intellectuelle (et ici le droit d'auteur des architectes) n'étaient pas particulièrement affirmés en ce domaine. Sans qu'il soit ici possible de discuter l'ensemble de ces arguments, il faut observer que la légitimité des droits de propriété est ouvertement remise en cause sans beaucoup de mesure car il faut impérativement distinguer entre les droits de propriété matérielle (effectivement menaçant pour la liberté du commerce) et les droits de propriété immatérielle (parfaitement légitimes en cas de respect des conditions d'accès à la protection).

Illustrations. Le risque du " floutage ", de l'image aseptisée... Au delà de la privatisation de l'espace public, les professionnels de l'image ont pointé de nombreux risques de la jurisprudence de la première chambre civile. Par crainte de procès de propriétaires, les photographes ont pu, par exemple, être tenté de tourner les difficultés en pratiquant le " floutage " c'est à dire en masquant le bien reproduit ou en le reproduisant à une distance telle qu'il ne pourrait être identifié (15). Il est bien évident qu'ici un tel comportement conduit à une forme de " censure " dommageable et à un risque d'appauvrissement, les mêmes images étant toujours présentées à l'appui de textes. A supposer que le professionnel de l'image sollicite bien l'autorisation des propriétaires, celui-ci pourrait encore voir sa liberté réduite au cas où le possesseur impose certaines prises de vue et en

11. P. Kayser, " L'image des biens ", *D.*, 1995, Doct., p. 291.

12. A la une du journal *Le Monde* du 27 décembre 2002, le dossier consacré à cette question.

13. *L'image menacée ?*, Forum Légipresse, 4 octobre 2001, Victoires-Éditions.

14. Cette expression est à attribuer au photographe Patrick Bard (à propos alors de

l'image des personnes).

15. *Le Monde*, 29 mars 2003, " Les photographes face au piège du juridiquement correct ".

refuse d'autres. Or, " *l'image est un instant et sans cet instant l'image perd son âme* " (16). On retrouve ici à nouveau la liberté de création.

b. Le contrat

La richesse de l'outil contractuel. La prospérité de l'activité d'exploitation de l'image des biens ne résulte pas seulement de droits et libertés fondamentaux. Elle procède également du contrat qui est un admirable instrument de circulation des richesses. A admettre sans plus de discussion que l'image puisse bien être l'objet d'une convention (17), il faut ici constater que l'outil contractuel favorise de nombreuses choses. Il est en effet possible d'ordonner la création de l'image au moyen d'un contrat de commande ou d'un contrat de travail (ce contrat impliquant lui-même en amont le consentement du propriétaire du bien reproduit). De la faire circuler au moyen d'un contrat de prêt, de cession, d'édition, de mandat de commercialisation... Nous pouvons ici mettre l'accent sur le contrat de commande ou les contrats de mandat.

Le contrat et la réalisation de l'image. L'exemple du contrat de commande.

Le photographe peut créer ses photographies dans différents cadres juridiques. Il peut tout d'abord agir de manière indépendante c'est à dire sans être lié par un contrat de travail ou par un contrat de commande. Une fois sa création achevée, il va alors se tourner vers un éditeur ou une agence de photographie afin de valoriser ses images. Le photographe peut ensuite agir dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un contrat de commande. Le contrat de commande est un contrat d'entreprise puisqu'il s'agit pour l'auteur de fournir une prestation (ici artistique).

Lorsque le contrat de commande a pour objet des images destinées à un usage publicitaire, le contrat est alors dénommé " contrat de commande pour la publicité " (L.132-31 CPI). Dans tous les autres cas, le régime juridique du contrat est celui d'un louage d'ouvrage envisagé par le Code civil à l'article 1710. Les principales difficultés ici concernent les frontières de ce contrat avec le contrat de travail. Pour distinguer les deux, il faut s'attacher au degré d'indépendance du professionnel de l'image. « *Si un lien de subordination peut être établi entre le client et le prestataire, le contrat perd la qualification d'entreprise pour devenir un contrat de travail. En revanche, si le prestataire conserve une indépendance dans l'exécution, fondée sur sa compétence professionnelle, le contrat peut être qualifié de contrat d'entreprise* » (18).

Il faudra ici être attentif à la rédaction du contrat et spécialement à la définition des modalités d'exécution de la tâche. Une clause qui précise que le client : « *pourra exiger du photographe qu'il consacre chaque mois une ou plusieurs journées à la réalisation de sa mission, ce que le photographe accepte expressément... Que les photographies seront réalisées sur instruction [du client] qui donnera au photographe toute indication quant au choix des lieux, des objets photographiés, de leur mode de présentation ...* » (19) laisse penser que le professionnel de l'image ne dispose pas d'une grande marge de manœuvre. Tout penche donc, malgré une qualification contraire, vers le contrat de travail. Les intérêts de la distinction ne relèvent pas de la " coquetterie intellectuelle ". Les régimes juridiques des deux conventions diffèrent quant à la compétence des tribunaux, quant à l'application des lois sociales, quant à l'organisation de la révocation et quant à la rémunération.

16. Sur ces difficultés cf. Zoom sur l'image des biens. " La création photographique en danger ", A. Fusco-Vigné, et B. Gleize, Annales de la faculté de droit d'Avignon, 2000, p. 63.

17. L'image des personnes est-elle un possible

objet de commerce au sens de l'article 1128 du Code civil ? Sur cette discussion, cf. L. Marino, CCE, Mars 2003 p.10. Pour l'image des biens, le problème était différent (avant le revirement de jurisprudence du 7 mai 2004) puisque l'on

admettait bien en amont l'existence de la propriété. 18. J. Cayron, " La situation du photographe dans les contrats de cession de droits d'auteur ", *Légipresse*, 2003 n°205-II-129.

19. Citée par J. Cayron, chron. précit.

Le contrat et la circulation de l'image. Une fois que l'image a été créée, le photographe entend la valoriser à des fins économiques. Pour cela de nombreux contrats sont à sa disposition. Il peut directement confier sa richesse à un éditeur qui souhaite diffuser son œuvre par le biais d'un contrat d'édition. La plupart du temps, le professionnel de l'image conclura un contrat que la pratique nomme "Contrat de mandat". Par cette convention le photographe confie à une Agence de photographie ses créations et donne mandat à celle-ci de l'exploitation de ses droits. Le mandataire s'engage à faire respecter l'intégrité de l'œuvre cédée, à la défendre par toute action en justice et à verser un prix qui est généralement de 50 % du montant hors taxes de la cession des droits facturés. En contrepartie, l'auteur est tenu à différentes garanties et notamment à la garantie d'éviction. A son tour, l'Agence de photographie va, dans le cadre de son mandat, concéder des droits d'auteur à toute personne désireuse d'exploiter certaines images. Ces conventions sont soumises au formalisme de tout contrat d'auteur.

B. La prospérité des produits de l'activité

Protection physique, protection juridique, droit d'auteur. L'activité d'exploitation dont il est impérieux de défendre les moteurs juridiques génère un certain nombre de produits : photographies, croquis, tableaux, dessins... Les professionnels de ces images peuvent avoir la volonté de protéger ces produits. Cette protection peut être physique, si l'image est tenue à l'abri des regards (rangée sur le disque dur de l'ordinateur d'un photographe). Elle peut être juridique notam-

ment par le jeu de l'assurance (il s'agit alors de préserver la valeur de l'image) ou plus directement par le droit de la propriété intellectuelle (il s'agit de réserver sa valeur). Toutes les protections ne pouvant être développées nous nous attacherons à la plus efficace et la plus centrale : la propriété intellectuelle et plus précisément au droit d'auteur. Sans revenir sur l'évolution par laquelle la photographie a été saisie par le droit d'auteur, il nous semble plus important de pointer les risques de surprotection de l'image (a) et de s'attacher aux alternatives à cette surréservation (b).

a. Les risques du système actuel

La confusion des valeurs. Comme un auteur a pu le souligner (20), « *la protection semble acquise au genre* » photographique et « *l'on en vient parfois à se demander quelles sont, parmi les milliards de photographies réalisées, ... celles qui n'auraient pas la faveur du droit d'auteur* ». La numérisation ne va faire qu'accentuer cette difficulté en même temps qu'elle risque d'encourager de nombreux musées (pratique déjà courante) à reproduire à l'aide de cette technique l'ensemble de leurs collections aux fins d'exploitation commerciale (21). Doit-on pour autant considérer que la reproduction photographique d'une œuvre d'art est elle-même une œuvre protégée ? Une réponse est ici donnée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 septembre 2001 (22) ayant jugé que des reproductions d'œuvres de Picasso constituent des œuvres photographiques bien que l'objectif du photographe était, les juges le soulignent au passage, de livrer au public la « *quintessence de l'œuvre* ». Ici le caractère servile des reproductions aurait dû conduire au rejet de la prétention de contrefaçon.

20. A. Latreille, " L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : éléments d'une réflexion sur un objet de droit d'auteur ", *D.*, 2002, Chron., p. 299.

21. Sur ce point, V. le rapport gouvernemental destiné à " Préparer l'entrée de la France dans la société de l'inform@tion ", programme d'action gouvernemental, Premier ministre, service

d'information du gouvernement, 1997, p. 22.

22. Paris, 26 septembre 2001, CCE, 2002, comm. 18, obs. C. Caron.

Un système conduisant à protéger la quasi totalité des photographies représente plusieurs dangers. Sur le terrain de la propriété intellectuelle, du droit d'auteur plus précisément, il y a un risque de remise en cause de la philosophie du système. Comme on le sait, dans notre système juridique, la propriété intellectuelle est une exception. Elle est une exception parce qu'elle institue un monopole d'exploitation qui vient contrarier la liberté de création et la libre concurrence. La pratique jurisprudentielle que nous venons de présenter conduit au contraire à faire de la propriété intellectuelle le principe et de la liberté l'exception ce qui n'est pas acceptable. Sur le terrain de l'appropriation de l'image des biens, on peut se demander si « *l'accès quasi automatique des clichés au droit d'auteur ne légitime [...] pas en quelque sorte les revendications [...] des propriétaires des objets photographiés ?* » (23). En d'autres termes, le propriétaire, informé de cette jurisprudence bienveillante à l'égard des photographes, peut en effet être tenté de faire valoir qu'il n'y a pas beaucoup de différence entre le droit qu'obtient si facilement le photographe (à la limite en appuyant sur le déclencheur) et celui (le droit de propriété protégé par l'article 544 du Code civil) qu'il revendique à partir de la jurisprudence de la première chambre civile.

b. Les alternatives à la surprotection
Œuvre et travail photographique. Afin de sortir du système que nous venons de décrire, plusieurs solutions sont possibles. La plus raisonnable consiste certainement à écarter de la protection les

photographies-instruments (24), c'est-à-dire celles qui ne reposent pas sur une création mais qui se contentent (ce qui est déjà très bien) de reproduire le réel. Plus précisément, il faudrait à l'image du droit allemand, italien ou espagnol (25), s'attacher à distinguer l'œuvre photographique du travail photographique à partir d'un seuil d'intensité créatrice. Au delà de certains droits étrangers (26), une telle position est parfois adoptée par le juge comme en témoigne cette décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ayant refusé la protection à des photographies d'objets (à usage d'équipement de magasins) figurant dans un catalogue (27). Après avoir souligné qu'il s'agit là de « *reproductions fidèles* », ils relèvent que les « *objets sont photographiés sur fond unichrome et sans décor et qu'il est dès lors impossible de distinguer un effort de créativité* ». Il conviendrait de généraliser cette solution encore bien isolée.

II - LES RISQUES DU TROUBLE

Libre et responsable. La propriété et la personne. L'activité d'exploitation, libre comme nous venons de le voir, peut être l'origine de la création d'un trouble qu'il appartient au professionnel de l'image de supporter. Plus précisément, deux séries de troubles sont susceptibles d'intervenir : des troubles à la propriété tout d'abord (A) des troubles à la personne ensuite (B), même s'il est vrai que le juge a eu parfois tendance à les confondre (28) et qu'un certain nombre d'arguments pourraient être

23. A. Latreille, " L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : éléments d'une réflexion sur un objet de droit d'auteur ", préc., p. 299.

24. Pour reprendre l'expression de M. Latreille *op. cit.*

25. Pour de plus amples développements sur cette question, V. M. Buydens, La protection de

la quasi-crédation, *Larcier*, Bruxelles, 1993, p. 192 et s.

26. La directive du 29 octobre 1993 (art. 6) relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins réserve en effet la possibilité, pour les États membres, de prévoir la protection d'autres photographies que celles traditionnellement

appréhendées.

27. Aix-en-Provence, 20 janvier 2004, *CCE.*, 2004, comm. 37, obs. C. Caron.

28. Nous verrons au cours de nos développements que le juge protège en effet souvent la personnalité au moyen du droit de propriété.

mis en avant pour nuancer l'opposition (29).

A. Le trouble à la propriété

La propriété matérielle et immatérielle. L'exploitation de l'image d'un bien peut troubler deux propriétés que le professionnel de l'image doit ne pas confondre : la propriété matérielle (a) et la propriété immatérielle (b). La première est celle du Code civil (le célèbre article 544) et des propriétaires qui considèrent que la reproduction de leur bien sans autorisation est préjudiciable. La seconde est celle du Code de la propriété intellectuelle et des créateurs soucieux de défendre un investissement original ou nouveau.

a. La propriété matérielle

La protection de l'image des biens par le droit de propriété n'a pas toujours été admise par le juge (1). Quant elle l'a été, elle a suscité d'importants débats doctrinaux qui ne doivent pas occulter les discussions pratiques (2) pour les professionnels de l'image.

1) Les solutions jurisprudentielles

Avant et après le 10 mars 1999. Discrètement envisagée au cours du XX^e siècle dans quelques décisions, la protection de l'image des biens par le droit de propriété de l'article 544 du Code civil a surtout été envisagée par la première chambre civile de la Cour de cassation le 10 mars 1999 (30). C'est autour de cet arrêt (l'avant et l'après) que l'on peut présenter ces solutions jurisprudentielles.

Avant le 10 mars 1999, une jurisprudence agitée. La décision du 10 mars 1999 a rapi-

dement été présentée comme la consécration d'une jurisprudence ancienne. Elle « *avalise une jurisprudence des juges du fond largement favorable à la thèse du pourvoi* » (31) a-t-on souligné. Plus directement encore, elle ne serait que « *la mise en forme d'une solution latente mûrie par la sagesse des tribunaux* » (32). Une analyse attentive des jugements et arrêts rendus avant la décision du 10 mars 1999 montre cependant que cette conclusion est bien hâtive. Le droit de propriété n'est pas toujours consacré en tant que fondement du droit de reproduction de l'image des biens. Il est même parfois combattu ou alors profondément confondu avec d'autres droits que nous exposerons plus tard : le droit à vie privée, le droit à l'honneur... En bref, la lecture des décisions précédant l'arrêt du 10 mars 1999 n'est pas le long fleuve tranquille que la doctrine veut bien nous présenter. Nous pouvons ici, pour illustrer cette tendance, relever une décision basée sur le droit de propriété, une combattant ce droit et enfin une dernière mélangeant un peu tout.

Décisions fondées sur le droit de propriété. Avant que la première chambre civile de la Cour de cassation choisisse de rattacher le droit de reproduction de l'image au droit de propriété, cette solution avait déjà été suivie par d'autres juges (du fond, il est vrai (33)). L'un des premiers jugements en ce sens émane du tribunal de commerce du 7 mars 1905 (34) : « *Lorsqu'une propriété est entièrement close de murs, que l'accès en est interdit au public, et qu'elle ne peut être photographiée du dehors, les personnes autorisées par le propriétaire peuvent seules reproduire par la photographie, dans un but commercial, les vues de cette propriété ; peu importe que, à certains jours, les grilles*

29. Que l'on relise l'admirable ouvrage d'Emmanuel Mounier, *De la propriété capitaliste à la propriété humaine*, 1936, pour qui la propriété ne peut prendre un sens que dans une imprégnation de l'objet par la personne. Cette philosophie reçoit, souvent discrètement, de belles consécérations. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 24 avril 1998, *RTD Civ.*, 1998 p. 996 obs J.-P. Marguénaud) a-

t-elle pu juger que la destruction d'un logement en Turquie, marquait, au-delà d'une atteinte au respect des biens, un mépris pour les sentiments des propriétaires caractéristiques de « traitements inhumains » au sens de l'article 3 de la Convention européenne. Le bien qui fait corps avec la personne en quelque sorte. Voilà peut-être pourquoi l'on devrait nuancer plus l'opposition de la propriété à la personne.

30. Sur les références de cet important arrêt cf *infra*.

31. F. Zénati, *RTD Civ.*, 1999, p. 860.

32. *préc.*, p. 868.

33. Si l'on veut bien faire abstraction de la vieille décision du 27 mai 1842 (sur cette décision, cf *infra*) dans laquelle M. Zénati voit l'arrêt fondateur.

34. *Trib. Com. Meaux*, 7 mars 1905, confirmé par Paris, 27 avril 1906, *Annales*, 1907, p. 16.

soient ouvertes et que le public soit autorisé à pénétrer dans la propriété, cette autorisation n'étant donnée qu'en vue de l'agrément des habitants de la commune ; le propriétaire étant dans ces conditions, et sans qu'il y ait lieu d'invoquer dans l'espèce les lois sur la propriété artistique, seul en droit d'autoriser la reproduction et la mise en vente des vues prises dans sa propriété ».

Décisions combattant le rattachement à la propriété. Les décisions qui contestent l'idée d'une propriété de l'image des biens sont aussi nombreuses que celles qui l'admettent. Pour parvenir à cette contestation, les juges empruntent différents chemins. La critique peut porter sur le principe même de la reconnaissance d'un droit à l'image des biens. Selon la Cour d'appel de Bordeaux (35) : « *Il n'existe pas au profit des époux X d'action concernant le droit à l'image de leur immeuble, qu'aucune autorisation préalable n'est nécessaire pour photographier depuis un lieu public un immeuble offert à la vue du public* ». Ici les magistrats n'offrent aucune alternative. Plus souvent (et il s'agit de la seconde voie), les juges suggèrent une autre piste de protection. Selon la Cour d'appel de Caen (36) (dans la célèbre affaire Gondrée ayant été à l'origine de l'arrêt du 10 mars 1999) : « *L'image d'un bien n'étant pas expressément protégée par la loi, sa reproduction ne peut constituer une faute que dans le cas où elle porte atteinte à l'intimité de la vie privée du propriétaire* ».

Décisions mélangeant un peu tout. La jurisprudence antérieure à l'arrêt du 10 mars 1999 comporte également un ensemble de décisions qui ne se rattachent

ni au droit de propriété, ni à la contestation du droit subjectif. Elles mélangent un peu tout (37). Le droit de propriété et le droit au respect de la vie privée, le droit de la propriété et le droit de la responsabilité ou bien encore le droit de propriété de l'article 544 et celui organisé par la propriété intellectuelle et le droit d'auteur. Ceci sans évoquer celles qui mettent l'accent sur le droit subjectif pour finalement se raviser (38). On comprend pourquoi il était important que la Cour de cassation intervienne dans ses conditions.

L'arrêt du 10 mars 1999. La décision Gondrée est connue. On sait qu'après avoir affirmé de manière solennelle que « *le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien sous quelque forme que ce soit* », les juges en concluent que « *l'exploitation du bien sous la forme de photographie porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire* ». Le rattachement de l'image des biens au droit de propriété est ainsi effectué. Il sera confirmé par la première chambre civile de la Cour de cassation le 25 janvier 2000 (39). Par la suite, la même chambre se montrera plus sévère. Il est en effet demandé (40) aux juges du fond de dire « *en quoi l'exploitation de la photographie par les titulaires du droit incorporel de son auteur portait un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire* ».

Après le 10 mars 1999. L'infléchissement de la jurisprudence Gondrée ne vient pas seulement de la Cour de cassation. Les juges du fond également ont grandement contribué à remettre en cause la solution du 10 mars. La solution est en effet parfois directement contestée. En ce sens la

35. Bordeaux, 16 octobre 1995, inédit.

36. Caen, 18 juin 1996, inédit.

37. Sur toutes ces confusions, cf. notre ouvrage, op. cit. note n°1.

38. Très significatif (TGI Paris, 13 septembre 1989, inédit) : « Attendu que le propriétaire d'un immeuble s'il est, en vertu de son droit de jouir de sa chose de la manière la plus absolue, fondé à s'opposer à ce que des photographies des

parties non visibles de l'extérieur en soient prises sans son autorisation, ne peut toutefois prétendre à une réparation qu'à la condition de démontrer soit une atteinte à sa vie privée, soit l'existence d'un préjudice se trouvant dans une relation de cause à effet avec la réalisation fautive des clichés ». On ne comprend pas pourquoi si le propriétaire ne peut agir que dans le cadre de l'article 1382 et 9 du Code civil, il

est important de rappeler que le droit de propriété permet à celui-ci de s'opposer à. Le droit de propriété refoule ici les autres fondements.

39. Cass. civ 1^{re} ch., 25 janvier 2000, et notre commentaire *Légipresse*, 2000, n° 171-II-60.

40. Cass. civ 1^{re} ch., 2 mai 2001, et nos observations, *LPA*, 22 août 2001.

Cour d'appel de Rouen le 31 octobre 2001 (41) a pu juger, à propos de la reproduction d'un immeuble d'un cachet certain sur un dépliant publicitaire destiné à vendre un projet immobilier que : « *Le droit de propriété n'est pas absolu et illimité et ne comporte pas un droit exclusif pour le propriétaire sur l'image de son bien. Il en résulte que la seule reproduction d'un immeuble sans le consentement de son propriétaire ne suffit pas à caractériser le préjudice subi par celui-ci* ». On ne peut pas être plus clair dans la contestation. Sans contrarier directement la solution, la plupart des décisions rendues après le 10 mars 1999 témoignent de la volonté des juges d'inventer de nouvelles limites à la propriété plutôt que de consacrer ledit droit. Ceci sans évoquer les quelques jugements continuant à confondre les valeurs protégées (42)... A nous en tenir aux seules limites, il faut constater que la non application de la jurisprudence Gondrée résulte parfois de l'absence d'identification du bien ou du propriétaire (43), ou parfois de la prise en compte d'un certain cadre ou de certaines finalités de la reproduction (44).

Le revirement. Le rejet de la propriété.

En posant que : « *Le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci* » ; il « *peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* ». L'Assemblée plénière le 7 mai 2004 (45) rejette la propriété et fait retour à la responsabilité. Le rejet de la propriété s'explique par, outre les hésitations jurisprudentielles que nous venons de présenter, les nombreux arguments techniques susceptibles d'être avancés à l'encontre de la solution de l'article 544 du Code civil. Sans développer ici ces arguments, il faut observer que ce revirement avait été quelque peu annoncé par

la décision de la seconde chambre civile du 5 juin 2003 (46). La réunion de l'Assemblée plénière était donc indispensable.

Le retour à la responsabilité. Une fois le modèle de la propriété clairement rejeté, l'interprète de la décision du 7 mai est inévitablement confronté à l'interrogation du choix du nouveau rattachement : responsabilité civile, de droit commun ou spéciale, responsabilité pénale, droits de la personne (vie privée, honneur...), tout cela à la fois ? Contrairement à ce que certains auteurs veulent comprendre, le choix est certainement beaucoup plus large que la simple alternative de la propriété (et 544) ou de la responsabilité (et 1382). Toutes les pistes sont à explorer même si toutes ces pistes sont toutes très certainement portées par l'idée de responsabilité. À admettre cette idée, il faut alors s'attacher à la nature puis au contenu de cette responsabilité.

Nature. Une responsabilité inspirée des troubles du voisinage ? Que penser de cette formule selon laquelle le propriétaire « *peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* ? » L'institution juridique ayant vocation à structurer le débat de la diffusion de l'image des choses serait-elle à rechercher du côté de la théorie des troubles du voisinage ? Une lecture immédiate peut légitimement accréditer une telle idée. L'expression trouble anormal évoque bien ladite théorie. Surtout, l'Assemblée plénière s'est bien gardée de reprendre la formule de la Cour d'appel de Rouen selon laquelle il appartenait au propriétaire de démontrer « *l'existence d'un préjudice* ». Autrement dit, le « *trouble* » de l'Assemblée plénière n'est pas le « *préju-*

41. Rouen, 31 octobre 2001, *RIDA*, 2002, n° 447.

42. En ce sens, TGI Paris, ord. réf., 5 avril 2001, qui sollicite la propriété alors que la valeur protégée est morale, *Légipresse*, 2001, n° 182-I-69.

43. TGI Clermont-Ferrand, 23 janvier 2002, D.,

2002, J., p. 1226, note J.-M. Bruguière, *CCE*, avril 2002, p. 15, note C. Caron ; *Légipresse*, 2002, n° 191-III-84, note E. Derieux.

44. Paris, 19 février 2002, *JCP*, 2003, II, 10073, note J.-M. Bruguière.

45. Ass. Plén., 7 mai 2004, *D.*, 2004, J., p.1545, note J.-M. Bruguière et E. Dreyer, *JCP*, 2004, II, 10 085, note C. Caron.

46. Cass. civ 2^e ch., 5 juin 2003, *D.*, 2003, J., p. 2461, note E. Dreyer.

dice » de la Cour d'appel de Rouen, et les juges de la Cour de cassation veulent certainement se placer dans un cadre autre que celui de 1382 du Code civil. Pourquoi ? Peut-être pour justement éviter les délicates caractérisations de la faute des professionnels de l'image. On sait en effet que la décision par laquelle la troisième chambre civile (47) avait posé en 1990 « le principe » selon lequel « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » était précisément adoptée pour contourner l'irritante question de la faute (en d'autres termes la Cour de cassation a imaginé un principe afin de ne pas avoir à caractériser une faute dans le voisinage souvent difficile à caractériser). Enfin, pourquoi ne pas viser (48) directement l'article 1382 du code civil ?

Réfutation de l'analyse. A l'analyse, cette lecture nous semble trop rapide. L'expression trouble anormal évoque bien les troubles anormaux du voisinage. Et après ? Le trouble se retrouve souvent constaté dans notre système juridique, de même que la normalité. Il n'y rien ici de très original. Les difficultés de caractérisation de la faute dans le cadre de 1382 du code civil, dans et hors le contexte de la concurrence déloyale, sont certes délicates, elles ne sont pas insurmontables. Dans les deux cas (et surtout dans le premier), il faut déjà dire que le juge se montre souvent peu exigeant en la matière, la faute étant souvent présumée à partir du préjudice. Nous ne voyons pas pourquoi l'on devrait raisonner dans ce cadre différemment. A admettre que l'argument ne soit pas pertinent, la faute est encore perceptible dans nombre d'agissements des professionnels de l'image. Retour à nos trou-

bles du voisinage. Il n'est nullement besoin de sortir de 1382 du code civil pour s'enfermer dans un système spécial puisqu'il est encore possible de caractériser une faute. L'absence de visa de 1382 ou de 1384 est logique puisque nous sommes en présence d'un arrêt de rejet (49). De surcroît, s'il y a bien quelque chose que déteste la Cour de cassation c'est bien de s'enfermer dans un système (50)... Il est donc fort possible qu'elle ne se soit pas enfermée dans une responsabilité spéciale.

L'hypothèse d'une jurisprudence cadre. Que signifierait alors la formule selon laquelle le propriétaire « peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal » si l'on n'écarte le rattachement exclusif à la théorie des troubles du voisinage et à l'idée d'une responsabilité spéciale ? A la réflexion, nous pensons (51) que l'Assemblée plénière adopte ici une jurisprudence cadre (c'est à dire une jurisprudence qui prépare des jurisprudences d'application comme c'est le cas pour les contrats). qui laisse la porte ouverte à beaucoup de rattachements : la faute de 1382, la vie privée de l'article 9, la diffamation de la loi de 1881, la concurrence déloyale voire une responsabilité spéciale car celle-ci (que l'on songe encore à nos troubles de voisinage) n'a jamais refoulé la responsabilité civile de droit commun. Bref, dans tous ces fondements, il peut y avoir un trouble anormal et, redisons-le, il n'y a aucune raison de s'enfermer dans un système plutôt que dans un autre.

2. Les discussions pratiques

Autorisation et abus de droit. Au delà des

47. Cass. civ 3^e ch. 24 octobre 1990 *Bull civ III*, n° 205.

48. Le visa de la cassation représente le, ou les textes, généralement en tête des décisions, que cite la Cour afin de fonder sa solution. Ici, la Cour n'en vise aucun.

49. Parmi les arrêts de la Cour de cassation, on distingue généralement les arrêts de rejet (du

pourvoi) qui confirment la solution des juges du fond qui ne comportent généralement aucun texte dans le visa et les arrêts de cassation (qui remettent en cause la décision) qui, en contrepoint visent une disposition.

50. « Une fois pour toutes le Parlement fait la loi, l'administration fait les règlements et nos trois grandes juridictions font la jurisprudence.

Mais la doctrine fait le système ». P. Jestaz, C. Jamin, « L'entité doctrinale française », *D.*, 1998, J., p.171.

51. Sur cette démonstration, v. notre chronique sous la décision du 7 mai 2004 avec Bérengère Gleize, *Légipresse*, 2004, n° 213-III-117.

solutions jurisprudentielles et de la discussion doctrinale, le choix de la propriété (ou le choix d'un autre système) se traduit par des conséquences pratiques spécifiques pour la profession. Avec la propriété, l'autorisation du possesseur du bien dont l'image est reproduite était indispensable. Par ailleurs, il était plus facile de plaider l'abus de droit du propriétaire.

La propriété et l'autorisation. Principe.

En ce qui concerne l'autorisation, le droit de propriété permet au propriétaire, nous l'avons vu, d'interdire à autrui de reproduire l'image de son bien. Dans ces conditions, l'autorisation était indispensable. Dit autrement, faute de consentement de la part du possesseur, le professionnel était *ipso facto* en faute puisqu'il est de jurisprudence constante que même si aucun dommage n'a été subi du fait d'une immixtion, le propriétaire serait fondé à demander réparation. « *Le propriétaire peut empêcher quiconque de se servir de sa chose quand bien même cet usage ne lui occasionnerait aucun préjudice* » (52). Le respect de cette autorisation va même plus loin. Il ne suffit pas en effet de solliciter l'autorisation du propriétaire. Il faut encore que la reproduction du professionnel de l'image soit bien conforme aux limites de l'autorisation donnée. Le propriétaire peut ainsi autoriser la reproduction partielle de son bien. Il a été ainsi jugé que le possesseur d'un château peut interdire aux visiteurs d'effectuer certaines prises de vues (53). Cette règle montre d'une part tout l'intérêt d'une bonne rédaction de l'autorisation et d'autre part tous les dangers de cette solution au regard des droits et libertés fondamentaux, le professionnel de l'image pouvant être fortement limité dans l'exercice de son art.

La propriété et l'abus de droit. Principe de la reconnaissance.

L'autre intérêt pratique attaché à la reconnaissance du droit de propriété est celui de l'abus de droit. Le droit de propriété est un droit fort qui a été très rapidement canalisé par le juge au moyen de la théorie de l'abus de droit. Rappelons que cette théorie consiste à sanctionner les hypothèses où le titulaire d'un droit (ici le droit de propriété) exerce celui-ci sans intérêt sérieux et légitime (ou pire, avec une intention de nuire). Or dans le domaine de l'image des biens, avec le droit de propriété, il était tout à fait possible de faire jouer cette théorie.

La propriété et l'abus de droit. Modalités d'exercice.

A quelles occasions aurait-on pu faire jouer l'abus de droit et à quelles fins ? Les cas dans lesquels l'on aurait pu faire jouer l'abus de droit du propriétaire auraient pu être fort nombreux. Outre l'hypothèse où le possesseur du bien révoque brutalement son autorisation (le professionnel de l'image ayant par exemple réalisé d'importants investissements), l'on peut songer aux situations où l'intransigeance du propriétaire peut paraître disproportionnée par rapport à l'intérêt (culturel par exemple) de la publication de l'image. En bref l'abus peut être dans le refus de faire reproduire son bien, dans la manière d'accepter (en imposant par exemple des exigences financières trop importantes) ou dans la révocation d'une autorisation. Dans ce cadre, que pouvait obtenir le professionnel de l'image ? Outre les traditionnels dommages et intérêts (et la mise en jeu d'une responsabilité civile), l'annulation de l'acte (l'autorisation qui impose une condition financière draconienne) ou même la privation d'un droit (54) (ce qui peut s'entendre de la neutralisation du droit de propriété condui-

52. Cass. civ. 1^{re} ch., 13 janvier et 10 février 1965, *Gaz. Pal.*, 1965, sem. 1, p.236. Dans le même sens, Trib. Civ. de Caen, 28 avril 1929,

La loi, 11 octobre 1929.

53. Paris, 18 février 1972, *RIDA*, 1972, p. 214.

54. L. Cadiet et P. le Tourneau, *Rep. Civ. Dalloz*, "Abus de droit", n° 35.

sant à la neutralisation du refus du propriétaire).

La propriété et l'abus de droit. Preuve.

Les intérêts de plaider l'abus de droit n'étaient donc pas minces. Par rapport à la responsabilité qui, seule, semble aujourd'hui gouverner les relations entre propriétaires et professionnels de l'image, la différence était aussi marquée au niveau de la preuve. Le mieux ici est de citer M. Zénati (55) : « *Ces deux régimes se rapprochent en ce qu'ils reconnaissent au juge un pouvoir d'appréciation sans le lier par rapport aux principes, mais ils se différencient nettement au plan de la preuve : si l'on raisonne en termes d'abus de monopole, c'est à celui qui a reproduit ou veut reproduire le bien d'autrui de démontrer cet abus, alors que c'est au contraire au propriétaire de prouver la faute si l'on fonde sa protection sur la responsabilité civile* ». On aura compris que la solution de la propriété n'était pas favorable, sur le terrain probatoire, aux professionnels de l'image puisqu'ils étaient tenus de prouver l'abus des propriétaires. Aujourd'hui les choses semblent inversées. C'est au propriétaire de démontrer une faute du fait de l'exploitation de l'image du bien. Là est une différence fondamentale. En est-il de même en matière d'autorisation ?

La responsabilité et l'autorisation. Et maintenant ? Depuis le revirement de jurisprudence opéré par l'Assemblée plénière, le 7 mai 2004, revirement ayant conduit au rejet de la propriété, on pourrait être tenté de dire que cette autorisation n'est plus nécessaire. Si le propriétaire n'est plus fondé à s'opposer à la reproduction de l'image de son bien en mettant en avant son droit de propriété, pourquoi le professionnel de l'image aurait-il à solliciter le possesseur ? Il faut se garder d'une conclusion aussi rapide.

Certes (et le point est déjà fondamental), le professionnel de l'image n'est plus considéré aujourd'hui *ipso facto* comme fautif pour avoir reproduit sans autorisation l'image d'un bien.

Pour autant la liberté n'est pas entière. Comme nous l'avons souligné, et abstraction faite de la question de l'accès frauduleux à la propriété (56), le professionnel de l'image doit s'abstenir de causer « *un trouble anormal* » : atteinte à la vie privée, préjudice matériel ou moral... On pourrait dès lors considérer que l'un des moyens de prévenir le trouble anormal consiste précisément à informer et à solliciter l'autorisation du propriétaire (ou ici de toute autre personne habilitée, l'action ne trouvant plus sa source dans le droit de propriété). Le juge se montrera très certainement plus ouvert vis à vis d'un professionnel soucieux d'associer d'une manière à une autre le propriétaire dont l'image du bien a été reproduite. Il le saura d'autant plus lorsque l'exploitation a vocation à troubler la tranquillité des propriétaires.

En ce sens, nous voulons dire que les circonstances de reproduction et d'exploitation de l'image du bien seront certainement encore très importantes. Il faudra donc savoir si l'exploitation de l'image est ou non commerciale (s'agit-il d'une campagne de publicité, de l'illustration d'un ouvrage d'art ?), si la photographie reproduit une partie ou l'ensemble du bien, si ce bien s'inscrit dans un ensemble plus vaste... Il est bien difficile ici de raisonner de manière abstraite. Le cadre de l'image restera déterminant. La nécessité de l'autorisation du propriétaire ou du possesseur du bien reproduit après l'arrêt du 7 mai 2004 se justifie également par le fait que le juge peut encore être « découvrir » un usage professionnel à l'origine

55. F. Zénati, « Du droit de reproduire les biens », *D.*, 2004, *Doct.*, p. 962.

56. Le bien clos suppose nécessairement dans son accès l'autorisation du propriétaire (faute de quoi il y aurait violation de domicile). Nous

raisonnons ici sur la base de l'hypothèse d'un bien visible du domaine public.

de l'autorisation. En bref là encore, selon les circonstances de l'exploitation de l'image, le juge pourrait être tenté de considérer que le défaut d'autorisation est automatiquement fautif afin d'inciter le professionnel à plus de prudence.

b. La propriété immatérielle

Propriété littéraire et artistique et propriété des signes distinctifs. La seconde propriété que le professionnel de l'image est susceptible de troubler est la propriété immatérielle. Cette propriété immatérielle peut être celle des auteurs dans la propriété littéraire et artistique (1) comme celle (même si l'hypothèse est moins fréquente) des titulaires de signes distinctifs (2).

1. L'atteinte à la propriété littéraire et artistique

Le professionnel de l'image face à l'œuvre composite. L'image d'un bien peut, à certaines conditions, être considérée comme une œuvre originale qui mérite protection. Il faut ici prendre conscience que cette image peut elle-même se heurter à une autre œuvre : le bâtiment d'un architecte, le tableau d'un peintre (57). Cela n'empêche nullement cette image d'exister (du moins peut-on l'espérer). Nous sommes ici en présence de ce que le spécialiste du droit d'auteur nomme par œuvre composite c'est à dire, selon l'article L. 113-3 al 2 une « œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ». Le professionnel de l'image ne peut donc exploiter son image sans l'autorisation du créateur des éléments qui sont empruntés. La Cour d'appel de Paris le 19 juin 1979 l'a rappelé (58).

Exceptions à l'autorisation. Le réflexe du professionnel de l'image (et du profes-

sionnel du droit) confronté à la prétention d'un auteur peut être de plaider l'une des exceptions au droit d'auteur ou, plus radicalement, de faire admettre que la chose reproduite n'est pas couverte par le droit d'auteur faute d'œuvre. En ce sens l'on peut reprendre la décision de la Cour d'appel de Paris du 19 juin 1979 qui illustre parfaitement les différents moyens qui peuvent être soulevés en défense. Afin d'éviter la condamnation l'opérateur ayant publié l'image faisait valoir : que ce n'était pas l'ensemble de la cité qui était reproduit mais juste un immeuble, que cet immeuble était dépourvu d'originalité, qu'il se trouvait dans un lieu public et qu'enfin il avait agi de bonne foi (autrement dit ici, seul le photographe ou l'agence de photographie ayant fourni le cliché devaient être tenus pour responsables). Nous pouvons ici reprendre la discussion relative à la situation des biens sur l'espace public.

Œuvres situées dans l'espace public Peut-on en effet échapper à la contrefaçon en insistant sur la situation publique de l'œuvre ? Dit autrement, le simple fait d'édifier une œuvre dans l'espace public doit-il entraîner une renonciation au monopole de propriété intellectuelle (59) ? On pourrait être tenté de le soutenir sur le fondement de vieilles décisions ayant posé que : « *Les vues de villes, sites et monuments obtenues par la photographie sont des objets du domaine public* » (60). Certains auteurs n'ont pas en ce sens hésité à poser que la rue était libre de droit ou bien encore à dénoncer le risque de privatisation de l'espace public (61) si l'on admettait le contraire. Il faut pourtant bien se rendre à l'évidence. Comme l'a justement relevé la Cour d'appel de Rabat (62) : « *Le fait d'édifier ou de placer sur la voie publique une*

57. Ou bien encore peut-être la maison de notre propriétaire vu plus haut qui serait embellie de manière telle qu'elle serait susceptible d'une protection par le droit d'auteur. Sur cette possibilité, TGI Valence, 26 avril 1973, *Gaz. Pal.*, 1974, sem.1, 25, qui considère que « *la décoration et l'installation d'un salon*

constituent une création originale et personnelle de leurs auteurs ».

58. Paris, 19 juin 1979, inédit.

59. D. Amson, « Le droit à l'image et la rue », *Légipresse*, 2000, n° 175-II-106.

60. Trib. com. Seine, 7 mars 1861, DP., 1861, 3, p. 32. Antérieurement encore cf. *supra*.

61. Le dossier du *Monde* du 27 décembre 2002, « La privatisation de l'image menace la photographie ».

62. Rabat, 12 décembre 1955, *Gaz. Pal.*, 1956, sem.1, p. 232.

œuvre architecturale n'implique en lui-même aucun abandon de droits de propriété artistique de l'auteur, et celui-ci, à moins qu'il n'y ait volontairement renoncé ou ait accepté qu'il soit réglementé, n'en conserve pas moins le droit exclusif de reproduction ». Cette jurisprudence est constante (63).

2. L'atteinte à la propriété industrielle

L'image du bien, signe distinctif. Le professionnel de l'image respectueux des droits d'auteur ayant vocation à s'appliquer sur le bien reproduit peut également être confronté à certains droits de propriété industrielle. Tous ne sont pas heureusement ici concernés. L'image des biens peut en effet difficilement accéder à la brevetabilité ou à la protection par le droit des obtentions végétales. En revanche, une marque, une enseigne (mais nous attacherons essentiellement à la première) peut aisément être construite à partir de l'image d'une chose : le pont d'Avignon, la cathédrale de Strasbourg...

Quelles sont ici les difficultés ? Avant toute chose, il est important de rappeler ce qu'est une marque. Selon l'article L. 711-1 du Code de propriété intellectuelle la marque est « *un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale* ». Ce même texte poursuit en précisant que peuvent notamment constituer un signe, les signes figuratifs tels que les dessins ou encore les formes. Il est dès lors assez facile, dans ce contexte, d'envisager l'image d'un bien comme marque. Pour autant toutes les difficultés ne sont pas levées. Le dépôt de l'image d'un bien à titre de marque soit par le professionnel, soit par le particulier qui s'oppose à l'exploitation de l'image, oblige à envisager

plusieurs hypothèses. Le bien reproduit peut être mobilier ou immobilier, privé ou public. Il peut appartenir à son titulaire ou à un tiers, voire même parfois à plusieurs personnes. Nous nous contenterons ici d'envisager l'hypothèse du dépôt de l'image d'un bien public à titre de marque.

Hypothèse du dépôt de l'image d'un bien public à titre de marque.

Le bien reproduit et déposé comme marque peut en effet être un bien public. Une commune pourrait-elle ainsi s'opposer à la reproduction d'un monument public célèbre ? Peut-on tout d'abord déposer à titre de marque l'image d'un bien public ? Ici les choses sont un peu plus complexes que pour un bien privé. En premier lieu, se pose la question fondamentale consistant à savoir si l'on peut s'approprier l'image d'un bien public. Dans l'affirmative, la commune, le particulier qui s'est réservé le signe serait fondé à interdire au professionnel de l'image l'exploitation de la représentation. Sur ce point, nous disposons d'une décision riche d'enseignements précisément rendue à partir de la cathédrale de Strasbourg (64). En l'espèce la brasserie Adelshoffen titulaire d'une marque comprenant parmi de nombreux éléments une silhouette stylisée de la cathédrale de Strasbourg assignait en contrefaçon la brasserie Kronenbourg pour avoir utilisé dans sa publicité l'image de la cathédrale. Le juge de tribunal de grande instance de Strasbourg va ici souligner le caractère symbolique du monument qui « *rappelle la ville de Strasbourg comme la statue de la liberté évoque nécessairement New York* ». Par la suite, les magistrats précisent que : « *les marques qui comportent des éléments tels qu'un monument tombé dans le domaine public ne sont originales que par le mode de présentation*

63. On retrouve ainsi la même formule, mot pour mot, dans la décision de la Cour d'appel de Paris du 19 juin 1979, *op. cit.* Dans l'affaire de la Géode, le juge souligne que « *la loi du 11 mars 1957 n'a prévu aucune disposition venant*

restreindre la protection des droits relatifs aux œuvres d'art situées dans un lieu accessible au public et qu'il appartient en conséquence aux seuls titulaires de ces droits de consentir à leur reproduction ».

64. TGI Strasbourg, 10 février 1965, *D.*, 1966, J., p. 425 ; en appel, Colmar, 22 juin 1966, *D.*, 1966, *Somm.*, p.98.

de ces éléments et qu'il n'y a de contrefaçon qu'à partir du moment où c'est la disposition originale de l'élément banal qui a été reproduite ». Cette solution va être confortée par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 mai 1968 (65).

Concrètement, cela signifie qu'un particulier ne peut interdire à un autre particulier (ou à notre professionnel de l'image) d'exploiter l'image d'un monument public célèbre (sauf si celui-ci est présenté de telle manière qu'il donne prise à un droit d'auteur). Cela ne signifie pas que l'image d'un bien public puisse être déposée. Elle peut l'être. Néanmoins, celui qui a déposée ne pourra pas empêcher d'autres particuliers d'utiliser l'image du bien public. Tout se passe comme si nous étions en présence d'un patrimoine commun ou plus techniquement d'une sorte d'appellation d'origine contrôlée dont l'usage appartient aux producteurs d'une région. Le professionnel de l'image qui exploite un cliché d'un monument public pourra donc difficilement se voir opposer, sur le terrain du droit des marques, la propriété du signe.

B. Le trouble à la personne

La personnalité et la responsabilité. La seconde valeur que le professionnel de l'image est tenu de respecter à l'occasion de l'exploitation de la richesse est celle de la personne. La personne est en effet directement protégée par des droits dits de la personnalité (a). Indirectement elle peut l'être également au moyen du droit de la responsabilité (b)

a. Droits de la personnalité

Droit au respect de la vie privée et altération de la personnalité. La diffusion de l'image d'un bien peut porter atteinte aux

droits de la personnalité de deux manières : directement par le biais d'une atteinte à la vie privée et indirectement par le moyen d'une altération de la personnalité.

Atteinte à la vie privée, domicile, patrimoine. La première rencontre de la diffusion de l'image des biens et de la vie privée est le domicile. La divulgation de l'adresse du domicile ou de la résidence d'une personne, sans le consentement de celle-ci, constitue bien en effet une atteinte illicite à sa vie privée (66). La seconde chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt dissident du 5 juin 2003 que nous avons relevé plus haut l'a encore rappelé : « *Mais attendu que la cour d'appel a justement retenu que la publication dans la presse de la photographie de la résidence de M. X accompagnée du nom du propriétaire et de sa localisation précise, portait atteinte au droit de M. X au respect de sa vie privée* ».

La seconde rencontre plus délicate est celle qui se noue à partir du patrimoine. La diffusion de l'image d'une chose appartenant à une personne porte en elle différents messages. D'une part, elle livre au public une part de l'intimité, de la personnalité de tout possesseur. Mais, elle peut aussi, d'autre part, livrer une information purement patrimoniale au public qui va enfin connaître la possession de mon voilier ou la superficie de mon domaine (ou à l'inverse ma faillite attestée par ma vie en *mobile home*). Or sur ce point et malgré les hésitations jurisprudentielles (67) en la matière nous pouvons tout à fait admettre que la publication d'une information patrimoniale (par le biais de la diffusion de l'image d'un bien) porte atteinte à la vie privée.

Notion d'altération de la personnalité. La notion d'altération de la personnalité est

65. Cass. com., 15 mai 1968, D., 1968, J., p.697.

66. La jurisprudence est ici constante ; Paris, 15 mai 1970, D., 1970, J., p. 466 , concl.

Cabannes. Les décisions antérieures à la loi du 17 juillet 1970, dont celle-ci, sont rendues sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

67. Sur cette jurisprudence et son application à l'exploitation de l'image des biens, notre ouvrage *op. cit. supra* note n° 1.

doctrinale. Nous l'empruntons à Jacques Mestre qui a montré tout l'intérêt de distinguer ce concept de celui de vie privée (68). « *La protection qu'il s'agit ici d'établir ne visera pas à préserver la vie intime de la personne de l'indiscrétion du public, mais à défendre aux yeux de celui-ci, la réalité de sa personnalité* ». L'altération de la personnalité du propriétaire par la diffusion de l'image de son bien n'est pas seulement doctrinale. Elle a été perçue dans plusieurs décisions. Nous rappellerons la teneur de la plus célèbre jugée par le Tribunal de grande instance de la Seine le 1^{er} avril 1965 (69). Il s'agissait de se prononcer sur la diffusion d'un roman-photo intitulé *L'amour mène la danse* illustré de photographies représentant le domicile du maire d'une petite commune, par ailleurs respectable professeur de lettres dans une institution privée. Estimant, d'une part, qu'une telle publication laissait penser qu'elle avait donné son accord aux reproductions et d'autre part que l'aspect licencieux du roman photo lui causait un préjudice évident du fait de la possibilité, pour les lecteurs de la région, d'identifier sa demeure, le maire de la petite commune assigna l'éditeur et obtint gain de cause. Les juges vont en effet souligner « *qu'il n'est pas douteux que les lecteurs voisins des lieux ne peuvent manquer de les identifier et de considérer avec surprise que la dame X a permis que sa propriété serve de cadre au tournage d'un roman en forme de film, dont l'esprit est difficilement compatible avec sa personnalité* ».

b. Droits de la responsabilité

Responsabilité civile délictuelle et contractuelle. A délaissier la responsabilité pénale (exemple de la violation de domicile), l'exploitation de l'image des biens peut susciter une responsabilité civile contractuelle et délictuelle.

Responsabilité civile contractuelle. Dans le droit de la responsabilité civile, le propriétaire soucieux de protéger l'image de son bien peut, dans un premier temps, ici de manière préventive, soumettre sa reproduction à une autorisation contractuelle. Le professionnel de l'image qui méconnaîtrait cet engagement engagerait sa responsabilité contractuelle sur la base de l'article 1147 (supposant, comme pour la responsabilité civile délictuelle, faute préjudice et causalité). Ce recours à l'outil contractuel trouve une parfaite illustration dans la pratique des musées (70). Les musées ne sont pas les seuls à utiliser l'outil contractuel dans la défense de l'image de leurs biens. Les particuliers le peuvent aussi. En témoigne cette décision ayant condamné le peintre Bernard Buffet pour avoir reproduit un château non visible du domaine public (71) alors même que le contrat l'interdisait clairement. L'attendu principal mérite d'être cité intégralement. « *Considérant qu'agissant ainsi, Bernard Buffet a méconnu les conditions auxquelles était subordonné le droit de pénétrer dans la propriété privée de Compagnon de Marcheville, conditions figurant sur le billet d'entrée et auxquelles il avait implicitement mais nécessairement adhéré ; que l'ensemble de la notice inscrite au verso de ce billet et spécialement l'emploi des termes très généraux "documents" et "commercialisation" manifestent, sans ambiguïté, la volonté du propriétaire de réserver son autorisation pour toute utilisation de l'image de son château sous une forme quelconque dans l'intention d'en obtenir un avantage pécuniaire* »

Responsabilité civile délictuelle. L'exploitation de l'image d'un bien peut enfin susciter une responsabilité civile délictuelle sur la base du droit commun. Abstraction faite de la concurrence déloyale lorsqu'il y a commercialisation

68. J. Mestre, "La protection indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public", *JCP*, 1974, I, 2623 qui distingue des altérations directes et

indirectes.

69. TGI Seine, 1^{er} avril 1965, *JCP*, 1966, II, 14762, note Lindon.

70. Sur ce point, voir M. Cornu et N. Mallet-Poujou, *Droit, œuvres d'art et musées*, CNRS

éditions, 2001, notamment n° 552 et s.

71. Paris, 18 décembre 1972, *RIDA*, 1972, p. 215. Voir également, pour le même château que dans l'affaire Bernard Buffet, TGI Paris, 27 septembre 1976, *RIDA*, 1976 p. 160.

de l'image de la richesse, nous pouvons raisonner, pour finir, à partir de l'hypothèse d'un bien non clos, visible du domaine public. De prime abord, l'on pourrait être tenté de rejeter toute idée de responsabilité. Le professionnel de l'image pourrait en effet faire valoir que le revirement de jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 7 mai 2004 (72) le libère de tout demande d'autorisation de reproduire le bien qui l'intéresse aux particuliers (et de toute faute consécutive à l'absence d'autorisation). Par ailleurs (sans doute suite à la confusion entre la propriété matérielle et la propriété intellectuelle faite par beaucoup), ils pourraient invoquer cette vieille jurisprudence de la fin du dix-neuvième siècle par laquelle les magistrats posaient que : « *Les vues de villes, sites et monuments obtenues par la photographie sont des objets du domaine public* » (73).

La rue n'est pas nécessairement libre de droits. Nous l'avons vu à propos de la question du droit d'auteur. La fin de la jurisprudence sur le terrain du droit de propriété que marque l'arrêt du 7 mai 2004 signifie tout au mieux (ce qui est déjà très bien) que le propriétaire ne peut plus s'opposer systématiquement (en faisant valoir ses prérogatives) à la reproduction de l'image de son bien. Cela ne dispense nullement le professionnel de l'image de solliciter l'autorisation des particuliers (s'il ne le fait pas, il ne risque plus rien sur la base du droit de propriété). Dit autrement, il est encore tout à fait concevable d'engager sa responsabilité civile sur la base de l'article 1382 du Code civil à l'occasion de la reproduction de l'image d'un bien. La faute peut en effet être encore présente lorsque le photographe, le publicitaire, l'agence immobilière, omettent par exemple de préciser

que le propriétaire s'est opposé à la reproduction de l'image de son bien (comme cela s'est déjà vu dans certaines décisions avant l'arrêt du 7 mai) ou lorsqu'il y a dénaturation. Surtout elle pourrait encore être identifiée par le juge à l'occasion de la violation d'un usage professionnel imposant aux photographes de solliciter l'autorisation des propriétaires et ceci en faisant abstraction de toute idée de propriété. On peut très bien imaginer des codes de bonne conduite à l'origine de la création d'usages imposant cette demande de la part des photographes.

On peut en ce sens relever une décision du tribunal civil de la Seine du 15 février 1952 (74) par laquelle les juges estiment que : « *La maison d'édition qui, pour un but commercial, prend des vues d'une propriété particulière, sans se munir de cette autorisation, a commis une faute génératrice de dommages intérêts et elle doit en outre être condamnée à la remise sous astreinte des photographies clichés et impressions : elle ajoute une **lourde faute professionnelle** en passant outre à toutes démarches amiables, protestations et défenses et en continuant l'édition, le débit et la mise en vente* ». Le juge reconnaît bien ici une faute génératrice de responsabilité, en ajoutant qu'elle se double d'une faute professionnelle pour avoir ignoré tout démarche amiable. En bref, la responsabilité civile, tout comme hier la propriété, peut imposer ce civisme élémentaire de l'autorisation (Même s'il est vrai qu'il était plus commode de débusquer la faute dans la violation du droit de propriété).

En définitive, le lecteur aura compris le sens de notre propos. « *Un art libre induit un regard libre* » (75). Libre mais responsable !

J.-M. B.

72. Sur ce revirement cf. *supra*.

73. Trib. Com Seine, 7 mars 1861, *DP.*, 1861, 3, p. 32. Antérieurement, par exemple, Paris, 5 juin 1855, *DP.*, 1857, 2, p. 28 ; le juge établissait une distinction entre les personnes et les biens.

La reproduction d'un monument était nécessairement dans le domaine public, celle de la personne faisait l'objet d'une 'propriété privée' et supposait en conséquence une autorisation.

74. Trib. Seine, 15 février 1952, *Gaz. Pal.*, 1952, sem. 1, p. 16.

75. M.-J. Mondzain, *Le commerce des regards, Seuil*, L'ordre philosophique.