

Les droits des acteurs face à la digitalisation

François Dessemontet

Professeur aux Universités de Lausanne et Fribourg, Suisse

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
I. FONDEMENT DES DROITS DES ACTEURS.....	2
A. Principe	2
B. Droit européen.....	4
1) <i>Les droits voisins du droit d'auteur</i>	4
2) <i>Les droits de la personnalité</i>	7
C. Droit américain.....	9
1) <i>Le droit de publicité</i>	9
2) <i>Le droit à un éclairage correct</i>	13
II. NATURE DES DROITS DES ACTEURS.....	14
A. Conception personaliste	14
B. Conception patrimoniale.....	14
CONCLUSION.....	20

Les droits des acteurs face à la digitalisation

François Dessemontet

Professeur aux Universités de Lausanne et Fribourg, Suisse

INTRODUCTION¹

1. Les acteurs peuvent parfois être auteurs ou coauteurs de leur rôle et posséder par conséquent des *droits d'auteur* ou de coauteur. Cette situation sera exceptionnelle en fait². *Les droits voisins du droit d'auteur* pourront en revanche s'appliquer plus souvent.
2. Les acteurs et les actrices peuvent être célèbres et posséder de ce fait un *droit de publicité*, mais l'usage de leur image digitalisée n'est pas nécessairement, et peut-être pas du tout, un usage commercial au sens de la pratique américaine.

¹ L'auteur remercie vivement M. Stefan Eberhard, assistant au Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, pour son appui dans la préparation de la présente contribution.

² Cf. Ch. Willi, *Schutz fiktiver Figuren*, thèse Zurich, Berne 1996, pp. 129 ss; A. Berenboom, p. 195. Voir l'exemple de l'acteur Robert Dhéry, pour le film "La belle Américaine", RIDA 1972 (LXXII), p. 155 = Rev. Trim. dr. comm. 1973, p. 553, commenté par H. Desbois, pp. 802-804. Voir cependant Trib. Gde Inst. Paris, 5 février 1981, RIDA 1981, No. 109 p. 229; le même, 16 janvier 1992, RIDA 1992, No. 152, p. 204.

3. Les actrices et les acteurs sont enfin des êtres humains, jouissant à ce titre des *droits de la personnalité*, et en Europe continentale d'un *droit à l'image* qui les protège contre une utilisation abusive de leur portrait digitalisé.
4. Droit voisin du droit d'auteur, droit de la publicité et droit à l'image peuvent, dans une mesure variable, s'actualiser en droits moraux et en droits patrimoniaux. Des contrats peuvent licitement porter, et portent en fait très souvent, sur ces droits. Il convient d'examiner quelle est la *liberté des parties* lorsqu'elles concluent pareilles conventions.
5. Enfin, les acteurs meurent aussi. Les contrats peuvent avoir prévu quels sont les droits des acteurs à ce moment, ou avoir limité le transfert de la licence des droits de l'acteur en faveur du producteur. Les *héritiers* peuvent-ils alors intenter action ? Ou les *proches* du défunt s'ils ne sont pas ses héritiers ?

I. FONDEMENT DES DROITS DES ACTEURS

A. Principe

6. *"Il n'est pas essentiel de savoir comment le défendeur a usurpé l'identité de la demanderesse, mais s'il l'a usurpée"*³.

De même, il n'est pas essentiel de savoir quel est le fondement des droits des auteurs, mais bien de réaliser que ces droits existent quel que soit leur fondement.

³ *"It is not important how the defendant has appropriated the plaintiff's identity, but whether the defendant has done so."* Vanna White v. Samsung Electronics America, Inc. and David Deutsch Associates, Inc., 971 F. 2d 1395, 1398 (9th Cir. 1992).

7. Cette observation provocante a d'abord pour but de provoquer, ensuite de mettre à leur juste place les *controverses* doctrinales et dogmatiques qui commencent d'entourer le droit de la publicité aux Etats-Unis, enfin d'évacuer liminairement les questions de *droit international privé*.

Il ne s'agit pas sérieusement de nier l'impact des diversités légales d'un pays à l'autre et les conséquences quelquefois divergentes de l'application d'une doctrine plutôt que de l'autre. Cependant, nous croyons que ces variations touchent les exceptions, les cas rares, les points douteux. Or nous souhaitons rapporter ici l'image des *solutions communes*, des principes généralement admis de part et d'autre de l'Atlantique.

8. Sous quelque titre que ce soit - droit des interprètes comme droit voisin en Europe, droit à l'image aux Etats-Unis et en Europe aussi -, les traditions juridiques protègent une double réalité :
- l'acteur comme *personne physique* : James Dean, Alain Delon, Elisabeth Taylor comme individus.
 - l'acteur dans un *rôle* : Humphrey Bogart dans son imperméable du Faucon Maltais, Nicolaï Tcherkassof comme Ivan le Terrible, Marylin Monroe dans "Some Like It Hot".
9. Cette double réalité n'appelle pas les mêmes mesures de protection légale. Les considérations relatives au *droit de publicité* portent sur l'usage de l'image personnelle de l'acteur dans la commercialisation de produits ("*merchandising*"). En revanche, l'usage d'une image de l'acteur digitalisée porte presque inmanquablement sur son rôle dans un film à effets spéciaux. Le cas du film *The Crow* est bien connu : l'acteur principal, Brandon Lee, a été tué par balle pendant le tournage d'une scène violente⁴; le film a néanmoins été achevé et mis sur le marché. C'est son *rôle* qui est en cause. De même dans *The nutty Professor*, Eddie

⁴ Voir Sight and Sound, No. 6, 1994, p. 44.

Murphy est digitalisé dans son rôle - plutôt que dans sa personne. Par contraste, lorsque dans *Forrest Gump* l'acteur Tom Hanks est introduit à travers le temps pour rencontrer J.-F. Kennedy, L. Johnson et R. Nixon, leur image manipulée est bien celle d'une personne physique⁵. (S'agissant de personnalités publiques de grande envergure, ces Présidents jouent en quelque sorte leur propre rôle. La distinction entre leur *personne physique* et leur *rôle* n'est donc pas absolument nette en tous les cas, mais elle demeure possible néanmoins dans la plupart des hypothèses.)

B. Droit européen

10. Quand il s'agit de protéger l'acteur dans son rôle, le droit européen reconnaît deux types de droit.

1) *Les droits voisins du droit d'auteur*

11. L'acteur interprète le rôle comme un musicien interprète un morceau de musique.

L'article 33 de la nouvelle loi suisse sur le droit d'auteur définit par exemple l'"*artiste interprète*" comme

"la personne physique qui exécute une oeuvre ou qui participe sur le plan artistique à l'exécution d'une oeuvre."

Il ne fait aucun doute que l'acteur jouit des droits d'un artiste interprète. La jurisprudence française en donne du reste quantité d'exemples⁶.

⁵ Voir Sight and Sound, No. 10, 1994, p. 41.

⁶ Voir X. Daverat, *in* Juris Classeur 1994 Fasc. 1430, Droit de l'artiste-interprète, Droit moral et droits de la personnalité, Nos 3 ss.

12. Deux principes s'en dégagent avec netteté :

a) *"L'acteur a le droit de ne paraître que dans des films et sous des aspects ou personnalités qu'il estime conformes à ses convenances artistiques ou à l'intérêt de sa carrière, sans qu'il puisse lui être opposé un usage quelconque"*⁷.

13. b) Il s'ensuit que

*"les artistes interprètes sont fondés à exiger que leur interprétation ne reçoive pas d'autre utilisation que celle par eux autorisée"*⁸.

Appliqués à l'usage d'une image digitalisée, les principes qu'on vient de rappeler entraînent une double conséquence :

14. a) Pourvu qu'il respecte le rôle accepté par l'acteur, le producteur peut employer les images digitalisées d'un acteur, même lorsqu'elles subissent certaines modifications et donnent donc un résultat visuel différent de celui qui serait obtenu par la cinématographie ou photographie classique. Par exemple, l'acteur Gary Sinise dans *Forrest Gump* jouait le rôle d'un cul-de-jatte : l'ordinateur a été utilisé pour effacer ce que l'on aurait vu autrement de ses jambes par un truquage normal⁹. Cette "mutilation" de l'acteur est conforme au rôle qu'il a accepté, et l'artiste interprète ne peut s'y opposer.

De même, lorsque l'image digitalisée est employée pour achever le tournage d'un film quand l'acteur est empêché de s'y joindre, le droit moral de l'acteur est inopérant, car le contrat autorise précisément le producteur à réaliser le film.

⁷ Tr. Seine, 19 février 1955, JCP 1955 II 8678 obs. R. Plaisant.

⁸ C.A. Paris, 19 décembre 1989, RIDA 1990, No. 143, p. 215.

⁹ Cf. Leslie Felperin Sharman, *in Sight and Sound*, No. 10, 1994, p. 41.

15. b) En revanche, si l'image digitalisée est *détournée* de son but, l'acteur ou ses ayants droit pourront intervenir avec succès. Ainsi, une scène légèrement osée peut avoir fait partie du rôle accepté par l'acteur; l'insertion de scènes plus longues et plus violentes peut néanmoins transformer le caractère du rôle et celui du film, ainsi qu'il a été jugé dans un cas où d'autres acteurs avaient tourné une scène pornographique intercalée au montage, transmuant une "comédie légère" en un spectacle plus abject¹⁰. En Suisse, il n'existe pas de droit moral de l'interprète. En France, le fondement de ce droit est-il un *droit moral* de l'interprète ? A part le droit de paternité et le droit au respect de son interprétation que consacre l'article L 212-2, l'existence d'un droit moral dans le cadre des droits voisins est controversée¹¹. En droit belge également, la doctrine récente parle de droit moral de l'artiste interprète ou exécutant pour le droit à la mention de son nom et le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de sa prestation ou à toute autre atteinte à celle-ci, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation (art. 34 loi du 30 juin 1994). Ce droit est limité dans le cas d'une oeuvre audiovisuelle, car l'acteur qui refuse d'achever sa participation dans la réalisation ou se trouve dans l'impossibilité de le faire ne pourra s'opposer à l'utilisation de sa participation en vue de l'achèvement de l'oeuvre (art. 36)¹².

¹⁰ Trib. Gde Inst. Paris, 20 avril 1977, RIDA 1978, No. 96, p. 117.

¹¹ Cf. en défaveur d'un droit moral plein et entier la jurisprudence citée par Daverat No 86, laquelle parle d'un droit "quasi-moral" (CA Paris, 16 juin 1993, D. 1994, p. 218, note B. Edelman). Voir en sa faveur : Lucas/Lucas No 828, p. 669. A vrai dire, l'art. L 212-2 al. 1er paraît bien consacrer un droit moral analogue à celui des auteurs. Le texte de cette disposition est identique au fameux texte de l'article L 121-1, sauf en ce qu'il ne prévoit pas la *perpétuité* des prérogatives de l'interprète ni que l'exercice peut en être conféré à un tiers quelconque, mais seulement à un héritier. Les ambivalences du terme "droit moral" appliqué aux droits voisins viennent de l'histoire. Dans la conception traditionnelle des droits voisins considérés comme des droits connexes au droit d'auteur mais de nature différente, il n'y avait pas de place pour l'idée d'un droit moral. Ainsi, l'on opposait jadis la conception française des droits de l'acteur (lui reconnaissant "un certain droit moral") et la conception italienne et autrichienne (lui reconnaissant un droit voisin ou "connexe"). Cf. G. Lyon-Caen et P. Lavigne, Traité de droit du cinéma, Paris 1957, p. 375 no 375. Au moment où, en cette fin de siècle, la conception germanique des droits voisins semble enfin triompher, on peut se demander s'il est opportun de la compléter par la notion de "droit moral" à la française. Mais pourquoi s'opposer au syncrétisme des traditions juridiques occidentales ?

16. Il va de soi que les techniques de digitalisation, le recentrage et recadrage de l'image, les zooms x-y et autres procédés courants dans l'adaptation des films à la télévision ne tombent pas sous les droits de l'acteur¹³, sauf au cas où ils dénaturent son rôle. Par exemple, il paraît courant que les scènes osées soient coupées ou réduites pour la projection à la télévision. Un acteur ne pourrait pas venir s'en plaindre. Il ne peut rien en général contre le montage du film.

2) *Les droits de la personnalité*

17. A notre avis, c'est en se fondant soit sur son contrat avec le producteur, soit sur le droit général de la personnalité, que l'acteur pourra intervenir contre une utilisation d'images de son corps qui échapperaient au rôle prévu, lorsque le droit national n'accorde pas à l'artiste interprète les droits moraux de l'auteur.
18. Il s'agit d'un droit du Code civil. En France du moins, les actions *pénales* n'entrent guère en ligne de compte pour les acteurs, puisqu'elles ne sont pas données lorsque les images n'ont pas été prises dans un lieu privé¹⁴; tout au plus pourrait-on envisager l'action fondée sur l'article 226-3 (ancien Code pénal français : art. 370) réprimant un montage qui n'est pas évident¹⁵.

D'ailleurs, le droit pour un acteur de supprimer une scène mettant en oeuvre son image digitalisée en dehors de son rôle découle d'une violation de sa *personnalité*, dans son apparence physique.

¹² Voir F. Gotzen, Le droit moral de la nouvelle loi belge relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *in* Mélanges F.-K. Beier, GRUR Int. 1996, pp. 515 ss, spéc. p. 519.

¹³ Cf. pour les Etats-Unis The Trademark Act of 1946 and Technologies for Alteration of Motion Pictures, Report to the Subcommittee on Courts, Intellectual Property and the Administration of Justice, of March 15, 1989, *in* RIDA 1990, No. 143, p. 130 ss, pp. 163-167.

¹⁴ Voir Art. 226.2 Code pénal français; cf. G. Levasseur, Protection de la Personne, de l'Image et de la Vie privée, Gaz. Pal. 1994, 2-6 sept. 1994, pp. 21-22.

¹⁵ Voir Cour d'Appel de Versailles, 31 janvier 1991, Gaz. Pal. 1992, 534 ss.

C'est également la personne physique de l'acteur dont on s'empare lorsqu'on monte ensemble deux photographies prises durant le tournage de deux films différents¹⁶. Il va de soi que la digitalisation ouvre à cet égard des perspectives extraordinaires quant à la composition et à la destination des montages. Extrêmement pratique pour les photographes et leurs modèles ou les cinéastes et leurs acteurs, la digitalisation n'est pas en soi contraire aux droits de la personnalité, lorsqu'existe un rapport contractuel définissant l'emploi des images ainsi retravaillées. Les contrats passés avec les modèles contiennent souvent une clause de renonciation à invoquer les droits du modèle à cet égard. Leur validité pourrait être discutée. Les contrats passés avec les acteurs varient selon la notoriété de l'acteur : est-il, est-elle une star ? Pour les stars, toutes sortes de droits de veto seront prévues dans le contrat, qui peuvent jouer un rôle dans la digitalisation.

19. Qui dit *autorisation contractuelle valable* évoque bien entendu le principe de la fidélité à la parole donnée et son contraire, le *droit de repentir*. Un seul arrêt, isolé et critiqué¹⁷, admet qu'une actrice qui avait accepté de tourner dans un film osé peut obtenir par la suite dans les circonstances d'espèce une coupure du film pour éliminer une scène à caractère sexuel¹⁸. La manipulation des images digitalisées ne devrait pas conduire à généraliser cette solution, tout à fait contraire au principe de la fidélité contractuelle.

On reviendra plus loin sur l'évolution du *droit à l'image* en droit continental.

¹⁶ Cour d'Appel de Paris, 13 février 1971, RIDA 1971, No. 72, p. 153.

¹⁷ Voir Daverat précité, No. 116 *in fine*.

¹⁸ Trib. Gde Inst. Paris, 14 mars 1974; RIDA 1974, No. 81, p. 147. En l'espèce, le film une fois terminé, devait aux termes du contrat être présenté à l'actrice pour lui permettre de demander la suppression des scènes à caractère sexuel qu'elle n'approuverait pas. La violation du contrat pouvait donc être reprochée au producteur plutôt qu'à l'actrice.

C. Droit américain

20. Le droit des Etats-Unis ne connaît pas les droits voisins du droit d'auteur. Dès lors, on se tournera vers la *common law* ou les législations qui la complètent ou qui introduisent le "*right of privacy*" et le "*right of publicity*".

1) *Le droit de publicité*

21. Depuis une quarantaine d'années, les tribunaux américains et bon nombre de législatures ont reconnu un droit exclusif sur l'exploitation commerciale des portraits, photographies, enregistrements d'images et des autres caractéristiques sensibles de la personnalité.

a) Principe

22. Quelques auteurs ont récemment mis en discussion les motifs de cette protection¹⁹. Leurs arguments sont intéressants entre autre parce qu'ils reprennent les grandes controverses qui ont toujours entouré la reconnaissance de nouveaux droits de propriété intellectuelle.

D'une part, d'un point de vue économique, le droit à l'image suscite-t-il la création de nouvelles valeurs sans étouffer indûment la liberté d'expression des autres participants à la vie culturelle, qui inclurait de nos jours les créateurs de publicité ?

D'autre part, d'un point de vue moral, est-il justifié d'assurer aux acteurs et sportifs d'élite une exclusivité absolue sur leur image, accroissant encore les revenus des superriches ?

¹⁹ Voir spécialement M. Madow, *Private Ownership of Public Image : Popular Culture and Publicity Rights*, 81 Cal. L.R. (1993) 127 et seq.; St. Barnett, *At a Crossroads : The Rights of Publicity in the United States*, RIDA 1994, No. 160, pp. 4 ss; J. Sanders, *By Force of Persona : How the Right of Publicity Undermines the First Amendment*, in *Entertainment, Publishing and the Arts Handbook*, éd. par Thome/Viera, 1995-1996 Ed., New York 1995, pp. 87 ss.

23. Il va de soi que cette double problématique est également au coeur du débat sur la brevetabilité des inventions de technologie génétique, des variétés végétales ou animales, des programmes d'ordinateur et de bon nombre de controverses sur le droit d'auteur et les nouvelles techniques. Influencés par une notion du *domaine public* vu comme le fondement essentiel de la société américaine et la garantie de l'évolution des techniques et des arts, les juges de la Cour Suprême ont avec une belle constance dans l'erreur refusé la protection des auteurs par exemple vis-à-vis de la copie privée temporaire à domicile²⁰ ou de la photocopie de documents²¹. Le droit américain ne connaît toujours pas la protection des interprètes contre la radiodiffusion *analogique* de leurs prestations, malgré la modification de la loi sur le droit d'auteur en novembre 1995. Bref, c'est le même type de réflexions qui bloquent le développement de la propriété littéraire et artistique et ont fait des Etats-Unis pendant un certain temps un "outcast" comparés à l'Europe, et qui se retournent maintenant contre le droit de la publicité.
24. Ce qui est pertinent dans le domaine des images digitalisées, c'est le débat de principe quant à la *propriété* sur son image. Pour notre part, nous sommes favorable à cette propriété pour deux motifs.
25. a) Elle repose sur le *droit naturel*. Chacun est "propriétaire" de son corps et de son travail (John Locke). Sans l'exclusivité de cette maîtrise, il n'est pas de liberté ni de progrès. Les raisonnements économiques sont ici indifférents. D'ailleurs, ce qui favoriserait les possédants, ce serait qu'un acteur sortant de nulle part ne puisse pas capitaliser sur ses succès, ce serait que n'importe quelle agence de publicité puisse s'emparer de n'importe quel modèle, de n'importe quel acteur pour n'importe quelle publicité.

²⁰ Corp. of America Universal City Studios Inc. v. Sony, 464 US 417 (1984).

²¹ Williams & Wilkins Co. v. United States, 420 US 376 (1975). Dans American Geophysical Union v. Texaco Inc., 802 F. Supp. 1 (1992, SDNY), confirmé en appel (1995, 2d Cir.), cette jurisprudence a été considérée comme dépassée en raison de l'existence de centres de perception collective des redevances, et la Cour suprême a refusé de connaître du recours.

En fait, le droit à l'image est, à l'époque de la digitalisation, le rempart des talents qui commencent dans la carrière. Leur personnalité, leur talent, leur corps, leurs taches de rousseur et leur sourire sont en effet leur capital essentiel.

26. **b)** La propriété de son image par l'acteur ou le modèle offre un point d'ancrage naturel pour résoudre les questions éthiques qui se posent dans la publicité comme dans la production des films et des séries télévisuelles. Si l'on veut éviter l'intervention d'une police de l'écran et la censure préalable des publicités, il faut mettre entre les mains *du milieu des créateurs* la décision sur le contenu des images et des films. Ce seront au premier chef les producteurs et les directeurs qui trancheront, mais ces créateurs secondaires que sont les acteurs, les exécutants, ont voix au chapitre grâce au droit à l'image et aux contrats qu'il impose.

Si l'on n'ancrait pas le droit à l'image auprès de l'acteur, ce serait alors les "brigands de la publicité"²² qui décideraient. Est-ce préférable ?

b) Exploitation commerciale

27. Le droit à la publicité porte précisément sur la *publicité*, l'exploitation commerciale de l'image²³. La doctrine précise d'ailleurs qu'au cas où un contrat régit les relations entre parties, ce contrat sera déterminant²⁴. Ceci limiterait à un double titre l'intérêt du droit à la publicité pour les acteurs s'il était compris trop étroitement²⁵.

²² L'expression de 1895 est citée par Madow, p. 152 : "*Advertising Brigands*".

²³ St. Barnett, p. 4 et n. 5, citant Madow, pp. 130-132.

²⁴ Voir Ploman & Hamilton, *Copyright*, London 1980, p. 107 (à propos du droit américain). Jusque dans les années soixante, les producteurs américains gardaient toujours les droits photographiques sur les acteurs. Cf. le film de R. Altman, *Buffalo Bill and Sitting Bull* (1977).

²⁵ Tel n'est pas le cas dans tous les États américains. Voir Ch. Pesce, *The Likeness Monster : Should the Right of Publicity Protect Against Imitations*, 65 *N.Y.U.L.R.* (1994), p. 782, citant le droit new-yorkais.

28. (1) Par rapport au producteur, l'acteur sera en général engagé par contrat. C'est dans le contrat que l'on trouvera quels sont les droits de l'acteur sur sa propre image. Or, il n'y a pas de précédents judiciaires, car les contrats standard contiennent des clauses d'arbitrage. On touche ici la faiblesse essentielle du "*judge-made-law*", du moins aussi longtemps que les sentences ne sont pas publiées²⁶.
29. On relève néanmoins que lorsque les limites fixées par contrat sont excédées, le droit à la publicité s'applique à nouveau, comme c'est le cas pour un contrat de licence lorsque les limites qu'il établit sont dépassées et que les actions en contrefaçons sont données.
30. (2) Par rapport à un *tiers* qui recourt à une banque de données photographiques ou vidéo au moyen d'*Internet* ou autrement, il n'y a pas de contrat. Le droit à l'image va-t-il interdire l'emploi de l'image des acteurs dans un autre cadre que la publicité commerciale ?
31. A cet égard, on note qu'un arrêt récent élargit la notion du droit à la publicité. Il ne s'agit plus seulement de lutter contre l'"exploitation commerciale" de l'image mal acquise, mais contre "*toute exploitation qui rapporte un profit commercial*" à un défendeur²⁷. Il ne fait guère de doute que les producteurs de films cherchent à obtenir un profit commercial au sens de cette disposition.

Du reste, l'opposition que fait la doctrine entre "exploitation commerciale" et "usage dans l'industrie du divertissement"²⁸ a seulement pour but de permettre l'application de la notion de *parodie* au domaine du droit à

²⁶ Voir F. Dessemontet, Arbitrage, propriété intellectuelle et droit de la concurrence - Perspective suisse in Marc Blessing (éd.), Objective Arbitrability, Antitrust Disputes, Intellectual Property Disputes, in ASA Spec. Series No. 6, Zurich 1994, pp. 55 ss, pp. 87-88; F. Dessemontet, Arbitrage et confidentialité in Mélanges offerts par la Faculté de droit à la Société Suisse des Juristes, Lausanne 1996, pp. 61-97.

²⁷ *Cardtoons, L.C. v. Major League Base-ball Players Association*, 868 F. Supp. 1266, at 1269 (N.D. Oklahoma, 1994) : "*The purpose of the Oklahoma Statute is to protect individuals, celebrities or otherwise, from having distinguishing characteristics of their person exploited, to the commercial benefit of another*".

²⁸ Cf. St. Barnett, p. 6.

l'image, comme on l'applique déjà en droit d'auteur²⁹. De fait, la digitalisation ouvre peut-être des possibilités de parodie insoupçonnées. Si la parodie n'est pas seulement drôle, si elle devient cruelle à l'excès, ce n'est plus le droit de publicité, mais un autre droit qui sera visé.

2) *Le droit à un éclairage correct*

32. Le *right of privacy* comprend traditionnellement quatre branches, dont l'une est précisément le droit de publicité; une autre prohibe l'intrusion dans la solitude d'un individu ou sa vie privée, une troisième la révélation publique de données personnelles embarrassantes. Enfin, il est illicite de *déformer* le caractère d'un individu, de le faire paraître sous un faux éclairage³⁰.
33. Dans le cas d'un acteur, la digitalisation de son apparence permet ensuite des combinaisons de toute sorte avec d'autres images digitalisées d'arrière-plan ou d'autres personnes. Un exemple belge vient à l'esprit : pour les besoins de la publicité d'une compagnie aérienne, un couple se promène main dans la main, un avion de ligne décollant derrière eux; plus tard, le cliché est réutilisé pour illustrer un reportage sur les nombreuses tentations des hommes d'affaires que leur travail emmène loin de leur famille. On le voit, le contexte fait apparaître les modèles dans une lumière défavorable qui n'était pas implicite dans le premier usage de la photo.
34. La digitalisation rend de pareils abus infiniment plus aisés. Or, le droit à l'image a pour but de prévenir cette déformation des images et des suites de clichés³¹. Il rejoint ici le droit moral de l'acteur comme l'envisagent les Européens. Mais il faut aller plus loin. La propriété est une *maîtrise de droit* que l'ordre juridique concède pour faire pièce à l'absence d'une

²⁹ Cf. Cardtoons, 868 F. Supp. 1271; cf. en France l'arrêt Giscard d'Estaing, JCP 1977 II 18526.

³⁰ Voir W. Prosser, Privacy, 48 Cal. L.R. (1960), p. 383, à p. 389.

³¹ Cf. Follet v. New American Library, Inc., 497 F. Supp. 313 (S. D. New York, 1980). Le but du Lanham Act en tant qu'il s'applique au droit à l'image est "*also to protect the public and the artist from misrepresentations of the artist's contribution to a finished work*".

maîtrise totale des faits. Or, la digitalisation met en échec la maîtrise de faits, surtout vis-à-vis des tiers. Les contrats ne suffisent pas. Il faut donc introduire un droit patrimonial sur l'image. C'est ainsi la nature du droit des acteurs sur leur image qu'on va discuter.

II. NATURE DES DROITS DES ACTEURS

A. Conception personnaliste

35. En Europe, jusqu'il y a peu, le droit à l'image se définissait comme un droit personnel, inaliénable, incessible et sans transmission héréditaire³².
36. De même, aux Etats-Unis, le "*right of privacy*" n'est pas transmissible aux héritiers, ce qui explique la nécessité pratique de recourir à un droit distinct, le "*right of publicity*", lequel est cessible et donc susceptible d'exploitation commerciale, et ceci même après le décès de l'acteur³³.

B. Conception patrimoniale

37. Depuis une dizaine d'années, la pratique européenne tend à consacrer un droit patrimonial sur sa propre image. Le professeur Emmanuel Gaillard l'a exprimé dans un article précurseur sur *La double nature du droit à l'image*³⁴. Plusieurs arrêts ont consacré la thèse d'un droit cessible et héréditaire, susceptible par conséquent de donner une légitimation active

³² Voir par ex. J.-P. Ancel, Protection de la Personne : Image et vie privée, in Gaz. Palais, 2/6 sept. 1994, pp. 13 ss; voir Cour d'Appel de Paris, 7 juin 1983, arrêt Claude François, Gaz. Pal. 1984.I.528. Pour le droit allemand, voir J. Kreile/D. Westphal, *Multimedia und das Filmbearbeitungsrecht*, GRUR Int., 1996, spéc. à pp. 257-258.

³³ Cf. p. ex. *Factors Etc. Inc. v. Pro Arts Inc.*, 579 F. 2d 215, à p. 221 (2nd Cir. 1978), cert. den. 440 US 908 (1979) : le droit de publicité est un "*valid transferable property right [...] that [...] survives [the celebrity-assignor's] death*". 12 États au moins ont reconnu que le droit à la publicité est transféré aux héritiers, cf. Madow à p. 177, n. 254 *in fine*.

³⁴ D. 1985 Chron. 161. Nous avons défendu les mêmes idées en droit suisse, cf. Le droit à sa propre image. Droit de la personnalité ou droit à la publicité, Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grosse, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, p. 41 ss.

à d'autres personnes que celui dont l'image est reprise. Ainsi, la Cour Suprême des Pays-Bas a reconnu aux *héritiers* la possibilité d'invoquer le droit à l'image d'un défunt dans la cause BMC c. Boogard concernant un portrait d'Elvis Presley³⁵. Cet arrêt exprime la même idée qu'un arrêt du Tribunal de Grande Instance d'Aix-en-Provence :

*"Le droit patrimonial qui permet de monnayer l'exploitation commerciale de l'image n'est pas purement personnel"; "il se transmet aux héritiers"*³⁶.

38. La conception patrimoniale du droit à l'image permettrait l'insertion de ce droit dans le domaine dont il relève en propre, à savoir la propriété intellectuelle³⁷.
39. En bref, quels sont les avantages d'un droit patrimonial pour l'image des acteurs, spécialement en un temps de digitalisation :
- a) Le droit patrimonial est un droit absolu, *opposable aux tiers* : lorsque l'image d'un modèle ou d'un acteur est exploitée sans son consentement, il ou elle ne possède pas seulement un intérêt à s'en prendre au photographe, mais aussi, et surtout, au *tiers* qui exploite son image³⁸. Or, en France, l'avis a été exprimé que le simple droit de la personnalité ne serait pas opposable à tout tiers, ce qui est étonnant à vrai dire³⁹.

³⁵ Arrêt du 24 février 1989, 162 *Revue Internationale de la Concurrence* (1991), p. 14.

³⁶ JCP 1989 No. 21329; voir aussi le jugement de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence du 21 mars 1991, *Bull. inf. Cour Cass.* 15 sept. 1991, No. 1478. *Contra* : Trib. Gde Inst. Paris, 19 mai 1993, *Juris-Data* No. 049782.

³⁷ Voir *Cardtoons v. Major League Base-ball Players Association*, 868 F.Supp. 1269 (N. D. Okl. 1994 : "... *the right of publicity is similar to copyright and trademark law in that these areas are within the realm of intellectual property*".

³⁸ Cf. Trib. Sup. de Zurich, *Revue Suisse de Jurisprudence* 1972, pp. 310-311, No. 139 et 1975, p. 27 No. 15.

³⁹ Cf. Daverat précité, No. 92.

Dans un autre sens, il est de fait qu'en Europe la protection des droits de la personnalité n'est jamais *absolue*. Si, en tout cas dans l'espace juridique romano-germanique, tous les tiers sont bien tenus de respecter le droit de la personnalité, le lésé devra encore prouver, outre l'atteinte à son droit, le préjudice qui en résulte pour lui et la faute du défendeur⁴⁰.

40. **b)** On voit ici une seconde différence fondamentale entre la propriété intellectuelle et les droits de la personnalité. Dans de nombreux pays, la faute du défendeur n'est pas requise pour faire cesser la violation d'un droit de propriété intellectuelle; en revanche, cette faute est exigée d'habitude pour l'octroi de dommages-intérêts. A l'opposé, le droit de la personnalité ne sera généralement protégé qu'à la suite d'une *pesée des intérêts* en présence qui inclut souvent l'exigence d'une faute de la part du défendeur⁴¹. Or, face à la circulation digitale des images, en l'absence d'une codification technique permettant d'assortir leur diffusion d'un avertissement exprès, la faute des tiers ne pourra pas se présumer aisément. C'est ici qu'éclate la supériorité de la conception qui admet "un droit de propriété absolu sur son image et sur l'usage qui en est fait"⁴². Une présomption de propriété s'attache à tout portrait d'acteur, et les tiers seront *présumés de mauvaise foi* s'ils l'utilisent sans autorisation.
41. **c)** De surcroît, depuis l'arrêt Rachel de 1858⁴³, l'on sait que les acteurs sur leur lit de mort jouissent encore du respect de leur vie privée et que leurs héritiers peuvent intenter action⁴⁴. La transmission du droit aux

⁴⁰ Cf. Daverat précité, No. 93; Cour d'Appel de Paris, 8 nov. 1993, Juris-Data No 023270

⁴¹ P. Frémond, Droit de la photographie, Droit sur l'image, 3e éd., Paris 1985 p. 380; P. Kayser, La protection de la vie privée, 2e éd., Paris, 1990, p. 111.

⁴² Voir Trib. com. Paris, 23 février 1963, JCP 1963, G, II, 13363.

⁴³ Trib. Seine, D. 1858.3.62.

⁴⁴ Voir aussi l'arrêt Jean Gabin, Trib. Gde Inst. Paris, 11 janvier 1977, D. 1977.3.83.

héritiers est la marque d'un droit patrimonial, plus proche de la propriété intellectuelle que du droit général de la personnalité, lequel s'éteint au décès dans de nombreux pays comme la France⁴⁵ et la Suisse⁴⁶.

42. Or, il ne fait pas de doute qu'en raison des *archives digitales perpétuelles*, les héritiers des acteurs doivent pouvoir défendre les droits des défunts. Leur intérêt rejoint l'intérêt culturel de la collectivité au maintien d'archives possédant les images authentiques, non manipulées, des acteurs et des actrices. L'analogie avec le droit d'auteur s'impose également ici. A un certain moment, les images tombent dans le domaine public, afin de ne pas limiter à l'excès la gamme des clichés et des vidéos à disposition du public. Le moment sera indiqué par le test des *deux générations* : 70 ans après la mort de l'acteur, eût-il même des survivants, les liens de famille se sont distendus au point qu'un monopole sur les clichés ou les vidéos digitalisées perd de sa justification éthique⁴⁷.
43. L'acceptation d'un droit patrimonial permet enfin de résoudre une difficulté pratique assez fréquente : si le défunt s'était opposé à l'exploitation commerciale de son image, les héritiers n'héritent que d'un droit limité à la possibilité de faire prohiber l'usage commercial de cette image - y compris dans un film; la situation est comparable à celle d'un *droit d'option* déjà exercé dans un certain sens par le défunt.

En revanche, si le défaut ne s'est pas exprimé à ce propos, les héritiers pourront décider d'autoriser une exploitation filmique ou commerciale du portrait ou du rôle du défunt, en toute liberté.

⁴⁵ Cour d'Appel de Paris, 23 nov. 1993, Juris-Data No. 023381.

⁴⁶ Arrêts du Tribunal Fédéral 101 II 191. On admet, pour les transplantations d'organes, que le défunt puisse tester valablement; cf. ATF 111 Ia 231.

⁴⁷ Aux Etats-Unis, certains Etats ont fixé à 20 ans, d'autres à 40 ou 50 ans la durée du droit à la publicité *post mortem*. Voir Th. McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy*, New York (dès 1987), pp. 9-32 ss.

Enfin, si un tiers a déjà acquis des droits, comme l'employeur de l'acteur Lugosi dans la cause *Dracula*⁴⁸, cette acquisition demeure *valable* même après le décès de l'acteur, sauf si l'interprétation du contrat permet de conclure que la *condition implicite du cas de vie* assortissait, dans l'esprit des parties, l'octroi de l'autorisation d'utiliser l'image.

44. **d)** La dernière différence entre un droit de propriété intellectuelle et un droit de la personnalité concerne justement le droit des *contrats* : le régime juridique des autorisations octroyées en vertu de l'existence d'un droit de la personnalité est celui d'une promesse d'abstention : le titulaire s'abstiendra d'intenter les actions que donne le Code civil.
45. Bien que cette portée purement négative de l'engagement de l'acteur ressemble à la *licence*, conçue pour certains avant tout comme une obligation d'*abstention*, la pratique montre qu'en réalité, la plupart des contrats de licence en propriété intellectuelle comme la plupart des contrats passés avec les acteurs comportent aussi des obligations positives. Plus l'opération est complexe, plus nombreuses sont les obligations des deux partenaires.
46. Le moule du contrat de licence sous l'empire du droit de propriété intellectuelle s'offre donc tout naturellement au contrat passé avec l'acteur pour l'usage de son image. On reconnaîtra ainsi la licence exclusive et non exclusive, la licence à un seul licencié ("sole licensee"), la licence définie géographiquement ou par produits, la clause du licencié le plus favorisé, le contrôle de qualité des produits, les prohibitions de concurrence, la résiliation pour justes motifs, les clauses de résolution des différends, etc. Tout un arsenal de précédents permettra donc de comprendre le rapport contractuel entre le preneur de licence et l'acteur qui l'autorise à exploiter son image. Le droit international privé des licences permettra de résoudre d'éventuels conflits de loi⁴⁹.

⁴⁸ Lugosi v. Universal Pictures, 603 P. 2d 425 (Supreme Court of California, 1979). Le Code civil de Californie a été modifié par la suite pour renverser cette jurisprudence.

⁴⁹ Cf. F. Dessemontet, Les contrats de licence en droit international privé, in *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne 1985, pp. 435 ss; le même, L'harmonisation du droit

47. e) L'analogie avec les droits de propriété intellectuelle ne s'arrête pas lorsqu'on en vient à envisager la *cession* du droit à l'image. En somme, une cession n'est pas inconcevable en soi : ce serait l'achat, une fois pour toutes, de l'image, ou plus exactement du droit patrimonial d'exporter l'image de l'acteur. Néanmoins, on se demandera si cette cession peut impliquer la renonciation par l'acteur de contracter plus tard sur son image avec un autre. La réponse est évidemment négative. Tout ce que l'acteur peut licitement faire, ce sera de vendre son image dans un certain *rôle*. Par une renonciation à exploiter lui-même les prises de vues le représentant dans ce rôle, l'acteur facilitera la répartition des droits entre les autres ayants droit - producteur, réalisateur, scénariste. Ce mécanisme de la cession résout ainsi l'une des interrogations essentielles de ceux qui s'opposent à la reconnaissance du droit à l'image en relevant que l'acteur est "fabriqué" par plusieurs autres individus⁵⁰.
48. Néanmoins, comme pour les droits moraux de l'auteur, la cession du droit à l'image ne peut jamais être totale. Il en reste un *socle* incessible, car la dignité de l'individu, son honneur, sa réputation, son identité même ne sont pas susceptibles d'appropriation légitime par le cessionnaire. Ainsi, même l'actrice qui accepte de poser nue pourra intenter action si l'insertion de son image dans un magazine pornographique en change la signification⁵¹. En d'autres termes, même s'il y avait eu cession du droit à l'image de cette artiste, elle posséderait encore des droits hautement personnels. La situation est tout à fait la même lorsqu'un architecte cède l'entier de ses droits d'auteur⁵² ou lorsqu'un nègre renonce à faire valoir son droit de paternité et son droit à l'intégrité.

applicable aux contrats de licence, in *Mélanges A. E. von Overbeck*, Fribourg 1990, pp. 725 ss.

⁵⁰ St. Barnett p. 15; cf. aussi Madow pp. 187 ss, spéc. pp. 192-196 (les média fabriquent les stars).

⁵¹ Cf. Trib. Gde Inst. Paris, 24 mars 1989 : Juris-Data No 040824; Cour d'Appel de Paris, 25 février 1992 : Juris-Data No 020430. Pour une cause similaire impliquant C. Deneuve, voir déjà Trib. Gde Inst. Paris, 16 juillet 1974, RIDA no 82 (1974) pp. 176 ss. Pour d'autres cas de glissement de sens par changement de contexte, voir ci-dessus, Nos 15 et 33.

⁵² Cf. F. Dessemontet, Le droit d'auteur des architectes, in *Mélanges Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag*, Weinheim 1996, GRUR Int. 1996, pp. 507-515, spéc. p. 514.

CONCLUSION

49. En somme, dans son expansion continue, le droit de la propriété intellectuelle a maintenant rattrapé le droit à l'image. Le droit à l'image est ou devrait être un droit *voisin* du droit d'auteur, un droit *patrimonial*, un droit *valable* envers tout tiers susceptible de licence et de cession. Le droit des acteurs sur leur image digitalisée devrait les protéger contre leur humiliation, contre l'appropriation de leur seul capital : leur personne.
50. Les arguments avancés contre le droit de la publicité aux Etats-Unis rappellent, on l'a vu⁵³, les grandes controverses qui entourent toute avancée des droits de propriété intellectuelle : liberté de copier ou protection des actifs immatériels ? En réalité, le droit de la propriété intellectuelle a déjà esquissé les compromis indispensables entre ces deux commandements antinomiques.
51. En droit des brevets, par exemple, la *qualité* inventive de la technologie est requise; on ne sera libre de copier que le tout-venant, les brevets peuvent protéger le reste.
52. En droit d'auteur, les critères de qualité auraient un arrière-goût de censure; le compromis s'est fait ici sur la notion de piratage, de plagiat, de *reprise telle quelle*, interdite, tandis que la libre circulation des idées avec une modification substantielle de la forme n'est pas prohibée. C'est d'ailleurs tout ce que requiert la liberté constitutionnelle de la presse et de l'expression.
53. Dans les domaines mixtes, comme les droits sur les logiciels ou les signes distinctifs, les compromis incorporent souvent la notion de *méthode déloyale* ou de *risque de confusion*. Les lois contre la concurrence déloyale en Europe, aux Etats-Unis l'article 43 (a) du Lanham Act aboutissent à des résultats intéressants pour lutter contre la piraterie des images digitalisées.

⁵³ Cf. plus haut nos. 22-23

54. En revanche, quand le conflit n'oppose pas l'industrie à l'industrie, mais l'industrie à un *individu*, ces compromis ne sont plus acceptables et les réflexions économique-juridique perdent leur pertinence.

Les seules exigences de la *justice sociale* demandent alors la reconnaissance de la propriété des acteurs ou des modèles sur leur image. Ce ne sont pas les riches et les fameux que le droit à l'image protège, car eux ont la force de l'argent et de l'avenir : ce sont les acteurs qui ont assez de célébrité pour que l'exploitation sauvage de leur image ait un sens, mais qui ne jouissent pas une constellation de force spécialement en leur faveur. Le juriste, ici aussi, protégera le plus faible⁵⁴.

* * *

⁵⁴ Cf. Eike von Hippel, *Der Schutz des Schwächeren*, Tubingue 1982, 213 p.