

Vol. 27, n° 3

## Des contraintes de la photo de la rue et de l'usage arbitraire du droit à l'image

Vivianne de Kinder\*

INTRODUCTION . . . . .	1025
1. L'arrêt <i>Aubry</i> . . . . .	1026
1.1 L'œuvre à l'origine du litige . . . . .	1026
1.2 Déséquilibre entre la vie privée et la liberté d'expression . . . . .	1028
1.3 Anonymat et photo de la rue . . . . .	1030
1.4 Droit à l'information et exception artistique . . . . .	1031
1.5 Jurisprudence post <i>Aubry</i> . . . . .	1033
1.5.1 La promotion ou publicité d'un produit, d'un service, d'une cause ou d'une institution . . . . .	1033
1.5.2 La couverture d'actualités ayant pour objet des événements, réalités ou situations qui ne seraient pas d'intérêt public . . . . .	1034

---

© Vivianne de Kinder, 2015.

\* Avocate à Montréal.

1.5.3 Illustration de situations ou événements de l'actualité, imputables à d'autres que la personne apparaissant à l'image ou sans lien avec celle-ci . . . . .	1035
2. Du côté de la France . . . . .	1039
CONCLUSION . . . . .	1043

## INTRODUCTION

L'image fait partie des attributs de la personnalité, mentionnés à l'article 36 alinéas (3) et (5) du *Code civil*<sup>1</sup> :

36. Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants : [...]

(3) capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés ;

(5) utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public.

L'utilisation non autorisée de l'image d'autrui en liaison avec une cause, une institution, un produit ou un service constitue certes une atteinte au « droit à l'image ». Il en est de même dans tous les cas d'utilisation ayant pour effet d'attribuer faussement à autrui des faits, événements, actes ou propos qu'il n'a pas commis ou exprimés.

Le « droit à l'image » prévaudrait indubitablement à l'encontre des utilisations plus haut mentionnées, que l'image ait été captée dans la sphère privée du sujet ou dans l'espace public.

Ces utilisations auraient pour effet d'attribuer à la personne représentée une fonction ou un rôle que celle-ci n'a pas choisi ni accepté. Et, dans ce contexte, le « droit à l'image » constituerait un obstacle nécessaire à l'exercice des droits fondamentaux à la liberté d'expression et d'information.

Qu'en est-il de la publication à des fins purement artistiques de la photographie d'un visage captée sur la rue ? Il semble qu'une telle publication serait attentatoire à la vie privée de la personne, selon certains critères développés par la doctrine et la jurisprudence,

---

1. RLRQ c C-1991.

---

depuis la décision majoritaire de la Cour suprême dans l'affaire *Aubry c Éditions Vice-Versa inc*<sup>2</sup> (ci-après « *Aubry* »).

À mon avis, ces critères ne tiennent pas compte d'éléments qui permettraient de donner préséance, en certains cas, à la liberté d'expression, ou encore de donner ouverture à une exception artistique.

Le présent article a pour propos un questionnement au sujet de cette décision à l'égard du cas particulier de la publication de la « photographie de la rue » à des fins artistiques, sans lien avec un produit, une institution, une cause, un service ou une actualité, et exempt de légende.

## 1. L'arrêt *Aubry*

Depuis cet arrêt, la photographie de la rue serait, à la faveur du droit à l'image, un art interdit de publication.

### 1.1 *L'œuvre à l'origine du litige*

L'œuvre en cette affaire était une photographie en noir et blanc, représentant une jeune femme de 17 ans, en position assise sur les marches extérieures d'un immeuble.

Gilbert Duclos, photographe, l'avait au hasard *croquée sur le vif* au cours d'une promenade.

Il avait ainsi capté cette image à l'insu de Madame Aubry et sans connaître d'avance le résultat de cette captation.

Cette œuvre fait partie de son répertoire d'images de la rue créées à des fins purement artistiques.

Elle a été publiée dans la revue *Vice-Versa*, en juin 1988, en une édition consacrée au thème « Villes, vies urbaines et cosmopolitisme au Canada ». Ce numéro comprendra des critiques littéraires, de courtes nouvelles, des essais et des photographies d'édifices et de passants.

---

2. [1998] 1 RCS 591, 1998 CanLII 817 (CSC).

C'est à titre gratuit que Gilbert Duclos a consenti à la publication de son œuvre dans cette édition de juin 1988, dont les ventes ont totalisé 722 exemplaires.

Les origines de la cause sont brièvement établies par la Cour :

La maison d'édition Vice-Versa publiait, en 1988, une revue littéraire et artistique distribuée au Québec, ailleurs au Canada et dans d'autres pays. Sa diffusion n'atteignait à ce moment que sept ou huit cents exemplaires, bien qu'on en imprimât quelques milliers. Elle publiait des textes littéraires divers, des essais ou des nouvelles, ainsi que des photographies, en utilisant des techniques de mise en page élégantes et des graphismes sophistiqués.

[...]

Dans ce numéro de Vice-Versa, on retrouvait de nombreuses photos de paysages, d'édifices, de passants ou de groupes d'enfants. Les textes publiés comprenaient quelques essais sur des aspects de la vie dans des villes comme Montréal ou Vancouver, de même que des critiques littéraires ou de courtes nouvelles, comme celle dont le texte débutait sur la même page que la photo de l'intimée. Très simple, cette photo reproduisait l'image d'une femme blonde, jeune, jolie, vêtue d'un pantalon, d'un chandail noir, un peu pensive, la tête légèrement tournée vers la gauche. Sur la page suivante, après la fin de la même nouvelle, on voyait une photo d'un passant immobilisé près d'une affiche, devant un édifice commercial, perdu derrière ses lunettes noires. Cette photo n'avait pas non plus de lien avec le thème de «Inside and Outside the Glass House».<sup>3</sup>

Suite à cette publication, Madame Aubry a intenté une action en dommages-intérêts pour la somme de 10 000 \$ contre le photographe et la revue.

Je n'examinerai pas la question des dommages et choisis de me consacrer plutôt au fondement même de la décision *Aubry*. Cette décision laisserait présager la création d'un droit absolu sur l'image en l'absence de toute intrusion dans la sphère privée, de tout traite-

---

3. *Éditions vice-versa inc c Aubry*, 1996 CanLII 5770 (QC CA) le juge LeBel aux pp 3-4.

ment attentatoire à la dignité d'autrui et de toute appropriation à des fins commerciales.

## 1.2 Déséquilibre entre la vie privée et la liberté d'expression

Les tribunaux ont reconnu dans l'arrêt *Aubry* le caractère artistique de la photographie et de sa publication :

[...] enfin, la photo a indéniablement une valeur artistique, sans pour autant comporter un aspect dégradant, humiliant ou prêtant même au sarcasme.<sup>4</sup>

En fait, cette publication a eu pour seule fonction de représenter une scène anodine de la rue. Elle ne constitue aucune appropriation de l'image d'autrui à des fins commerciales. Par ailleurs, elle n'est associée à aucun texte ou discours ni à quelque cause ou institution. Elle ne révèle aucune donnée personnelle au sujet de la personne représentée ni quelque indication au sujet de ses croyances, de ses activités politiques, sociales ou économiques.

Toutefois, l'on a décidé en première instance<sup>5</sup> que la photographie portait atteinte à la « vie privée » de Madame Aubry car prise à l'insu de celle-ci.

La majorité des juges de la Cour d'appel du Québec<sup>6</sup> et de la Cour suprême du Canada<sup>7</sup> a maintenu les conclusions d'atteinte à la vie privée à l'égard toutefois de la publication seulement et non de la captation. Et, en l'espèce, l'on a décidé que le droit à l'information (et son corollaire, la liberté d'expression) ne sauraient au Québec justifier ni exempter une telle publication, à moins que l'image ainsi captée ne s'inscrive dans l'un quelconque des cas d'exception suivants<sup>8</sup> :

- la publication ou la diffusion de l'image est en lien direct avec une actualité ou un événement public ;
  
- la personne représentée n'est pas reconnaissable ;

4. *Ibid*, le juge Baudouin à la p 9.

5. *Aubry c Éditions Vice Versa inc*, [1991] RRA 421 (QC CQ ; 1981-03-19) le juge Bourret.

6. *Supra*, note 3 (QC CA).

7. *Supra*, note 2 (CSC).

8. *Ibid*, para 58-59.

- elle apparaît comme *un élément anonyme du décor* et non comme le sujet principal de la photographie.

La décision de la Cour suprême est fondée sur les articles 3, 5, 9.1, et 44 de la Charte des droits et libertés de la personne, (RLRQ c C-12) (ci-après « Charte »).

L'article 5 de la Charte reconnaît le droit de toute personne au respect de sa vie privée. L'article 3 fait état des droits à la liberté d'opinion et d'expression.

Les droits et libertés fondamentaux prévus à la Charte doivent, en vertu de l'article 9.1, s'exercer dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général.

Enfin, l'article 44 consacre le droit de toute personne à l'information, dans la mesure prévue à la loi.

Dans sa décision, la Cour suprême a conclu que seule la publication de la photographie était attentatoire à la vie privée de Madame Aubry, du fait que celle-ci était *identifiable* et que la photographie avait été prise à son insu et sans son consentement :

[...] En l'instance, le droit de l'intimée à la protection de son image est plus important que le droit des appelants à publier la photographie de l'intimée sans avoir obtenu sa permission au préalable.<sup>9</sup>

Certes, la création de cette œuvre s'inscrivait dans l'exercice par le photographe du droit fondamental à la liberté d'expression. Toutefois, pour la Cour, le droit à la vie privée du sujet devait en l'instance prévaloir à l'encontre de cette liberté. Une telle affirmation procède à mon avis d'une application plutôt déficiente de l'article 44 de la Charte en ce que la preuve ne contenait aucun élément qui eût pu justifier de privilégier la vie privée au détriment de la liberté d'expression.

Madame Aubry a eu droit à des dommages au montant de 2 000 \$ selon la décision du tribunal de première instance, au regard d'une preuve de préjudice peu étoffée, voire même inexistante, de l'opinion dissidente du juge Baudouin sur cette question :

L'intimée affirme que .... « *le monde ont ri de moi* »...(sic !). Je ne pense pas que cette seule affirmation, sans aucune corroboration,

---

9. *Ibid*, para 65.

ration, puisse dans le contexte des circonstances relatées ci-dessus, constituer à elle seule une preuve minimale satisfaisante d'un préjudice qu'elle aurait subi. Il ne s'agit pas, à mon avis, d'une simple question d'appréciation de la crédibilité du témoin, question sur laquelle le juge de première instance a évidemment un pouvoir souverain, mais d'un problème plus fondamental qui est une absence totale de preuve de l'existence même d'un préjudice quelconque<sup>10</sup>.

Le juge Lamer, dans sa dissidence, abonde dans le sens du juge Baudouin<sup>11</sup>.

### 1.3 Anonymat et photo de la rue

Le droit à l'image n'est pas *stricto sensu* un droit de propriété et sa protection ne se rattache qu'à l'une des formes possibles d'atteinte à la vie privée.

Le droit à la « vie privée » serait circonscrit aux composantes suivantes :

- le droit à la solitude ayant pour objet de protéger la tranquillité de la personne ;
- le droit à l'anonymat visant la protection du nom, de l'image, des renseignements personnels ou autres données relevant de la sphère privée de la personne (intimité conjugale, familiale, sentimentale, etc.) à l'encontre de toute divulgation ou de diffusion non autorisées qui ne sont pas d'intérêt public.

Selon l'arrêt *Aubry*, la publication non autorisée de la photographie d'autrui selon des conditions et un contexte similaires à ceux décrits en cette cause, constituerait en soi une atteinte au droit à la solitude et au droit à l'anonymat, sauf dans les cas d'exceptions déjà mentionnés et établis par la Cour suprême<sup>12</sup>.

Une telle atteinte pourrait certes exister pour peu que la publication ait pour effet de projeter le sujet sous les feux de la rampe, ou de lui attribuer une certaine notoriété ou, encore, de troubler sa tranquillité. Toutefois, en l'absence d'une preuve réelle de tels effets, comment justifier l'application d'une protection, en vertu du droit à l'image ?

10. *Supra*, note 3 (QC CA) à la p 9.

11. *Supra*, note 2 aux para 35-36 (CSC).

12. *Supra*, note 2.



La décision majoritaire dans *Aubry* soulève la question suivante : n'y aurait-il pas des instances ou circonstances où il serait justifié de protéger le droit fondamental à la liberté d'expression contre un usage abusif du droit à l'image ?

#### **1.4 Droit à l'information et exception artistique**

Même si l'œuvre, de l'avis des décideurs, était dépourvue de tout aspect répréhensible<sup>13</sup>, l'on a conclu en cette affaire que sa publication ne pouvait être justifiée en vertu du droit à l'information<sup>14</sup>. La valeur et la vocation artistiques de la photographie et de son utilisation n'ont pas suffi pour donner ouverture à la création d'une exception artistique à l'encontre du « droit à l'image ». L'on a considéré en l'instance que l'utilisation concernée constituait une atteinte injustifiée à la vie privée.

Sous réserve des cas d'exceptions décrits à la décision de la Cour suprême, la jurisprudence québécoise tendrait depuis vers la création d'un droit absolu à l'image, au détriment des droits à la liberté d'expression et au droit du public à l'information. Si la tendance se maintient, je crains que l'image ne devienne un bien, une chose frappée d'un droit absolu de propriété.

Je comprends que dans le monde virtuel d'aujourd'hui, avec l'impact de cette réalité sur la protection des données personnelles et de la vie privée, l'on devienne craintif au point de vouloir presque sacraliser l'image.

Une telle impression de sacralisation se dégage à mon avis de l'arrêt *Aubry*.

Toutefois, en cette affaire, l'image et sa publication n'ont eu aucun effet sur l'anonymat et la tranquillité de la personne. Dans ce contexte, l'on pourrait dire que les conclusions en violation du droit « à la vie privée » seraient le fruit d'une application aveugle du « droit à l'image ».

La preuve retenue par la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada n'a révélé l'existence d'aucune nuisance ni d'aucun trouble à la tranquillité de la demanderesse. Par ailleurs, elle n'a pas démontré une quelconque diminution ou réduction de l'anonymat de

---

13. *Supra*, note 2 (CSC), para 54.

14. *Ibid*, para 62 et 65.

Madame Aubry. Certes, celle-ci était reconnaissable, mais la publication de son image a-t-elle modifié l'étendue de son anonymat, en-dehors de son cercle de connaissances et de relations ? Là est toute la question.

Sa photo représentait une figure anonyme, dans une scène anodine de la rue. Et sa publication n'a fait jouer à Madame Aubry aucun autre rôle que celui d'un visage anonyme dans une scène anodine de l'espace public.

Oui, Madame Aubry était reconnaissable. Toutefois, rien dans la preuve ne laisse présager l'existence d'un changement dans l'état de son anonymat.

À ce sujet, je cite l'extrait suivant de l'opinion du juge Baudouin<sup>15</sup> :

Ce qui est en cause dans le présent dossier, encore une fois, n'est pas une mercantilisation de l'image de l'intimée, mais seulement sa captation.

[...] l'intimée, qui n'est pas un personnage public, n'aurait été reconnue que d'un tout petit groupe de ses amis ; [...].

Le juge Lamer, dans sa dissidence, conclut en les termes suivants<sup>16</sup> :

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

Ces extraits se rattachent à l'analyse de la question des dommages-intérêts que réclamait Madame Aubry.

---

15. *Supra*, note 3 (QC CA) à la p 9.

16. *Supra*, note 2 (CSC) au para 33.

J'ai annoncé plus tôt que je ne traiterai pas de cette question mais je tiens à souligner les dissidences respectives du juge Baudouin de la Cour d'appel et du juge Lamer de la Cour suprême : pour eux, la publication en l'instance ne donnait pas ouverture à quelque dommage et la preuve était insuffisante pour conclure à une utilisation fautive de l'image de Madame Aubry<sup>17</sup>.

En effet, le cas *Aubry* ne ressemble en rien à ceux décrits avant et depuis dans la jurisprudence québécoise en matière de photographie de l'image d'autrui. Les décisions rendues à ce sujet font état d'une appropriation de l'image à l'une ou l'autre des fins suivantes :

### 1.5 *Jurisprudence post Aubry*

#### 1.5.1 *La promotion ou publicité d'un produit, d'un service, d'une cause ou d'une institution*

De quelques cas jurisprudentiels :

- *Malo c Laoun* [2000] RJQ 458 (QC CA) ; confirmé en appel [2003] R.J.Q. 381 – Utilisation non autorisée de l'image d'autrui au soutien d'une publicité imprimée de montures de lunettes.
- *Brisson c Virtually Magazine* [2002] RRA 866 (QC CS) – Publication non autorisée d'une photographie du demandeur, adepte de naturisme, pour la promotion de cette activité dans le magazine de la défenderesse.
- *Bonneville c Brasseurs du Nord Inc.*, [2000] RRA 144 (QC CA) – Brochure promotionnelle de la bière LA BORÉALE reproduisant une photographie du demandeur, captée à son insu, et le représentant jouant de la guitare au cours d'une session de « tam-tam » sur le Mont-Royal.
- *Podolej c Rodgers Media Inc.*, 2004 IIJCan 49429 (QC CS) – Sur la page couverture du numéro 15, édition 2000 du magazine L'Actualité, publication d'une photographie représentant la demanderesse (un mannequin) montrant sa poitrine partiellement dénudée. Cette image était en lien avec l'un des articles de ce numéro, ayant pour propos le corps de demain et les transplantations de l'avenir. Il apparaît des faits que l'image ainsi captée du torse nu du mannequin devait à l'origine servir de « planche anatomique » sur

---

17. *Ibid.*, para 36 et 37 ; *supra*, note 3 (QC CA) à la p 9.

laquelle des organes devaient être surimposés par infographie. Sur la foi de ces représentations, la demanderesse avait accepté de se prêter à cette captation. Or, ce consentement est devenu irrecevable à l'encontre des actes reprochés.

- *Sourour c Clavet*, 2008 QCCQ 3398 ; confirmé 2009 QCCA 941 – Utilisation d'une photographie tirée de la sphère privée (fête de Noël), dans la production et la distribution d'un dépliant publicitaire pour la campagne électorale de Roger Clavet, alors député du Bloc québécois.
- *Langlois c Loisirs Scirocco inc*, 2012 QCCQ 5722 – Utilisation d'une captation audiovisuelle du mariage du demandeur, que la défenderesse avait réalisée pour le compte de celui-ci et utilisée dans la production et la distribution d'un CD faisant la promotion de ses services.
- *Pia Grillo c Google inc*, 2014 QCCQ 9394 – Diffusion via *Google Maps*, pour son volet « Street View », de la photographie de la demanderesse dans laquelle apparaissent clairement l'adresse postale de sa résidence et la plaque d'immatriculation de sa voiture. Il y a eu en l'instance divulgation de données personnelles au sujet de la personne représentée.

#### 1.5.2 *La couverture d'actualités ayant pour objet des événements, réalités ou situations qui ne seraient pas d'intérêt public*

De quelques cas jurisprudentiels :

- *Gazette (The) c Goulet*, 2010 QCCQ 8057 – Publication d'une photographie du demandeur, agent des services correctionnels à l'Établissement de détention de Montréal (Bordeaux), en liaison avec un article ayant trait à l'opposition de certains citoyens à un projet d'agrandissement de cet établissement. Confirmé en appel 2012 QCCA 1085 – La défense n'a pas réussi à démontrer que la photographie était en lien direct avec l'article.
- *Hammedi c Cristea*, 2014 QCCS 456 ; autorisation d'en appeler refusée 2014 QCCA 1936 – Publication dans le mensuel *Les immigrants de la Capitale* d'une photographie prise au Marché aux puces de Sainte-Foy. Cette œuvre représente Ahlem Hammedi, une Tunisienne de confession musulmane,

portant le voile intégral (niqab) en compagnie de son conjoint et d'un enfant dans une poussette. Elle est utilisée en liaison avec un article portant le titre « LE VOILE INTÉGRAL EST DE RETOUR À QUÉBEC Choc visuel et stupeur au Marché aux puces de Ste-Foy ». Le défendeur a tenté sans succès de justifier la publication de l'image au nom de l'intérêt public, le port du niqab faisant au Québec l'objet de débats au plan social et politique. Le tribunal a rejeté cette défense et conclu que la publication de la photographie était une atteinte injustifiée à la vie privée de la demanderesse et de son conjoint.

1.5.3 *Illustration de situations ou événements de l'actualité, imputables à d'autres que la personne apparaissant à l'image ou sans lien avec celle-ci*

- *Thomas c Publications Photo-Police (Cour du Québec, chambre civile) [1997] R.J.Q. 2321* – Publication dans le journal Photo-Police d'un reportage au sujet d'un individu accusé de troubler la paix par la distribution au public de photographies indécentes (20 chefs d'accusation). Ce reportage comprend des photographies de l'individu le jour de sa comparution. La demanderesse est alors la conjointe de l'accusé et les photographies la montrent sortant du Palais de justice en compagnie de celui-ci. La publication de son image en lien avec les actes de l'accusé (un *désaxé sexuel*, termes utilisés dans le reportage) a certes nourri une curiosité du public mais a eu pour effet de projeter la demanderesse sous les feux de la rampe pour des gestes qu'elle n'a pas commis.
- *Bonin c Groupe TVA Inc, 2004 CanLII 11444 (QC CS)* – En 1999, diffusion sur les ondes de TVA d'un reportage ayant pour objet une descente de la police dans un bar à Granby en liaison avec un trafic de drogue et où le demandeur, un poseur de tapis, est à travailler. Le reportage comprend pour quelques secondes des images captées sur les lieux et dans lesquelles l'on aperçoit le demandeur. La diffusion de ces images a eu pour effet d'imputer au demandeur des activités de toxicomane, ce qui lui vaut le sobriquet de *coker* par certaines personnes de sa localité. Le demandeur fait adresser une mise en demeure au diffuseur pour ensuite convenir d'un règlement avec celui-ci. En 2001, d'autres incidents violents ont lieu à Granby, par un groupe de motards (les Evil One associés aux Hell's Angels). TVA couvre ces événements et transmet au soutien de la diffusion de ses reportages les ima-

ges litigieuses de 1999. L'image du demandeur est une fois encore associée à des actes qui lui sont étrangers. Et sa diffusion lui impute des faits dont il n'était pas l'auteur et qui sont sans lien avec lui. TVA a reconnu son erreur mais refusé tout *accommodement*. La Cour a donné raison au demandeur et condamné TVA à lui verser 6 000 \$ en dommages-intérêts.

Dans la plupart des cas plus haut mentionnés, l'on a fait jouer un rôle à l'image, ayant pour effet d'imputer ou d'attribuer à la personne visée une activité, un endossement ou une fonction, parfois involontairement. Une telle utilisation de l'image d'autrui pourrait ébranler la tranquillité de cette personne, même si elle a pour effet d'associer celle-ci à une situation ou un événement heureux ou agréable mais privé, dont elle serait le protagoniste.

La publication dans l'arrêt *Aubry* constitue, à mon avis, un cas particulier en ce qu'elle ne fait jouer aucun rôle à l'image publiée. Celle-ci est montrée exempte de légende, de commentaire et ne contient rien qui soit dégradant, humiliant ou exposant le sujet au mépris ou au ridicule. Sa publication n'a pas eu pour effet de modifier la qualité de son anonymat, et sa vocation ou finalité est purement artistique.

Cette photographie appartient, de par son genre, à ce qu'on appelle la « photographie de la rue » (ayant cours depuis le début de cet art), ou encore à la « photographie humaniste » (depuis les années 1930), plaçant l'homme au cœur de son propos.

Parmi les grands noms, l'on peut citer Robert Doisneau, Henri-Cartier Bresson, Willy Ronis, Izis, Edouard Boubat, Brassai...

Comment définir cette pratique ou discipline ? Je crains qu'il ne soit impossible de donner une définition précise et ne puis que faire étalage de quelques caractéristiques glanées au cours de mes recherches sur le sujet :

- [...] la photographie de rue s'attacherait aux petits riens du quotidien qui font la vie de tous les jours, c'est-à-dire finalement, la vraie vie.<sup>18</sup>

---

18. Bernard Jolival, « L'année de la photo de rue », 13 décembre 2014, en ligne : <<http://bernardjolival.blog.lemonde.fr/>>.

- [...] photographie directe qui ne supporte ni la pose, ni la retouche, ni le recadrage, et proscrit le flash [...].<sup>19</sup>
- Sa création procède d'un « instant décisif »<sup>20</sup> où le photographe saisit une image qui, dans une fraction de seconde, ne sera plus celle aperçue ou ressentie par lui de façon fortuite<sup>21</sup>.
- Elle ne résulte d'aucune mise en scène, d'aucun recadrage et ne vise qu'à témoigner du réel simple et anonyme.
- Elle donne ouverture à *la photo anonyme comme genre artistique* – le sujet demeure anonyme et le restera même pour le photographe<sup>22</sup>.

En résumé, je pourrais dire que la photographie de la rue témoigne de la vie dans l'espace public, dans ce qu'il y a de plus anodin et, ce faisant, révèle l'atmosphère de cet espace à une époque donnée.

Elle honore en quelque sorte la mémoire d'une époque à travers maintes scènes captées dans le réel, représentant l'autre que l'on ne connaît pas et qui restera anonyme.

La photographie dans l'affaire *Aubry* ne faisait pas état d'une actualité. Mais l'on a refusé de reconnaître qu'elle avait en soi une valeur informative :

En l'espèce, la responsabilité des appelants est à priori engagée puisqu'il y a eu publication de la photographie alors que l'intimée était identifiable. Nous ne croyons pas que l'expression artistique de la photographie, dont on a allégué qu'elle servait

---

19. Martine Ravache, « CARTIER-BRESSON HENRI – (1908-2004) », Encyclopædia Universalis, consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2015, en ligne : <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/henri-cartier-bresson/>>.

20. Expression empruntée à Henri Cartier-Bresson, en ligne : <<http://mediation.centrepompidou.fr/education/ressources/ENS-HCB/>>.

21. En ligne : <<http://expositions.bnf.fr/hcb/lecon/>> :  
De quoi s'agit-il pour le photographe ? J'ai tenté ici de paraphraser le passage suivant : De parvenir autant que faire se peut à l'oubli de soi pour atteindre une cible qui cesse donc dans cette fraction de seconde d'être nettement déterminée. C'est tout le contraire de la pratique contemporaine qui consiste à se mettre en avant – et si possible devant les autres – pour capturer une proie dont les contours sont préalablement dessinés.

22. Michel Guerrin, « Ces anonymes érigés en icônes de l'information » [2001-07-06] *Le Monde*, en ligne : <[http://scholar.lib.vt.edu/Chronicles\\_Ingest/InterNews\\_bag/data/InterNews/LeMonde/issues/2001/monde.20010706.pdf](http://scholar.lib.vt.edu/Chronicles_Ingest/InterNews_bag/data/InterNews/LeMonde/issues/2001/monde.20010706.pdf)>.

à illustrer la vie urbaine contemporaine, puisse justifier l'atteinte au droit à la vie privée qu'elle comporte. L'intérêt dominant du public à prendre connaissance de cette photographie n'a pas été démontré. L'argument que le public a intérêt à prendre connaissance de toute œuvre artistique ne peut être retenu, notamment parce que le droit de l'artiste de faire connaître son œuvre, pas plus que les autres formes de liberté d'expression, n'est absolu.<sup>23</sup>

Ce propos de la Cour suprême du Canada laisse songeur. Il semble suggérer que la défense d'intérêt public serait irrecevable à l'égard de la publication d'une image informative ou artistique comme celle de la demanderesse à moins que la *publication soit en lien direct avec une actualité ou un événement public*<sup>24</sup>.

La question se pose : qu'est-ce qui constitue une actualité ? À partir de quels critères doit-on la définir ?

Les concepts d'« intérêt public », de « curiosité publique ou médiatique » sont certes utiles pour décider du caractère légitime d'une information ou d'une expression.

En matière d'images à vocation artistique ou informative, de gens ordinaires et anonymes, l'intérêt public ne prévaudrait-il qu'à l'égard de scènes ou événements de guerre, de crimes sordides, de fléaux, de destruction ?

Un examen de ces questions aurait été utile et intéressant. C'est comme si la Cour suprême avait occulté celles-ci et, de façon majoritaire, fondé sa décision sur le seul motif que le sujet était reconnaissable.

Par ailleurs, l'on a rejeté les arguments de la défense à l'effet que d'assujettir la publication au consentement du sujet représenté constituait une obligation impossible à satisfaire et exposait la photographie à un interdit de publication :

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

23. *Supra*, note 2 au para 62 (décision majoritaire).

24. *Supra*, note 8.



position qu'il serait très difficile, en pratique, pour un photographe d'obtenir le consentement de toutes les personnes qu'il photographie dans des lieux publics avant de publier leur photographie. Accepter ce genre d'exception, c'est en fait accepter que le droit du photographe est illimité, pourvu que sa photographie soit prise dans un endroit public. C'est étendre sa liberté aux dépens de celle des autres. Nous rejetons ce point de vue.<sup>25</sup>

Ce passage de la décision de la Cour suprême révèle une méconnaissance des contraintes de la photo de la rue et, de par son application par les tribunaux québécois, expose cet art à un interdit formel de publication, la condamnant ainsi à un sort funeste.

Je m'écarterai maintenant du forum québécois pour souligner quelques embellies en 2004 et en 2007 dans la jurisprudence française.

## 2. Du côté de la France

Je crois utile tout d'abord de citer plus bas un extrait d'un article de Bernard Edelman et Edgar Roskis, publié en 1997 dans le *Monde Diplomatique* et intitulé « La rue privatisée »<sup>26</sup> :

[...] la cour considère l'image comme un attribut patrimonial de la propriété, quand bien même l'auteur de la photographie ne se serait emparé d'aucune création qui ne fût sienne. En retour, le droit de propriété vient de conquérir un autre domaine – celui de l'image – [...] *Au-delà de ses incidences théoriques, on imagine le mal pratique que peut causer cette jurisprudence à un bien collectif autrement plus précieux : rien moins que le patrimoine visuel de l'humanité.* Imaginons que de tels arrêts aient gouverné les pratiques photographiques, cinématographiques, dès leurs débuts : sous prétexte que toute façade ou le moindre pot de fleurs est « propriété privée », il ne resterait plus aucune trace du Paris pré-haussmannien ni même haussmannien, de la vie des immeubles, des usines et des rues telle qu'ont su si bien nous la rendre Atget, Brassai, Kertész, Kollar, Izis, Ronis, Doisneau, Cartier-Bresson et tant d'autres, plus rien de cette extraordinaire mémoire de la ville qui, elle, n'a véritablement pas de prix. [Les italiques sont nôtres.]

---

25. *Ibid.*, au para 65.

26. En ligne : <<http://www.monde-diplomatique.fr/1997/07/EDELMAN/4807>>.

La photo de la rue participerait ainsi à ce que ces auteurs appellent « le patrimoine visuel de l'humanité ». Cette vision démontre l'existence d'un intérêt légitime à préserver cette pratique.

En trois instances, les tribunaux en France ont reconnu la légitimité de cet art et soupesé la protection de celui-ci à partir d'une pondération entre le droit à la liberté d'expression et celle du droit à l'« image ».

Ces cas se rapportent à deux ouvrages photographiques respectivement intitulés « L'autre » par Luc Delahaye et « Perdre la tête » par François-Marie Banier.

Le livre « L'autre » réunit, sur le thème de la solitude, des photographies de visages d'anonymes, prises par Luc Delahaye dans le métro parisien, entre 1995 et 1997. Co-signée par Jean Braudrillard, un philosophe sociologue, il est publié en 1999 par Éditions Phaidon Presse. Cette publication a fait l'objet d'un recours pour atteinte à la vie privée par l'une des personnes représentées dans ce livre.

Dans sa décision rendue le 2 juin 2004, la Chambre de la presse du Tribunal de grande instance de Paris<sup>27</sup> constate que la photographie en litige ne montre pas le demandeur dans une pose ou une situation dégradante et ne l'expose pas, de par son expression, au ridicule ou au mépris. Il fait valoir la nature informative, artistique et sociologique de l'image, pour conclure à l'absence d'un *usage fautif* de la liberté d'expression. Il ajoute que le droit du sujet sur son image n'est pas absolu et ne doit pas servir à faire obstacle à la liberté d'information, en particulier lorsque son exercice « aurait pour effet de faire arbitrairement obstacle à la liberté de recevoir ou communiquer des idées qui s'expriment spécialement dans le travail d'un artiste »<sup>28</sup>.

Le livre « Perdre la tête », publié en 2005 par Gallimard, comprend des images de gens captées sur le vif par François-Marie Banier, dans l'espace public, isolément ou non.

27. TGI Paris (17e ch civ), 2 juin 2004, *Bensalah c L. Delahaye Magnum*.

28. Amélie Blocman, *Légipresse*, « FR – L'exception artistique, nouvelle exception au droit à l'image ? » IRIS Observations juridiques de l'observatoire européen de l'audiovisuel, 2004-9, Victoires Éditions, à la p 10, en ligne : <[http://merlin.obs.coe.int/iris\\_online/iris\\_2004/9.pdf](http://merlin.obs.coe.int/iris_online/iris_2004/9.pdf)>.

Il fait l'objet de trois plaintes pour atteinte à la vie privée respectivement circonscrites aux images suivantes :

- 1) Photographie d'une femme assise sur un banc public, tenant d'une main son portable à l'oreille et, de l'autre main, son chien en laisse.

Cette femme est Isabelle de Chastenet de Puységur, attachée de presse dans le monde de l'art.

Elle réclame 200 000 euros en dommages-intérêts, alléguant avoir *manifesté son opposition* lorsqu'elle a vu le photographe prendre des clichés de sa personne.

De plus, elle estime que la publication de son image dans un ouvrage « essentiellement consacré à l'exclusion et à la marginalité » est attentatoire à son image d'attachée de presse dans le domaine de l'art, en raison même de sa reproduction dans une œuvre qu'elle décrit en les termes suivants : un « musée des horreurs », une « poubelle », au milieu de la « laideur repoussante et pathétique » de « tous ces visages ». <sup>29</sup>

- 2) Photographies de deux femmes majeures protégées, l'une sous tutelle judiciaire, l'autre sous curatelle. Ces images montrent leur visage en gros plan. Ainsi, l'une est montrée en page couverture, riant avec un bonnet sur la tête, la bouche grande ouverte, le cigare à la bouche. La seconde apparaît en cinq portraits « où on la voit tirer la langue, écarquiller les yeux, se tenir le menton... » <sup>30</sup>

L'Association Espace Tutelles, chargée d'assister ces femmes, prend recours aux noms de celles-ci et réclame 30 000 euros de dommages-intérêts. À son avis, les images de ces poses ou « attitudes grotesques et outrées » en lien avec le titre du livre tournent celles-ci « en dérision, voire en ridicule » et les exposent à l'exclusion et au rejet <sup>31</sup>.

---

29. Sabine Abravanel-Jolly, *Le droit à l'image de l'individu*, en ligne : <<http://actuassurance.free.fr/chroni018>>.

30. Michel Guerrin, « Un livre de François-Marie Banier visé par trois procès en droit à l'image » [2007-06-05] *Le Monde*, en ligne : <[http://www.lemonde.fr/culture/article/2007/06/05/photographie-un-livre-de-francois-marie-banier-vise-par-trois-proces-en-droit-a-l-image\\_919131\\_3246.html#HLkd9WedEfJbQPZE.99](http://www.lemonde.fr/culture/article/2007/06/05/photographie-un-livre-de-francois-marie-banier-vise-par-trois-proces-en-droit-a-l-image_919131_3246.html#HLkd9WedEfJbQPZE.99)>.

31. *Ibid.*

---

Le photographe et l'éditeur ont eu gain de cause dans chacun de ces recours pour les motifs suivants :

- 1) En première instance<sup>32</sup>, dans l'affaire relative à l'image d'Isabelle de Chastenet de Puységur :
  - le cliché en cause est *exempt de toute légende ou commentaire* ;
  - il ne révèle en rien l'intimité de la plaignante ;
  - « Son attitude d'ensemble, la présence d'un animal de compagnie à ses côtés, ou ses goûts vestimentaires constituent autant d'indications anodines sur le compte de l'intéressée qui ne relèvent pas de la sphère protégée par l'article 9 du code civil au titre du respect de la vie privée » ;
  - la photographie ne contient aucun élément de nature à convaincre d'un préjudice particulier [...] autre que les réactions émues de certaines de ses proches à la voir figurer dans « un musée des horreurs ».

La Cour d'appel a confirmé cette décision<sup>33</sup> le 5 novembre 2008, ajoutant ce qui suit :

- [...] le photographe ne peut se trouver contraint de solliciter systématiquement le consentement des personnes à ce que leur image puisse être fixée puis publiée car cela aurait pour effet de compromettre les photographies prises sur le vif ou la représentation de scènes de rues.
- 2) Dans les deux autres plaintes déposées par l'Association Espace Tutelles, le tribunal a décidé en faveur du photographe, étant d'avis que les images ne montraient pas les personnes visées dans des « situations humiliantes ou dégradantes »<sup>34</sup>. Il a plutôt souligné « l'humanité des personnages, ainsi que celle du regard du photographe qui traite ses sujets avec respect et tendresse ».

Ces décisions ne feraient point partie d'un courant majoritaire en France.

---

32. TGI Paris, 17e ch, 9 mai 2007, *Chastenet de Puységur c Banier*.

33. CA Paris, 5 novembre 2008.

34. TGI Paris 17e ch, 25 juin 2007, *Association Espace Tutelles c Banier*.

Toutefois, elles apportent un éclairage nouveau en matière d'images captées sur le vif dans l'espace public. À moins que celles-ci ne le montrent dans une situation ou une position embarrassante ou humiliante, l'exposant au mépris et au ridicule, le sujet ne saurait utiliser le droit à l'image pour faire obstacle à la publication des photographies ainsi prises. Le déplaisir qu'il pourrait ressentir à se voir ne serait pas un motif suffisant pour réussir dans son action.

Enfin, les cas jurisprudentiels mentionnés au présent titre laissent entendre que la publication de telles photographies est d'*intérêt public*.

Dans ses deux décisions, le tribunal a d'abord rappelé le principe fondamental selon lequel, en application de l'article 10 de la Convention EDH<sup>35</sup>, le droit dont toute personne dispose sur son image doit se concilier avec le droit à la liberté d'expression, et « peut céder devant la liberté d'informer, par le texte et par la représentation iconographique, sur tout ce qui entre dans le champ de l'intérêt légitime du public », sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine (jugement du 25 juin 2007)<sup>36</sup>.

## CONCLUSION

En territoire québécois, l'arrêt *Aubry* ouvrirait la porte à un usage abusif du droit à l'image, au détriment de la liberté d'expression.

L'on a omis de considérer dans ce dossier les caractéristiques de la photo en litige et de la publication de celle-ci au seul motif que la personne représentée était reconnaissable.

En l'instance, l'image de Madame Aubry ne révélait aucune situation embarrassante et ne montrait qu'un visage anonyme dans l'espace public.

Sa publication ne desservait que des fins documentaires et artistiques et n'était associée à aucune légende, commentaire ou propos. Et la preuve n'a pas révélé l'existence d'un préjudice réel.

---

35. Convention européenne des droits de l'homme.

36. Sabine Abranavel-Jolly, « Le droit à l'image de l'individu », (2010) 15 *Actuassurance – La revue numérique en droit des assurances*, en ligne : <<http://actuassurance.free.fr/chroni018>>.

L'arrêt *Aubry* laisserait présager que l'image n'est plus seulement un attribut de la personnalité. Ce serait un « bien » que l'autre peut montrer en public et que je ne peux voir qu'en direct.

Le photographe de la rue ne peut pas montrer les scènes qu'il a captées pour peu que celles-ci montrent un visage humain.

Assujettir la publication de telles images au consentement des personnes représentées est une contrainte difficile à respecter, rendant impossible la création même des images.

L'arrêt *Aubry* a eu pour conséquence de censurer la diffusion d'images *informatives* et *artistiques* qui ne feraient jouer aucun rôle à la personne représentée et qui seraient *neutres* de par leur traitement, c'est-à-dire dépourvues de données personnelles, sans caractéristiques répréhensibles et exemptes de tout lien avec une cause, une institution, un produit ou un service.

Cette censure frappe d'un interdit injustifié la création et la diffusion d'« un bien collectif autrement plus précieux : rien de moins que le patrimoine visuel de l'humanité »<sup>37</sup>.

---

37. *Supra*, note 21.