

Capsule

Des photos de la rue et l'exception artistique en matière de droit à la vie privée

Vivianne de Kinder*

1. Introduction

Au Québec, depuis l'arrêt *Aubry c. Éditions Vice Versa*¹, la publication à des fins artistiques ou documentaires de « photos de la rue » est censurée.

Ce genre de photos a pour objet des scènes de la rue croquées sur le vif. Pour peu que les personnes représentées soient reconnaissables, la publication de telles images pose un problème en matière de droit au respect de la vie privée. En effet, cette publication serait attentatoire à tel droit à moins qu'elle n'ait été autorisée par ces personnes. Ce principe prévaudrait même si l'image ainsi publiée ne comporte rien qui soit dégradant ou susceptible d'exposer les personnes visées au sarcasme ou à l'humiliation.

Au regard des décisions respectivement rendues dans l'arrêt précité par la Cour d'appel du Québec et la Cour suprême du

© Vivianne de Kinder, 2006.

* Avocate.

1. *Aubry c. Éditions Vice Versa Inc.*, [1991] R.R.A. 421, 1991 CarswellQue 1243, J.E. 91-787, EYB 1991-75892 (C.Qué ; 1991-03-19) ; conf. 141 D.L.R. (4th) 683, [1996] R.J.Q. 2137, 39 C.C.L.T. (2d) 100, [1996] R.R.A. 982, 1996 CarswellQue 704, 71 C.P.R. (3d) 59, J.E. 96-1711, [1996] Q.J. 2116, EYB 1996-65174 (C.A. Que. 1996-08-15) ; conf. 157 D.L.R. (4th) 577, 5 B.H.R.C. 437, [1998] 1 S.C.R. 591, 45 C.C.L.T. (2d) 119, 224 N.R. 321, 1997 CarswellQue 1500, 1997 CarswellQue 1501, 78 C.P.R. (3d) 289, 50 C.R.R. (2d) 225 (C.S.C. ; 1998-04-09).

Canada, il semble que le caractère « artistique » de la photographie et de sa publication ne puisse être justifié par le droit à la liberté d'expression ou, son corollaire, le droit à l'information :

[56] La seule prise de la photo dans une rue ne constituerait pas une atteinte à l'intimité de la vie privée de l'intimée, qui ne pouvait alors alléguer violation de cette zone d'intimité, puisqu'elle en était sortie. Restait l'atteinte à l'anonymat. L'acte du photographe n'aurait aucun effet en l'absence d'une diffusion ou d'une publication. Dans ces circonstances, pour se réaliser, l'atteinte à l'article 5 de la Charte suppose une forme de diffusion. Si celle-ci a lieu, l'atteinte survient et comporte violation des droits garantis par l'article 5 de la Charte, à moins qu'elle soit justifiée par un autre intérêt légitime, comme celui du droit à l'information.

[57] Cette justification ne semble pas se retrouver dans l'activité artistique comme telle. [...] ²

Le droit à la vie privée serait-il un obstacle à la création artistique ? La jurisprudence serait à cet effet, même si le *Code civil du Québec*³ et la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴ ne le prévoient pas expressément.

Aux États-Unis, du moins dans l'état de New York, la création artistique ferait exception au respect du droit à la vie privée, tel qu'il apparaît de la décision rendue le 8 février 2006 dans l'affaire *Nussenzweig c. DiCorcia*⁵.

2. Les faits

À l'automne 2001, la galerie Pace à New-York tient une exposition de photographies de Philip-Lorca diCorcia, un photographe de renommée internationale. Cette exposition, intitulée « HEADS », est circonscrite à dix-sept photographies représentant chacune le visage d'une personne et prises sur la rue à New York, Tokyo, Calcutta et Mexico. L'une de ces images représente le demandeur, Emo Nussenzweig, à Time Square.

2. *Ibid.*, Cour d'appel du Québec, LeBel J.A.

3. L.Q., 1991, c. 64.

4. L.R.Q., c. C-12.

5. Décision du 2006-02-15 de la juge Judith H. Gische de la Supreme Court of New York County ; 2006 NY Slip Op 50171(U) (dossier 108446/05).

Les œuvres ainsi exposées font l'objet de reproductions dans le catalogue de la galerie et dans des réclames et comptes rendus publiés dans plusieurs journaux, périodiques et magazines dont *W*, *The New York Time* et *The Village Voice*.

Par ailleurs, la preuve démontre des ventes par la galerie de dix exemplaires à un prix variant de 20 000 \$ à 30 000 \$ chacun.

La création, l'exposition et la vente des œuvres auraient procédé d'actes exécutés en l'absence du consentement des personnes représentées, dont le demandeur Emo Nussenzweig. Pour celui-ci, les utilisations plus haut mentionnées portent atteinte à sa vie privée en ce qu'elles desservent des fins commerciales :

Plaintiff denies that the photograph is art. He argues that defendants' intended purpose was to sell the photograph and reproductions thereof. Plaintiff claims that the sale and/or intended sale of the photographs constitutes a commercial use that is actionable under the privacy laws. He points to the actual sales made to support his argument and also to the fact that the exhibition was in a venue operating for profit (e.g. an art gallery) and not a museum.

3. Questions en litige

Selon les lois de l'état de New York⁶, le droit à la vie privée protège l'image d'autrui contre l'appropriation à des fins commerciales ou publicitaires.

Ce droit ne sanctionnerait que l'usage de cette image aux fins précitées et non la création en soi de celle-ci.

Ferait exception à l'application de ce droit, la création artistique :

Civil Rights Laws §§ 50 and 51 prohibit the unconsented-to use of identity within the State of New York "for advertising purposes or for the purposes of trade." The rights contained in these statutes are the exclusive remedies allowed in New York State for an unauthorized use of one's likeness. *Howell v. Post*, 81 NY2d 115 (1993). Right of privacy laws are intended to

6. Consolidated Laws, New York's privacy laws, article 5, paragraphes 50 et 51.

defend the average person from unwanted public exposure and the potential emotional damage thereby inflicted. *Weisfogel, Fine Arts v. Uncertain Protection* : The New York Right of Privacy Statute and the First Amendment, 20 Columbia – VLA J.L. & Arts 91 (1995). New York’s Privacy laws were enacted to strike a balance between the right to privacy, on the one hand and the right to first amendment free speech on the other.

La juge Judith J. Gische a rejeté la demande du demandeur au motif que l’utilisation de l’image d’autrui à des fins artistiques est protégée par la Constitution américaine en matière de liberté d’expression :

In recent years, some New York courts have addressed the issue whether an artistic use of an image is a use exempted from action under New York States Privacy Laws. *Altbach v. Kulon*, 302 AD2d 655 (3rd dept. 2003) ; *Simeonov v. Tiegs*, 159 Misc 2d 54 (NY Civ Ct 1993) ; *Hoepker v. Kruger*, 200 FSupp2d 340 (SDNY 2002). They have consistently found “art” to be constitutionally protected free speech, that is so exempt. This court agrees.

Dans l’affaire *Hoepker c. Kruger*⁷ citée par la cour, le litige avait pour objet l’utilisation de l’image d’autrui dans un collage de photographies et de textes. Plusieurs musées avaient exposé ce collage et vendu toutes sortes de produits dérivés de celui-ci (cartes postales, papeterie et autres marchandises). À propos de cette exploitation du collage, le tribunal avait conclu ce qui suit :

Museum gift shops sell merchandise that, in general, replicates the art displayed in the museum, thus enabling the museum to distribute art in a common and ordinary form that can be appreciated in everyday life. That the art is reproduced in formats and in quantities sold for modest sums makes the art popular, but does not change the essential nature of the artistic expression that is entitled to First Amendment protection.

Pour la juge Gische, la vente par la galerie Pace de quelques exemplaires des œuvres exposées ne suffisait pas pour conclure à une appropriation commerciale de l’image d’autrui :

7. 200 F. Supp. 2d 340, 353-354 (S.D.N.Y. 2002).

In their moving papers defendants have prima facie shown that the photograph is « art ». This is not a subjective determination, and cannot be based upon the personal preferences of either party. Defendant DiCorcia has demonstrated his general reputation as a photographic artist in the international community. With respect to the HEADS project, DiCorcia has described the creative process he used to shoot, edit and finally select the photographs, ultimately used. The photographs were not simply held for sale in the Pace gallery, but they were exhibited and reviewed by the relevant artistic community.

Il semble que chez nos voisins américains, le « droit à l'image » que sous-tend le droit au respect de la vie privée ne puisse prévaloir à l'encontre de la liberté artistique, pour peu que l'image publiée soit une scène de la rue.