Vol. 13, nº 2

L'évolution du droit à l'image en Pologne

Teresa Grzeszak*

Abréviations polonaises 335

1. Introduction 337

2. Le Code civil – la base de la protection de l'image en tant que bien personnel 339

3. Le droit à l'image dans le Code civil 341

4. Une règle spéciale dans la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins* du 4 février 1994 – Le droit à l'image proprement dit 342

5. La protection – les actions 344

6. Le caractère du droit à l'image: personnel, mixte, patrimonial?. 347

7. Le consentement (autorisation) 355

© Teresa Grzeszak, 2000.

* L'auteure est docteure en droit, avocate et professeure agrégée de droit à l'Université de Varsovie; elle est membre du comité éditorial international des *Cahiers de propriété intellectuelle*. L'auteure remercie vivement Me Ghislain Roussel pour sa précieuse collaboration à la révision linguistique du présent article.

8. La diffusion de l'image après la mort de la personne représentée 360

9. Le compte rendu 361

Abréviations polonaises

OSA:	Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSPiKA:	Orzecznictwo Sądów Powszechnych i Komisji Arbitrazowych
OSN:	Orzecznictwo Sadu Najwyższego
OSNCP:	Orzecznictwo Sadu Najwyższego Izba Cywilna i Pracy
PiP:	Państwo i Prawo
ZNUJ PzWiOWI:	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego Prace z Wynalazczosci i Ochrony Własności Intelektualnej
MP:	Monitor Prawniczy
CdA:	Sąd Apelacyjny
DdA:	Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994 – Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych
cc:	Code civil – kodeks cywilny
Dz.U.:	Dziennik Ustaw – Journal officiel
Dz.U.R.P.:	Dziennik Ustaw Rzeczpospolitej Polskiej – Journal officiel de la République polonaise
RPEIS:	Ruch Prawniczy, konomiczny I Socjologiczny
CdA:	Cour d'appel
SN:	Cour suprême
PPH:	Przegląd Prawa Handlowegow Tur.

1. Introduction

La civilisation contemporaine est marquée par l'audiovisuel. La presse est remplie d'images, la télévision aussi. On les retrouve dans les rues, dans les magasins, pratiquement partout. Elles servent à l'information, à la publicité, au divertissement. Parfois, les images des stars deviennent presque des objets de culte[1]. L'image joue deux fonctions essentielles: elle symbolise l'individu et renseigne sur lui. Comme symbole, elle est susceptible d'exploitation comme publicité et merchandising. Comme source d'information, elle apparaît dans la presse et la télévision. Comme simple distraction, elle est présente partout.

Ce n'est que ces dernières années que le droit à l'image a commencé de changer de visage. Le développement de la doctrine allemande, française et canadienne démontre que l'image pose toujours de nouveaux problèmes. Elle devient peu à peu un nouvel objet de propriété intellectuelle, bien que les législateurs restent muets. Cela est confirmé par les arrêts qui interprètent le droit à l'image comme le droit de contrôler toute diffusion de ce bien (Canada[2], Allemagne[3], France[4] ou toute utilisation commerciale de l'image (Canada[5]) et qui

---

1. B. SEEMAN présente une vaste analyse de ce phénomène: *Prominenz als Eigentum*, Baden-Baden, 1996, p. 48 et s.
2. *Aubry* c. *Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, p. 614, Cour suprême du Canada, 9 avril 1998.
3. E. GERSTENBERG / H-P. GOETTING dans *Schricker: Urheberrecht Kommentar*, par. 22 KUG / par. 60 *UrhG Rn*. 2, Münich, 1999, 2e éd.; H.-P. GOETTING, *Personenlichkeitsrechte als Vermoegensrechte*, Tübingen, 1995, p. 49 et s.; H.-A. MAGOLD, *Personenmerchandising. Der Schutz der Personna im Recht der USA und Deutschland*, Francfort sur le Main, 1995, p. 415 et s.
4. La Cour d'appel de Paris, 11 mai 1994, *D*. 1995.185; CdA, Paris, 3 avril 1987, *D*. 1987, somm. 384 Ière esp.; Paris, 14 mai 1975, *D*. 1976, 291; Paris, 1er décembre 1965, *J.C.P.*, 1966.II.14711; Paris, 20 mai 1987, *D*. 1987, somm. 384, 2e esp.; TGI, Paris, 4 octobre 1989, *D*. 1990, somm. 240; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Les personnes*, 8e éd., Montchrestien, Paris, 1997, p. 389; D. TALLON, *Personnalité (droits de la), Encyclopédie Dalloz*, 1981, p. 106; J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, L.G.D.J., 1978, p. 429 et s.; D. AQUARONE, *L'ambiguïté du droit à l'image*, D. 1985, 1 Chronique XXIV, p. 132.
5. *Linda Malo* c. *A. Laoun*, arrêt de la Cour supérieure du Québec, district de Montréal, arrêt du 12 janvier 2000, no 500-17-002955-980.

acceptent la transmission héréditaire du droit de l'utilisation publicitaire de l'image (*Marlene Dietrich*[6], *Raimu*[7]), la protection du titulaire de ce droit sur la base de l'enrichissement sans cause[8] et, parfois même, la protection du titulaire d'une licence[9]. Ce phénomène est d'autant plus intéressant que, dans le système de droit civil, l'idée du rôle du législateur dans la création de nouveaux droits patrimoniaux exclusifs semblait intacte. La Pologne appartient aux pays de droit civil, mais l'évolution du droit à l'image se manifeste dans la jurisprudence. Elle peut être décrite comme l'évolution de l'interprétation des lois existantes. Cela est possible grâce à la construction choisie par le législateur pour la reconnaissance des droits de la personnalité.

Le statut juridique de l'image en Pologne semble clair. C'est l'attribut de la personnalité, un bien personnel. En tant que telle, l'image est protégée contre toute violation illicite. C'est une décision du législateur (art. 23 cc[10]). Le même législateur a consacré à l'image l'article 81 DdA[11]. D'après lui, la divulgation de l'image exige l'autorisation de la personne représentée.

Si l'on voit dans l'image uniquement un bien personnel – et on traite ainsi le droit à l'image comme un droit purement personnel[12] – on n'arrive pas à des solutions satisfaisantes aux questions essentielles. Elles naissent quand l'image entre sur le marché en tant qu'objet de licences, quand elle est exploitée illicitement et quand elle doit être protégée après la mort de la personne représentée. Pour les titulaires de ce droit ainsi que pour les personnes qui payent des sommes importantes pour obtenir les autorisations nécessaires pour fins d'exploitation, les fixations des images deviennent des marchandises. Une telle fixation est concrète et aliénable et elle pourrait être traitée comme un bien immatériel susceptible d'exploitation. Elle ressemble aux œuvres artistiques et photographiques.

6. Allemagne, BGH, 1er décembre 1999, I *ZR* 49/97 et I *ZR* 226/97, BGH, *Mitteilung der Pressestelle*, nº 98/1999.
7. TGI, Aix-en-Provence, 24 novembre 1988, *Semaine Jur.*, Jurisprudence 1989, 21329 et Cour d'Aix-en-Provence, 21 mai 1991, *Raimu*. D'après B. BEIGNER, il s'agit ici de la commercialisation de la notoriété et non pas de l'image; voir *Le droit de la personnalité*, Que sais-je?, Paris, 1992, p. 67.
8. En Allemagne, depuis l'arrêt *Paul Dahlke*, BGH, 8 mai 1956, *GRUR*, 1956, p. 427, c'est une pratique constante.
9. Allemagne, BGH, arrêt *Nena*, 14 octobre 1986, *BGHZ* 356.
10. *Code civil*, *Loi du 23 avril 1964*, *Dz.U.* 16, pos. 93, modifiée dernièrement par la *Loi du 2 mars 2000*, *Dz.U.* 22, pos. 271.
11. La *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994*, *Dz.U.* 24, pos. 83, modifiée dernièrement par la *Loi du 9 juin 2000*, *Dz.U.* 53, pos. 637.
12. Nous utilisons l'expression «droit personnel» pour décrire des droits de la personnalité.

Tandis que l'œuvre fait l'objet du droit d'auteur, droit patrimonial et moral à la fois (art. 16 et 17 DdA), l'image constitue un bien personnel et le droit à l'image est considéré comme un droit personnel. La fixation de l'image est objet d'exploitation (reproduction, diffusion, divulgation, etc.), mais habituellement on n'y perçoit uniquement qu'une concrétisation de l'image[13] et non pas un bien patrimonial. Sa protection n'est que la conséquence de la protection de l'image.

C'est le point de départ de cet article. Nous présenterons l'état actuel de la protection de l'image en Pologne et signalerons les possibilités d'élargir ou de modifier le régime existant.

2. Le Code civil – la base de la protection de l'image en tant que bien personnel

Les biens qualifiés par le législateur et la jurisprudence de Pologne (car la liste de l'article 23 cc est ouverte)[14] de biens personnels n'ont pas de structure homogène. Ce qui les unit, c'est leur relation étroite à l'être humain et leur nature immatérielle. Parmi eux, les attributs de l'identité, par ex., les nom, pseudonyme, image et voix, occupent une place spéciale. Premièrement, ils sont le symbole de l'individu – et non pas des valeurs universelles. Deuxièmement, ils sont susceptibles de commercialisation (publicité, merchandising, marque de commerce, nom commercial, etc.). Leur exploitation s'effectue au moyen de contrats de licence en vertu desquels est autorisée une certaine utilisation d'un attribut bien précis (la fixation de l'image ou de la voix, le nom).

La construction juridique de la protection de la personnalité en Pologne, c'est une œuvre de la doctrine. L'article 23 cc stipule uniquement que des biens personnels, tels par exemple l'honneur et l'image, tombent sous la protection de la loi. Ce n'est pas par hasard

13. Dans la langue polonaise, le mot image (*wizerunek*) revête un triple sens:
a) un sens abstrait: l'image publique, c'est l'opinion sur une personne;
b) l'apparence physique d'une personne, attribut de l'identité;
c) une fixation (concrétisation) de l'apparence physique.
Dans cet article, le mot *image* est employé dans le sens du paragraphe b).

14. Art. 23: Les biens inhérents à la personnalité humaine et, notamment, la santé, la liberté, l'honneur, la liberté de conscience, le nom ou le pseudonyme, l'image, le secret de la correspondance, l'inviolabilité de la résidence, la création scientifique ou artistique, l'invention et la rationalisation restent sous la protection du droit civil, indépendamment de la protection prévue par d'autres dispositions (trad. M. Szepietowski). La jurisprudence a reconnu comme nouveaux biens la vie privée, le culte des morts, la vie, l'identité sexuelle, etc.

que le législateur a simplement reconnu la protection des biens personnels sans définir plus précisément ces biens et l'étendue de leur protection. L'objet même de la réglementation exige la souplesse et la confiance des tribunaux. L'objet et le contenu véritables de la protection sont constamment révélés par les tribunaux. Cela laisse présupposer une évolution du droit au nom ou à l'image vers un droit mixte.

Le phénomène des droits de la personnalité fait toujours l'objet de discussions par la doctrine quant à son objet (le droit de la personnalité ou les droits concernant des biens personnels distincts), son caractère juridique (droit subjectif ou la conséquence de la protection délictuelle modifiée) et sa nature (droit personnel, mixte ou personnel et patrimonial à la fois). Comme la liste des bien personnels est ouverte, la question du modèle unitaire de protection de la personnalité, ou de la pluralité des biens distincts, reste purement théorique.

La majorité de la doctrine polonaise préfère cette seconde solution. D'après elle, la personnalité est seulement le fondement et non pas l'objet d'un droit subjectif. Bien que les droits protégeant les biens personnels n'aient pas les traits caractéristiques des autres droits subjectifs exclusifs, la plupart des civilistes polonais les classifie parmi les droits subjectifs. On souligne leur originalité liée à l'objet de la protection (l'être humain lui-même ou ses valeurs inhérentes) et à la méthode de règlement des conflits de valeur. Le droit d'interdire un certain comportement de la part d'autrui dépend de la comparaison des intérêts contradictoires: par ex., d'un côté, l'honneur, la vie privée et, de l'autre, la liberté d'opinion, le droit à l'information.

Bien que ce soit un droit subjectif absolu, ses frontières ne sont ni stables ni strictes. Il ne suffit pas de prouver la violation d'un bien personnel pour que le demandeur obtienne une protection. Le défendeur peut prouver que son action n'est pas illicite et se dégager de toute responsabilité. Le fardeau de la preuve de l'absence de caractère illicite pèse sur le défendeur. En pratique, on accepte quelques cas types d'exonération: l'autorisation du titulaire du droit, les lois impératives, le droit propre du défenseur ou sa liberté (par ex. d'expression) constitutionnelle[15] ou garantie par la *Convention européenne sur la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950*[16] ou le *Pacte international des droits civils et politiques du 16 décembre 1966*[17].

15. La *Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1994*, *Dz.U.* 78, pos. 483.
16. Ratifiée par la Pologne, *Dz.U.* 61/1993, pos. 285 et 286.
17. Rafifiée par la Pologne, *Dz.U.* 38/1977, pos. 167.

Dans la doctrine, on qualifie unanimement les droits personnels comme des droits protégeant l'être humain tel quel et les valeurs morales qui lui sont propres. Les droits personnels sont incessibles (intransmissibles entre vifs ou à cause de mort), ne peuvent faire l'objet de renonciation et sont intransmissibles par testament et insaisissables. Si une lésion à un bien personnel cause un dommage matériel, ce dernier peut être compensé. La question reste ouverte quant à savoir si un droit dit personnel englobe des droits («facultés») patrimoniaux, c'est-à-dire des droits qui permettent d'interdire tel comportement de la part de tiers, qui viole uniquement les intérêts pécuniaires rattachés à un bien dit personnel. Ce problème apparaît là où les biens personnels sont susceptibles de commercialisation, là où il s'agit des attributs de la personnalité. Parmi eux, il y a l'image et sa matérialisation, soit sa fixation.

3. Le droit à l'image dans le Code civil

Le droit à l'image, d'après le *Code civil*, est généralement interprété comme un droit qui protège contre la divulgation, la capture ou fixation ou la déformation. La fixation de l'image peut constituer une violation du droit de la personnalité, mais cela ne veut pas dire que chaque capture est illicite. Le demandeur doit prouver que, dans une situation donnée, son intérêt («droit») moral a été atteint. En pratique, il faudrait vérifier si la vie privée est violée. La déformation de l'image peut être considérée comme une infraction à un droit personnel quand l'honneur ou la vie privée est touché. La divulgation de l'image peut en effet être nuisible à l'honneur ou à la vie privée. Dans toutes les situations mentionnées précédemment, l'image ne sert en réalité que de médium à d'autres biens personnels[18].

La Cour suprême de Pologne a jugé en 1967 dans l'affaire *Bal*[19] que la diffusion successive de l'image divulguée ne requiert pas une nouvelle autorisation si les circonstances de la diffusion ne changent pas et que les conditions originaires ont été respectées. Nous remarquons ici la concentration sur l'aspect strictement personnel (non pécuniaire) de ce droit. Le droit à l'image pourrait acquérir un statut juridique qui lui est propre, qui dépasse les droits personnels typiques si on allait plus loin et constatait toujours la violation de l'image lorsqu'elle est diffusée. Dans un tel cas, la violation du droit à l'image

18. Une remarque similaire concernant le droit français faite par B. BEIGNER: *L'honneur et le droit*, Bibliothèque de droit privé, tome 234, Paris, 1995, p. 91.
19. L'arrêt de la Cour suprême du 2 février 1967, *Bal*, *OSN* 1967, pos. 161; voir également le texte auquel réfère la note 66, *infra*.

serait indépendante de la violation d'un intérêt personnel. On voit là des premiers signes timides d'une semblable interprétation de ce droit dans la jurisprudence[20]. Le problème de la commercialisation de l'image sera analysé dans le chapitre VI.

4. Une règle spéciale dans la Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994[21] – Le droit à l'image proprement dit

Une règle spéciale consacrée à la protection de l'image se retrouve dans la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins*. À l'origine[22], elle servait de base à la limitation du droit d'auteur du portraitiste en raison du droit à l'image de la personne faisant l'objet du portrait. Avant 1950, il n'y avait pas en Pologne, dans les lois générales civiles, de règles particulières sur la protection de la personnalité et, plus spécifiquement, sur le droit à l'image. Ce n'est que dans la *Loi du 18.07.1950*[23] qu'on a statué sur la protection civile des biens personnels (et, parmi eux, l'image). Le législateur a quand même décidé de maintenir cette réglementation sur le droit à l'image dans les lois sur le droit d'auteur du 1952[24] et de 1994 (toujours en vigueur). Son importance dépasse en pratique les cas de conflit du droit d'auteur avec le droit à l'image car on accepte, dans la doctrine[25], de se conformer à ce règlement même lors de situations où

20. Cour d'appel de Varsovie, arrêt du 13 janvier 1999, I *ACa* 1089/98, *Banquier*, non publié; arrêt de la Cour d'appel de Cracovie, 7 février 1995, *Pigwa* dans *Prawo autorskie w orzecznictwie*, réd. T. Grzeszak, cédérom, Varsovie, 1998; arrêts de la Cour suprême du 24 avril 1977 et du 16 décembre 1977, *Boxeur 1 et 2*, dans *Prawo autorskie w orzecznictwie, op. cit, supra*.
21. *Op. cit.*, *supra*, note 12. Voici le texte de l'article 81:
La divulgation d'un portrait exige l'autorisation de la personne représentée sur le portrait. À défaut de réserve expresse, l'autorisation n'est pas exigée si cette personne a reçu une rémunération convenue pour avoir posé.
N'exige pas l'autorisation la divulgation du portrait:
1) d'une personne universellement connue, si le portrait a été exécuté à l'occasion de ses activités publiques, en particulier politiques, sociales et professionnelles;
2) d'une personne constituant uniquement un détail d'un tableau représentant une assemblée, un paysage, une manifestation publique (trad. B. Nawrocki).
22. Art. 18 de la *Loi sur le droit d'auteur du 19 mars 1926*, *Dz.U.R.P.* 48/1926, pos. 286.
23. Art. 11 de la *Loi sur les règles générales du droit civil du 18 juillet 1950*, *Dz.U.* 34, pos. 311, remplacé par les articles 23 et 24 du *Code civil*, *Loi du 23 avril 1964*, *Dz.U.* 16, pos. 93, modifiés par la *Loi du 2 mars 2000*, *Dz.U.* 22, pos. 271, toujours en vigueur.
24. Art. 24 de la *Loi sur le droit d'auteur du 10 juillet 1952*, *Dz.U.* 34, pos. 232, modifié par *Dz.U.* 35/1989, pos. 192.
25. J. BARTA, R. MARKIEWICZ dans J. Barta, R. Markiewicz, M. Czajkowska-Dąbrowska, E. Traple, M.Ćwiąkalski, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim*

l'image n'est pas fixée dans l'œuvre. Son originalité par rapport à la réglementation du *Code civil* consiste dans la casuistique de la réglementation. Le droit à l'image se traduit comme un droit de s'opposer à la divulgation de l'image sans l'autorisation du titulaire de ce droit, sauf s'il s'agit d'une des exceptions couvertes par l'article 81, al. 2, DdA. La possibilité de délivrer des consentements à des agissements bien précis constitue le côté positif du droit à l'image. Il est clair que l'objet du consentement, c'est toujours une image fixée concrète dans une œuvre et non pas une image quelconque.

Est-ce qu'on peut distinguer deux biens juridiques, l'image de la fixation de cette image? Le premier bien porterait sur l'aspect de l'identité, un symbole de l'individu. Le deuxième, sa matérialisation. La capacité de contrôler la divulgation des fixations de l'image sert, dans la plupart des cas, à la protection à la fois des intérêts personnels et pécuniaires. Presque aucune diffusion n'est sans importance du point de vue des intérêts moraux du titulaire du droit à l'image. Les situations où cette règle pourrait être mise en question sont très rares (l'élargissement du champ d'exploitation quant au territoire, au nombre d'exemplaires, à la période d'exploitation, à la publicité pour un produit similaire[26], etc.). Il serait difficile, du point de vue pratique, de distinguer ces situations d'autres. Pour simplifier et renforcer la protection, il faut postuler une interprétation de l'article 81 DdA à l'effet d'y voir le droit de diffuser l'image et non pas seulement le droit de la divulguer. Cela n'exclut pas l'interprétation du droit à l'image de l'article 23 cc comme un droit qui, lui aussi, englobe ce droit de diffusion.

L'article 81, al. 2, DdA énumère deux exceptions importantes au droit à l'image:

1) d'une personne universellement connue, si le portrait a été exécuté à l'occasion de ses activités publiques, en particulier politiques, sociales et professionnelles;

2) d'une personne constituant uniquement un détail d'un tableau représentant une assemblée, un paysage, une manifestation publique.

i prawach pokrewnych, Varsovie, 1995, p. 385; K. STEFANIUK, *Naruszenie prawa do wizerunku przez rozpowszechnianie podobizn*t, *PiP* 1/1970, p. 66; E. WOJNICKA, *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, *Z.N.U.J. PzW.i.O.W.*, I Cahier 56/1984, p. 8.

26. Parfois même, dans de telles situations, il est possible de prouver que le dépassement du cadre du consentement provoque un dommage moral. La personne en cause peut se trouver dans une nouvelle situation professionnelle, spirituelle, etc.

La construction du droit absolu à l'image permet d'expliquer restrictivement toutes les exceptions. Dans la doctrine, on suggère qu'elles ne devraient toucher que la diffusion des images dans un but d'information[27].

Les utilisations d'images dans un but commercial (publicité, merchandising) peuvent aussi être considérées comme une lésion aux autres biens personnels tels, par exemple, l'honneur, la vie privée. Toutes les réglementations civiles protégeant la personnalité se complètent et parfois s'entrecroisent. L'ayant cause est libre de choisir sa base de protection (art. 24 § 3 cc). Cette faculté peut s'avérer fort importante pour les modèles. D'après l'article 81, al.1, DdA, s'ils ont été payés pour la pose, ils ne peuvent pas disposer des fixations des images à moins qu'ils en aient convenu autrement. Ils peuvent en tout cas demander la protection sur la base du *Code civil*, selon les règles générales.

5. La protection – les actions

La violation des droits personnels doit être jugée du point de vue objectif, ayant en tête les personnes et les intérêts particuliers ou typiques. L'article 24 § 1 cc[28] offre à la personne dont le droit a été lésé ou risque d'être lésé des procédures judiciaires afin de faire cesser la violation et d'éliminer ou d'écarter ses effets (par exemple, une demande de rétractation ou de pardon public joue ce rôle). Le demandeur doit prouver que son intérêt a été atteint (ou est susceptible d'être atteint) et que cet intérêt compte parmi ses biens personnels.

27. J. BARTA, R. MARKIEWICZ, *op. cit.*, note 26, p. 388; K. STEFANIUK, *op. cit.*, note 26, p. 71; A. KOPFF, note, *OSPiKA* 1966, pos. 130; B. MICHALSKI, note, *PiP* 5-6/1967, p. 801.
28. Art. 24 §1: La personne dont le bien inhérent à la personnalité est menacé par une action d'autrui peut exiger qu'il y soit mis un terme, sauf si cette action n'est pas illégale. En cas d'atteinte à son bien, cette personne peut aussi exiger que la personne coupable de cette atteinte accomplisse les actes nécessaires pour en faire disparaître les effets et qu'en particulier, elle fasse une déclaration appropriée dans une forme convenable. D'après des règles prévues par le code, cette personne peut aussi exiger un dédommagement pécuniaire pour le dommage moral ou le versement d'une somme convenable au profit d'une organisation sociale identifiée par lui (Phrase ajoutée par la *Loi du 23 août 1996 modifiant le Code civil*, *Dz.U.* 114, pos. 542).
§ 2: Si l'atteinte portée à un bien inhérent à la personnalité a causé un dommage matériel, la personne ayant subi ce dommage peut demander qu'il soit réparé selon les règles générales.
§ 3: Les dispositions précédentes ne dérogent pas aux droits prévus par d'autres dispositions, en particulier par la législation sur le droit d'auteur ou les inventions (trad. M. Szepietowski).

Cette preuve peut soulever des problèmes dans les cas où l'intérêt en cause n'est – du point de vue objectif – que patrimonial ou pécuniaire. Du point de vue théorique, selon les représentants de la doctrine traditionnelle, il faut obligatoirement, pour constater la violation des droits personnels, démontrer la violation des intérêts moraux[29].

Lorsque les deux catégories d'intérêts (moraux et patrimoniaux) ont été violés, la situation est claire. Le demandeur peut protéger les deux en faisant interdire cette violation. Là où seulement les intérêts pécuniaires sont en cause, la réponse dépend de l'interprétation du droit à l'image. Elle sera positive si l'on définit ce droit comme englobant le droit de diffusion. Elle sera négative s'il est défini comme un droit d'interdire les comportements qui lèsent les intérêts moraux. Dans tous les cas, le demandeur n'est tenu de prouver ni la faute ni même le caractère illicite de l'agissement du défendeur. Le geste illicite est présumé; il s'agit d'une présomption *juris tantum*.

Si une telle lésion a causé un dommage matériel, ce dernier peut être compensé sur la base des règles générales de la responsabilité délictuelle (art. 415 cc[30]). Il peut se manifester comme *damnum emergens* ou *lucrum cessans*. La jurisprudence estime la rémunération due à celui dont l'image a été publiée dans un but lucratif comme un *lucrum cessans*. Les dommages-intérêts sont seulement dus dans les cas où la faute du défendeur a été prouvée (*culpa levis* suffit). Le quantum de l'indemnité ne dépend pas de la gravité de la faute.

Quant aux dommages moraux, le problème est plus complexe. D'après le droit civil polonais (art. 448 cc[31]), le juge peut accorder des dommages-intérêts pour le préjudice aux intérêts moraux causé par la lésion à n'importe quel bien personnel. C'est à lui de décider si la compensation est due et ce, à quelle hauteur. L'interprétation de cet article n'est pas unanime en doctrine. Selon le texte, s'il y a lésion à un droit personnel, le tribunal peut accorder des dommages-intérêts. Selon la majorité de la doctrine et la Cour d'appel de Cracovie[32], il y a

29. D'après S. GRZYBOWSKI, les droits personnels protègent les intérêts strictement personnels: *System prawa cywilnego*, tome I, Częśćogólna, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź, 1985, p. 238.
30. Art. 415: celui qui, par sa faute, a causé à autrui un dommage est tenu de le réparer.
31. L'article 448 dans sa rédaction actuelle a été introduit par *la Loi modifiant le Code civil du 23 août 1996*, *Dz.U.* 114, pos. 542.
32. Arrêt du 19 mai 1998, I *ACa* 130/98 dans B. GAWLIK, *Dobra osobiste. Zbiór orzeczeń Sadu Apelacyjnego w Krakowie*, Cracovie, 1999.

en outre une condition supplémentaire obligatoire (bien qu'elle ne soit pas mentionnée!)[33], soit la faute (au mimimum *culpa levis*) du défendeur. C'est une conséquence logique du régime général de la responsabilité délictuelle.

Il faut cependant souligner une importante dissidence, à savoir celle du juge G. Bieniek de la Cour suprême[34] qui reconnaît dans cette disposition du *Code civil* la libéralisation du régime de responsabilité. Il faut endosser la logique de ce juge pour des raisons pratiques. Pourquoi limiter la liberté du juge dans une circonstance donnée si le dédommagement reste facultatif? En plus, dans certains cas, cette sanction peut se révéler comme la seule efficace à la lésion à un droit personnel (par exemple, la lésion au droit à la vie privée, à la commercialisation de l'identité, etc.). Dans de pareilles situations, la demande de pardon public (qui constitue une sanction classique lorsque la lésion du droit n'est plus en cours) est inadéquate. Elle ne donne pas satisfaction et ne joue pas un rôle préventif. La sanction financière pourrait toutefois remplir ce rôle préventif.

Le demandeur peut réclamer une somme d'argent pour lui-même à titre de compensation du dommage moral ou au profit d'une organisation sociale identifiée par lui.

Comme en 1994 le *Code civil* ne prévoyait pas le dédommagement du préjudice moral lors d'une atteinte à l'honneur, à la vie privée, à l'image, etc., les autorités ont décidé d'anticiper la réforme du *Code civil* et de garantir une sanction en faveur du titulaire du droit à l'image et ce, parallèlement au titulaire des droits moraux d'auteur. L'article 83 DdA renvoie à l'article 78, al. 1, DdA[35]. Cela confirme que, pour le législateur, le droit à l'image constitue un droit

33. Ce n'est que lors de la dernière étape des travaux législatifs au Sénat qu'on a rayé l'exigence du *dolus* ou de la faute grave, ce qui a été considéré par la doctrine comme un malentendu.
34. G. BIENIEK, H. CIEPŁA, S. DMOWSKI, J. GUDOWSKI, K. KOŁAKOWSKI, M. SYCHOWICZ, T. WISNIEWSKI, C. ŻUŁAWSKA, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, tome I, Varsovie, 1996, p. 388.
35. Art. 78: 1. Le créateur dont les droits d'auteur personnels sont menacés par l'action d'un tiers peut exiger qu'il soit mis fin à cette action. Au cas où il est porté atteinte auxdits droits, le créateur peut également exiger que la personne ayant commis cette atteinte agisse en conséquence pour faire disparaître ses effets et, en particulier, qu'elle fasse une déclaration publique d'une forme et d'un contenu appropriés.
Si l'atteinte a été commise fautivement, le tribunal peut accorder un dédommagement du préjudice subi ou, à la demande du créateur, obliger la personne qui a causé le préjudice à verser une somme d'argent convenable à titre de dédommagement du préjudice subi ou une somme d'argent convenable au profit d'une œuvre sociale identifiée par le créateur.

personnel. Cela ne définit pas par ailleurs le contenu de ce droit. Dans la *Loi sur le droit d'auteur*[36], les sanctions lors de violations au droit à l'image ne sont pas identiques, mais semblables à celles du *Code civil*. D'après l'article 78, al. 1, DdA, la compensation du dommage moral est possible à la condition que l'on prouve la faute du malfaiteur et que le requérant demande une somme convenable soit pour lui-même, soit pour une organisation sociale. Cette différence linguistique et grammaticale ne doit pas être surestimée, car l'interprétation de l'article 448 cc proposée par la majorité des représentants de la doctrine va dans le même sens.

6. Le caractère du droit à l'image: personnel, mixte, patrimonial?

Les droits exclusifs patrimoniaux sont en général transmissibles et saisissables; ils font partie de la succession et leur violation peut entraîner l'action pour enrichissement sans cause; la *Loi sur la procédure civile* les traite aussi d'une façon différente des droits personnels (au chapitre entre autres de la juridiction du tribunal et des coûts judiciaires).

La division des droits subjectifs en deux catégories, soit personnels et patrimoniaux, est alors indispensable pour résoudre plusieurs problèmes précis. Puisque le législateur prévoit cette dichotomie, et tous les droits atypiques sont réglés séparément[37], le droit à l'image doit aussi être classé dans une catégorie donnée. Le classement dans un groupe déterminé est dépendant de l'intérêt protégé par le droit en question. L'intérêt est évalué selon le bien protégé et sa fonction dans le commerce au sens juridique. Un droit peut protéger les intérêts de deux groupes. Depuis toujours, il est évident que les droits patrimoniaux peuvent parfois protéger des intérêts moraux et que les droits dits personnels protègent *de facto* des intérêts pécuniaires. Le classement des droits subjectifs s'oriente donc selon l'intérêt prépondérant[38]. Comme l'élément moral domine parmi les intérêts protégés par le droit à l'image, il qualifie ce droit.

Personne n'ignore cependant que les fixations d'une image constituent de véritables marchandises. Le droit de les diffuser est la base des licences. La question reste ouverte quant à savoir si l'évolution de la perception d'un certain bien juridique et sa mise en valeur

36. Votée deux ans avant l'article 448 cc dans sa forme actuelle.
37. Par. ex., le droit d'auteur et ses règles de transmissibilité, son insaisissabilité, art. 18, 41 et s. DdA.
38. Z. RADWAŃSKI, *Prawo cywilne-część ogólna*, 3e éd., Varsovie, 1997, p. 94.

dans le marché des intérêts pécuniaires reliés à lui peuvent provoquer son transfert dans l'autre catégorie.

L'autre question qui se soulève est la suivante: est-ce qu'il est possible de reconnaître des droits mixtes, c'est-à-dire des droits qui sont à la fois personnels et patrimoniaux, et qui requièrent un traitement spécial[39]? Ces questions restent ici sans réponse définitive. Il faut signaler que la nature du bien protégé provoque parfois la recherche de solutions juridiques singulières. C'est le cas du droit à l'image.

Habituellement, le problème de la nature strictement personnelle, ou mixte, des droits de la personnalité est le plus complexe. Le monopole juridique des droits personnels est constitué du droit d'interdire certains comportements de la part de tiers. Lesquels? Ceux qui lèsent des biens personnels. Là où seulement les intérêts pécuniaires sont en cause, il n'est pas évident s'ils sont inclus dans le bien personnel en question. Cette catégorie de doutes apparaît là où seulement les biens personnels sont axiomatiquement *neutres*, c'est-à-dire lors des attributs de la personnalité. La protection de l'honneur serait dénuée de tout sens si l'on voulait la proclamer uniquement lorsque les droits pécuniaires étaient en jeu. Par contre, les symboles d'une personne – susceptibles d'exploitation comparativement à l'exploitation des œuvres artistiques – peuvent dans certaines circonstances être appréciés comme des *supports* (médias) à des intérêts strictement pécuniaires. Le législateur a disposé des droits personnels axés sur des biens personnels.

Comme ces biens ont des qualités fort différentes, il faut présupposer que le législateur en a été conscient. Si le marché révèle de nouveaux aspects de ces biens[40], cela ne devrait pas être ignoré par la doctrine et la jurisprudence. Cette constatation mène à l'acceptation de la thèse selon laquelle le droit à l'image, au nom ou au pseudonyme comporte à la fois une dimension morale et une dimension patrimoniale (nature mixte du droit en l'occurrence). Ce sont des droits personnels à contenu mixte.

39. Le législateur même a adopté une réglementation spéciale pour le droit de l'entreprise dans le *Code de commerce* 34 c com du 27 juin 1934, *Dz.U.* 57, pos. 502 et ses modifications.
40. La commercialisation de l'image est un phénomène bien connu et accepté par la société. Les contrats se fondent sur la règle de la liberté des contrats (art. 353 cc) qui stipule que tous les contrats en Pologne doivent respecter les règles de droit, les bonnes mœurs et la nature de la relation juridique. Cette règle peut toutefois servir d'obstacle au transfert du droit à l'image.

Il serait peut-être utile de distinguer deux biens juridiques, soit un bien personnel, l'image, un aspect de la personnalité, et un bien immatériel issu de ce bien personnel, à savoir sa matérialisation, la fixation de l'image. Un droit patrimonial devrait avoir comme objet une fixation de l'image et comme contenu la faculté d'interdire sa diffusion. Dans le cas du droit à l'image, l'acceptation de l'existence au sein de ce droit d'une faculté patrimoniale (celle de diffuser la fixation de l'image) est, selon nous, possible grâce à l'interprétation de la protection choisie par le législateur. Elle rend possible le classement du droit à l'image parmi les droits personnels, mais aussi l'apparition de cette faculté patrimoniale. Cet état de fait ouvre la porte quant à savoir jusqu'à quel point ce droit devrait s'enrichir. Sans l'intervention du législateur polonais, chaque opinion ne sera que celle de son interlocuteur.

Le droit de diffuser la fixation d'une image devrait être cessible et protégé en vertu de l'enrichissement sans cause. La cessibilité devrait toucher seulement la fixation d'une image et le droit d'utilisation devrait être précis après la divulgation (première présentation publique). Le droit de divulguer serait un droit strictement personnel. Dans la plupart des cas, une diffusion consiste en la violation d'un certain bien personnel. Or, un consentement du titulaire du droit à l'image devrait être jugé selon deux points de vue, soit une disposition d'un bien personnel et une autre d'un bien immatériel patrimonial. Le rôle prépondérant devrait être celui de l'élément personnel. Il est vrai qu'il pourrait en pratique «paralyser» les effets de la cession si celle-ci touchait une diffusion qui viole par exemple l'honneur.

Si une décision personnelle avait été prise quant au but de l'exploitation et à son contexte et qu'elle avait été effectivement mise en œuvre, le volet personnel serait épuisé. À partir de ce moment, la fixation de l'image peut être traitée comme un bien immatériel. Dans toutes les situations où la loi s'adresse soit aux droits patrimoniaux, soit aux droits moraux, le droit à l'image – comme totalité – doit être traité comme un droit personnel. Le caractère mixte de ce droit se révèle lorsque ce droit est lésé (la sanction de l'enrichissement sans cause peut se doubler de sanctions classiques pour des lésions à des intérêts personnels) et que l'on veut transférer *inter vivos* avec effet *erga omnes* le droit de diffuser dans un but précis la fixation d'une image. En plus, le droit patrimonial pourrait être transmissible par succession, mais les droits de nature personnelle ne le pourraient cependant pas. La dernière constatation mène au dualisme du droit à l'image.

L'interprétation proposée n'est qu'une proposition doctrinale qui n'a pas encore trouvé sa confirmation jurisprudentielle. Jamais dans la doctrine polonaise civiliste on n'a soutenu que la fixation de l'image peut être conçue comme un bien immatériel susceptible de commercialisation comme une œuvre artistique. Cette analogie ou comparaison paraît pourtant évidente pour ceux qui connaissent le droit d'auteur. Une des différences entre ces deux droits consiste dans la structure des intérêts protégés (intérêts pécuniaires *vs* mixtes). En effet dans ce dernier régime de droit, la sphère *mixte* reste plutôt restreinte (le premier acte d'exploitation, l'exploitation des adaptations). Par contre, la sphère considérée comme purement patrimoniale est immense. Cela explique pourquoi l'œuvre est l'objet du droit patrimonial et la fixation de l'image ne l'est pas.

Quelques exemples jurisprudentiels illustrent la présente position des tribunaux vis-à-vis la commercialisation de l'image. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Cracovie le 7 février 1995 dans *Pigwa*[41] confirme un aspect patrimonial du droit à l'image. Dans l'espèce, un comédien a créé un numéro de cabaret où il jouait le rôle d'une paysanne de la région de Kielce et qui commentait l'actualité. Il a voulu conclure un contrat de licence relativement à son pseudonyme scénique (*Genowefa Pigwa*) avec une entreprise produisant de la bière. Les négociations ont échoué mais, soudainement, apparaît sur le marché la bière *Pigwa*. Sur l'étiquette est reproduite une caricature d'une paysanne dans la robe traditionnelle de la région de Kielce. Le comédien a exigé la cessation de l'exploitation et a modifié sa réclamation en une de dommages-intérêts. Il a gagné parce que le tribunal a jugé que son droit à l'image (art. 23 cc) avait été lésé et qu'il avait perdu la possibilité de conclure un autre contrat de publicité avec un autre producteur de bière. La Cour a souligné que «les défendeurs ont utilisé la valeur économique du personnage créé par le demandeur en profitant de l'association que des clients ont avec ce personnage et ce, dans le but de les encourager à acheter les marchandises ornées de l'image du demandeur». Le personnage créé n'est, d'après la Cour, ni une œuvre ni une prestation de l'artiste interprète. Son image, c'est l'image identifiable de la personne physique dont l'exploitation est couverte par le droit à l'image. L'intention du demandeur de la commercialiser ne lui enlève pas la possibilité d'obtenir la protection du droit dit personnel.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Lódz le 28 août 1996 dans *Médecin*[42] appelle lui aussi la critique. Un médecin a pris part aux

41. Dans T. GRZESZAK, *Prawo autorskie w orzecznictwie*, *op. cit.*, *supra*, note 20.
42. *Ibid.*

manœuvres d'équipes de secours routier (*first aid*). Une entreprise qui a fourni une équipe a ordonné la prise de photographies de participants. L'une de ces photos représentant le demandeur parmi d'autres participants a été publiée comme matériel publicitaire de cette entreprise dans un mensuel médical. Le médecin a pris connaissance de la violation de son droit à l'honneur et ses collègues auraient pu croire qu'il avait posé contre rémunération, ce qui n'était pas le cas. En plus, l'éthique professionnelle des médecins était contraire à de telles pratiques publicitaires. Le médecin en question a donc demandé le pardon public et l'explication dans le même journal des circonstances de la prise de cette photo et de son utilisation publicitaire. Il a perdu devant le tribunal pour le motif suivant: l'article 81, al. 2, de la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins* excluant la protection des images des personnes qui n'étaient que les accessoires ou membres d'un groupe (partie d'un rassemblement, d'un paysage, etc.), ledit médecin n'avait donc pas droit au régime de protection. En outre, puisque le requérant n'avait pas protesté lors de la prise des photos, il avait en conséquence permis leur divulgation.

La Cour n'a pas hélas! vérifié l'opinion du médecin à la lumière des articles 23 et 24 cc qui protègent les biens personnels indépendamment de la *Loi sur le droit d'auteur* (le cumul des protections en vertu de l'article 24, par. 3, cc). On n'a pas examiné la violation du droit à l'honneur ou à la vie privée. On a perdu une chance de déclarer clairement que toute utilisation publicitaire de photos constitue une violation de la personnalité[43]. L'interprétation de l'autorisation mérite, elle aussi, une critique.

L'arrêt de la Cour d'appel de Varsovie du 13 janvier 1999 dans *Banquier*[44] est significatif à cause de la constatation que «l'image de l'être humain appartient d'après l'article 23 cc aux biens personnels qui sont protégés malgré l'absence de la violation de l'honneur ou de la dignité de cette personne lors de leur utilisation illicite, c'est-à-dire sans le consentement de la personne en cause». Cette affirmation lue dans le contexte de l'affaire jugée témoigne du fait que les juges déclarent que le droit à l'image englobe le droit de diffuser l'image, peu importe si le titulaire y perçoit une garantie de ses intérêts pécuniaires ou moraux. Le demandeur a travaillé à la banque et c'est pendant son activité professionnelle qu'il a été filmé. Son image a été utilisée en tant qu'élément d'une œuvre audiovi-

43. Note, T. GRZESZAK, *Monitor Prawniczy* 8/1997, p. 318 et s.
44. I *ACa* 108/98, non publié.

suelle servant de signal d'ouverture ou d'intermède durant une émission télévisuelle régulière à contenu économique. L'image apparaissait à l'écran plusieurs fois pendant quelques secondes en compagnie d'autres images qui devaient créer l'atmosphère de ladite émission sur l'économie.

La Cour a fait une nette distinction entre l'utilisation d'une image dans un but commercial et celle effectuée dans un but d'information. D'après le tribunal, l'utilisation de l'image en question constitue une violation à la fois du droit à la vie privée et du droit à l'image. La faute du télédiffuseur se manifeste dans la continuation de la diffusion de l'image en cause même après l'intervention du demandeur, qui a informé le télédiffuseur de ses prétentions. La Cour a accordé des dommages-intérêts de 5000 zl[45], mais en tant que compensation du dommage moral. Le fait que le demandeur n'ait revendiqué ni la cessation de cette utilisation ni le pardon n'est pas en conflit avec sa réclamation d'un dédommagement de son préjudice immatériel. Selon le tribunal, il n'y a pas de contradiction car, du point de vue objectif, il a déclaré une violation de biens personnels, soit de l'image et de la vie privée. La qualification de la somme accordée à titre de dédommagement du préjudice moral suscite la critique. Il serait plus logique de qualifier comme un *lucrum cessans* (élément du dommage matériel) la rémunération accordée en contrepartie de l'exploitation illicite. Elle pourrait aussi être un enrichissement sans cause.

Le tribunal n'a pas profité de l'occasion pour affirmer ouvertement le contenu patrimonial du droit à l'image. Il a préféré se restreindre à la réflexion que ce droit permettait d'interdire toute divulgation de l'image. Le contenu patrimonial de ce droit a été, d'une part, accepté car en réalité, dans l'affaire en cause, l'intérêt protégé était pécuniaire, et, d'autre part, ignoré au chapitre de la qualification de la somme accordée. Ce n'est pas la première fois que la jurisprudence accepte le fait que le titulaire du droit à l'image y trouve la source de revenus et demande la protection pour des raisons pécuniaires[46]. Que le demandeur n'éprouve pas personnellement de préjudice moral, cela ne change pas la conclusion voulant que, du point de vue objectif, un tel dommage n'existe pas. Au contraire, l'utilisation publicitaire (ou en merchandising) de l'image pourrait être classifiée du point de vue objectif comme nuisible au droit à l'honneur ou à la vie privée.

45. C'est le double du revenu mensuel moyen en Pologne en 2000.
46. Comme dans les affaires *Pigwa*, *Boxeur* et *Banquier*.

Parfois, on peut tirer de l'analyse de la sanction accordée par le tribunal des conclusions sur la nature du droit protégé. Dans l'affaire *Boxeur*[47], le tribunal n'a pas défini le droit à l'image comme un droit patrimonial, mais comme un droit de disposer de l'image; il a conclu à l'enrichissement sans cause de la part du défendeur, lequel avait édité des cartes postales reproduisant l'image du demandeur, un athlète célèbre. Ce dernier ne réclamait qu'une rémunération adéquate. La Cour la lui a accordée[48]. Ce jugement n'a pas été rapporté peut-être à cause de sa nouveauté ou de sa motivation officielle très laconique.

Du point de vue théorique, il n'est pas évident si le titulaire du droit à l'image peut revendiquer la remise de l'enrichissement sans cause[49]. En général, le demandeur doit seulement[50] prouver que c'est à lui qu'est dû le profit acquis par un tiers. Lorsque le droit patrimonial exclusif est lésé, cette relation est manifeste. Elle l'est par contre moins dans le cas des droits moraux. Le droit à l'image crée la possibilité de contrôler la diffusion de l'image et d'octroyer des licences contre rémunération. On peut donc décider de l'attribution du bien susceptible de commercialisation au titulaire du droit à l'image. En conséquence, les profits tirés de l'exploitation de l'image devraient tomber dans le patrimoine du titulaire de ce droit. Dans la doctrine plus ancienne (A. Ohanowicz[51] et W. Czachórski[52]), on retrouve de brèves remarques sur la possibilité de l'utilisation de l'institution de l'enrichissement sans cause lors de la violation du droit à l'image. Paradoxalement, la doctrine plus récente[53] reste muette sur ce sujet.

---

47. Arrêt de la Cour suprême, 27 avril 1977, I *Cr* 127/77, *Boxeur 1*, publié dans T. GRZESZAK, *Prawo autorskie w orzecznictwie*, *op. cit.*, *supra*, note 20.
48. Arrêt de la Cour suprême, 16 décembre 1977, r. I CR 437/77, *Boxeur 2*, publié dans T. GRZESZAK, *op. cit.*, *supra*, note 20.
49. Art. 405 cc: Celui qui, sans cause, a obtenu un avantage matériel aux dépens d'autrui est tenu de le restituer en nature et, si cela est impossible, à en rembourser la valeur (trad. M. Szepietowski).
50. Cette responsabilité est indépendante de la faute de la personne qui s'est enrichie.
51. A. OHANOWICZ dans *System Prawa Cywilnego*, tome III, część 1, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź, 1981, p. 481.
52. W. CZACHÓRSKI, *Dobra osobiste i ich ochrona de lege ferenda w prawie cywilnym in Problemy kodyfikacji prawa cywilnego*, Poznań, 1990, s. 16.
53. E. ŁĘTOWSKA, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Varsovie, 2000; K. PIETRZYKOWSKI dans Z. Banaszczyk, A. Brzozowski, J. Mojak, L. Ogiegło, M. Pazdan, K. Pietrzykowski, W. Popiołek, M. Safjan, J. Szachułowicz, K. Zawada, *Kodeks cywilny. Komentarz*, tome I, 2e éd., Varsovie, 1999; K. KOŁAKOWSKI dans G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wisniewski, C. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, tome I, Varsovie, 1996.

Il est inquiétant de constater que l'article 24, par. 2, cc renvoie lors de la violation de droits personnels aux règles générales de la responsabilité délictuelle (art. 415 cc), alors qu'il ne dit rien sur la possibilité de réclamer la restitution de l'enrichissement sans cause. Ce silence du législateur permet quand même, à notre avis, de soutenir la thèse que les règles générales de la réglementation de l'enrichissement sans cause s'appliquent normalement. Si un bien attribué à une personne, comme son bien personnel, a été fructifié sans cause, l'ayant droit pourrait demander la restitution de l'avantage d'autrui en relation avec l'appauvrissement de l'ayant droit. Comme l'image sur le marché constitue un bien qui peut être fructifié ou est susceptible d'exploitation commerciale, il est possible de décrire une fixation de l'image comme un bien appartenant à quelqu'un.

Des arrêts récents, on ne peut noter de développement au chapitre de l'idée du droit à l'image en tant que droit mixte ou droit personnel ayant un contenu patrimonial. On retrouve pourtant des décisions qui accordent une indemnité de la nature de celle d'un *lucrum cessans* aux personnes dont l'image a été divulguée sans autorisation dans un but commercial. Dans tous ces cas, on conclut à ce droit comme un droit personnel et à la violation des intérêts à la fois personnels et patrimoniaux. Dans aucune affaire, n'a pu se dégager d'une manière claire le problème de l'utilisation de l'image qui occasionne seulement des dommages pécuniaires. L'honneur ou la vie privée a tout le temps été en jeu. Les tribunaux préfèrent qualifier l'utilisation de l'image en publicité – ou en merchandising – de lésion au droit à l'image, et non pas au droit à la vie privée. La jurisprudence et la majorité de la doctrine[54] en Pologne voient dans le droit à la vie privée le droit de cacher ses propres secrets, et non pas le droit de contrôler son image publique[55].

Il semble que le *Code civil* puisse garantir une base adéquate au droit mixte à l'image, c'est-à-dire au droit qui protège tous les inté-

54. A. KOPFF, *Koncepcja praw do intymności i prywatności życia osobistego, Studia Cywilistyczne*, 1972, tome XX, s. 3 et s.; M. PAZDAN dans Z. Banaszczyk, A. Brzozowski, J. Mojak, L. Ogiegło, M. Pazdan, K. Pietrzykowski, W. Popiołek, M. Safjan, J. Szachułowicz, K. Zawada, *Kodeks cywilny. Komentarz*, tome I, 2e éd., Varsovie, 1999, p. 87; pour la jurisprudence, voir B. KORDASIEWICZ, *Cywilnoprawna ochrona prawa do prywatności. Kwartalnik Prawa prywatnego*, 1/2000, p. 24 et s.
55. Une telle proposition a été avancée par T. Grzeszak dans la note à l'arrêt de la CdA de Lódź du 28 août 1996, *MP* 8/1997, p. 318, et dans l'article «Reklama, a ochrona dóbr osobistych (naruszenie praw osobistych wykorzystanych w reklamie żyjących osób fizycznych)», *PPH* 2/2000 p. 9.

rêts reliés à l'image. La conception législative des droits personnels est souple et c'est uniquement la tradition qui empêche tout nouveau développement. La pleine protection de la personnalité requiert la protection de l'individu contre l'exploitation des attributs de son identité – et dans le processus de leur exploitation. L'absence d'une telle possibilité pourrait conduire à une situation injuste où des tiers pourraient profiter de la renommée de personnes célèbres. Le cadre unique du droit personnel n'est pas toujours adéquat pour le respect du droit à l'image. Il est parfois, en réalité, plus près des droits patrimoniaux et devient un droit personnel à contenu patrimonial. Le paradoxe du droit à l'image – qui a une double nature – est strictement lié à sa perception sociale. Une fixation de l'image peut constituer quelque chose de très personnel et une marchandise potentielle. Du point de vue objectif, cette fixation joue deux fonctions. Il est difficile de distinguer une classe des comportements des tiers, qui lèsent seulement les intérêts pécuniaires. La prépondérance de l'intérêt patrimonial se manifeste dans la diffusion successive de la fixation de l'image dans le même but.

Le *right of publicity* aux États-Unis d'Amérique en est un d'observation selon lequel l'utilisation des attributs de personnalité à des fins publicitaires ou de merchandising engage surtout des intérêts pécuniaires. Cela suffit pour distinguer ce droit du *right of privacy* et pour le traiter comme un droit patrimonial. Le choix de commencer la commercialisation de son image reste tout de même une décision personnelle.

7. Le consentement (autorisation)

L'autorisation du titulaire du droit à l'image rend l'exploitation licite. Elle doit être expresse et claire. Puisqu'elle doit avoir effet dans la sphère de tous les intérêts moraux et pécuniaires, elle doit énumérer toutes les circonstances de l'exploitation prévue afin d'éviter les prétentions du titulaire du droit. Tout ce qui pourrait être reproché à l'exploitant devrait être précisément réglé avant la divulgation. Les circonstances de l'utilisation commerciale d'une image relativement à son but, au contexte ou au genre de publicité devront être prises en compte afin d'éviter quelque violation à un droit personnel.

En pratique, surgissent souvent des conflits sur l'étendue du consentement à une fixation donnée d'une image, au but (information, publicité, merchandising), au contexte (texte d'accompagne-

ment[56]). La jurisprudence, soutenue en cela unanimement par la doctrine, propose une interprétation stricte des autorisations qui doit prendre en considération toutes les circonstances. Il ne faut pas deviner de l'acceptation de la fixation d'une image l'autorisation de la diffuser dans un but de publicité ou de merchandising (cartes postales)[57]. C'est à celui qui utilise l'image de prouver que son agissement est couvert par l'autorisation qu'il détient. Les tribunaux ont plusieurs fois estimé que la pose devant un photographe de presse laisse présumer une autorisation à la divulgation de cette image dans la presse (*Clocharde*[58], *Médecin*[59]).

En principe, l'autorisation peut revêtir n'importe quelle forme, même *per facta concludentia*. Dans l'industrie de la publicité ou du merchandising, on préfère les autorisations écrites pour éviter les malentendus. Le *Code civil* polonais (art. 5) prévoit la forme écrite *ad probationem* des actes juridiques dans tous les cas où la valeur de la transaction dépasse 2 000 zł (équivalant à environ 500 $ US).

Si nous traitons de la diffusion elle-même, le consentement se matérialise en pratique au moyen d'une licence comme en droit d'auteur. Elle pourrait englober toutes les formes de diffusion, même celles qui ne sont pas encore connues, parce que le droit à l'image ne confère pas les mêmes garanties pour la personne représentée que celles du droit d'auteur[60]. Si toutefois les intérêts personnels non prévisibles sont en cause, le consentement ne pourra pas les inclure, car la règle de l'interprétation des contrats (art. 65 § 2 cc) et l'interprétation traditionnelle donnée au terme «autorisation» font obstacle aux autorisations *in blanco*.

L'arrêt le plus ancien de la Cour suprême de Pologne sur la divulgation d'une image dans un but de merchandising a été rendu

56. Une demanderesse (mannequin) a protesté contre la diffusion de sa photo contenant une information à selon laquelle elle était mariée: arrêt de la Cour suprême du 21 septembre 1963, r. (I *CR* 734/62) *Une mariée de Cracovie* dans T. GRZESZAK, *Prawo autorskie w orzecznictwie*, *op. cit.*, *supra*, note 20. Ces dernières années, la presse a diffusé des informations sur de nombreux procès contre les médias qui illustraient des textes avec n'importe quelle image de n'importe quelle personne. Les personnes victimes de tels actes ont gagné leurs procès et obtenu des dédommagements pour les préjudices moraux subis.
57. Les arrêts *Boxeur 1 et 2*, *supra*, note 20 et *Danusia 1 et 2*, *infra*, note 65.
58. CdA de Varsovie, 3 avril 1997, *Clocharde*, *OSA* 4/1998, p. 40.
59. CdA de Łódź, 28 août 1996, *Médecin*, *OSP* 1997, pos. 42.
60. Les garanties pour l'auteur à l'article 41, al. 2, LDA: Le contrat relatif à la cession des droits d'auteur patrimoniaux ou bien le contrat relatif à l'utilisation de l'œuvre nommé ci-après «licence», englobe les domaines d'exploitation qui y sont expressément énumérés; art. 41, al. 4, LDA.: Le contrat peut concerner seulement les domaines d'exploitation qui sont connus lors de sa conclusion.

dans une affaire opposant une actrice et un éditeur de cartes postales (*Danusia 1 et 2*). Le défendeur a obtenu le consentement de la part d'un producteur de films de publier lesdites cartes. Il a conclu un accord avec le photographe, mais il a oublié d'obtenir celui de l'actrice. Celle-ci a soutenu que cette exploitation lésait son honneur d'actrice parce que, dans son milieu, on n'acceptait pas de telles pratiques auto-publicitaires. Comme à l'époque la loi ne stipulait pas de dommages-intérêts pour compenser le préjudice purement moral lors de la lésion au droit à l'honneur (ou au droit à l'image), l'actrice visée a seulement réclamé la cessation de l'exploitation et une déclaration publique de l'éditeur expliquant la situation.

Le premier arrêt de la Cour supérieure dans l'affaire *Danusia*[61] a donné en principe raison au défendeur car, d'après lui, cette édition ne concernait que le «masque» de l'actrice, et non pas son image. Le producteur du film pouvait donc faire la publicité de son film. L'affaire a toutefois été renvoyée pour enquête supplémentaire afin d'examiner les coutumes dans le monde du cinéma quant à l'influence de l'activité publicitaire du comédien sur sa réputation lors de la première instance. Cet arrêt a été vivement critiqué par la doctrine (Kopff[62], Michalski[63]). Le second appel devant la Cour suprême a pris en considération les arguments des plaideurs et la Cour a fait une distinction entre la publicité du film et la commercialisation de la renommée de l'actrice (le merchandising). Le tribunal a conclu à une violation du droit à l'image[64].

Un autre procès devant la Cour suprême (affaire *Bal*[65]) opposait une femme qui a été photographiée lors d'un bal et dont la photographie a été publiée dans la presse avec son consentement. La même photo a cependant été réutilisée à titre d'illustration dans la presse avec la légende suivante: «Serait-ce un grand ou un tout petit amour?» (citation du poème de Mayakowski). Comme la demanderesse a été abandonnée par son mari (avec lequel elle dansait sur la photo), l'utilisation de cette citation a été douloureuse pour elle. La Cour a jugé qu'une image légalement publiée une première fois peut être diffusée successivement à la condition que l'on fournisse l'infor-

61. Arrêt de la Cour suprême, 15 avril 1965, *Danusia 1*; *OSPiKA* 6/1966, pos. 130. À l'époque, c'était la deuxième instance dans les affaires relatives à la lésion à des droits personnels; aujourd'hui, il y a les cours d'appel et la Cour suprême qui juge des cassations.
62. Note de A. KOPFF, *OSPiKA* 6/1966, pos. 130.
63. Note de B. MICHALSKI, *PiP* 5/1967, p. 801.
64. Arrêt de la Cour suprême, 19 mai 1967, *Danusia* 2, *OSN* 8-9/68, pos. 141.
65. Arrêt de la Cour suprême, 2 février 1967, *Bal*, *OSNCP* 1967, pos. 161.

mation sur les circonstances de la première publication. L'accent a été mis sur l'aspect personnel, et non pas sur le monopole de diffusion de l'image.

La nature juridique de l'autorisation n'est pas claire, ce qui ne facilite pas la réponse à des questions fondamentales (par ex., la révocabilité, la capacité des mineurs de délivrer un consentement[66], ainsi que des personnes n'ayant pas pleine capacité d'agir, la protection du titulaire de licence contre les tiers, etc.). La solution dépend de la qualification du droit à l'image en tant qu'expression de la protection de la personnalité contre les violations ou en tant que droit positif de contrôler la diffusion de l'image ou des fixations de cette image. Dans la première situation, la protection effective exige un traitement similaire à celui de l'autorisation du patient d'un médecin[67]; dans la seconde, la jouissance de ce droit et la protection effective des tiers exigent un régime similaire aux droits de propriété intellectuelle.

Il faut alors trouver une solution intermédiaire, une disposition légale qui n'est ni aussi définitive que le transfert des droits patrimoniaux, ni aussi vague que l'autorisation. Un contrat de licence en vue de l'utilisation de fixations concrètes semble répondre à ce but *de lege latae*. R. Skubisz exprime l'idée que là où une autorisation est donnée par contrat pour l'enregistrement d'une marque de commerce, elle est irrévocable[68]. Quand le contrat s'éteint à la suite de sa révocation, après un temps convenu, etc., l'autorisation ne lie plus. Le législateur devrait pourtant intervenir pour renforcer la position du licencié (comme il l'a fait pour les licences exclusives (art. 67, al. 4, DdA[69]) d'après lequel le licencié exclusif peut interdire aux tiers l'exploitation de l'œuvre qui fait l'objet de la licence.

Il serait utile de distinguer deux bien juridiques: un bien personnel – l'image – aspect de la personnalité, et un bien immatériel,

66. La Cour suprême a accordé aux parents d'une lycéenne de 17 ans le droit de décider de la publication de ses mémoires et des lettres qui lui avaient été adressées. Les parents ont agi à titre de représentants légaux: arrêt du 30 novembre 1982 (II *CR* 435/82), *Lycéenne*, non publié.
67. Sur les problèmes d'autorisation de la part du patient, voir: M. SOSNIAK, *Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych, in Prace z prawa cywilnego*, Wrocław-Warszawa, 1985 (réd. B. Kordasiewicz, E. Łętowska), p. 63; A. SZPUNAR, *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, *RPEiS*, LII, cahier 1/ 1990, s. 41 et s.
68. R. SKUBISZ, *Prawo znaków towarowych. Komentarz*, Varsovie, 1997, p. 77.
69. Art. 67, al. 4: Sauf stipulation contraire au contrat, le titulaire de la licence exclusive peut présenter des revendications à titre de violation des droits d'auteur patrimoniaux dans le domaine couvert par le contrat de licence (trad. B. Nawrocki).

issu du bien personnel – la fixation de l'image. Le premier serait protégé dans le cadre de la protection de la personnalité, l'autre comme l'objet d'un droit patrimonial. La diffusion d'une image fixe constitue, dans la plupart des cas, à la fois l'intrusion dans les deux droits mentionnés précédemment. L'autorisation de l'ayant droit de divulguer une certaine fixation de son image dans un but réel a un double effet[70] quant à la réalisation du droit pécuniaire sur la fixation de l'image et aux droits moraux. Elle peut causer, dans le domaine moral, soit l'épuisement du droit moral de divulguer une fixation de l'image lorsque la divulgation a eu lieu, soit l'obligation de tolérer une intrusion dans la sphère personnelle (par ex., l'honneur).

Dans tous les cas où seulement l'aspect patrimonial est en cause, le transfert du droit de diffusion de la fixation de l'image devrait être possible. Mais ces situations sont rares. Il s'agit de quelques prolongations de l'exploitation convenue, de l'élargissement du territoire, de l'intensification de la diffusion (nouveaux titres de presse). La question reste ouverte quant à savoir si une telle intensification ne déroge pas aux intérêts moraux de la personne en question. La réponse dépend de la conception du droit de la personnalité. On voit que l'étendue des doutes est vaste. L'exemple de l'arrêt *Linda Malo*[71] au Québec démontre bien que, dans une nouvelle situation professionnelle, la simple prolifération de l'exploitation de l'utilisation publicitaire d'une fixation ancienne d'une image peut être interprétée comme une violation des intérêts moraux et pécuniaires.

La possibilité de doter le licencié d'un droit exclusif, efficace *erga omnes*, est contestable à cause de la règle *numerus clausus* des droits exclusifs patrimoniaux[72]. Cette règle n'est pourtant qu'un paradigme. Si l'on prouvait que le droit à l'image est un droit exclusif de nature mixte et que le transfert vise seulement le droit dérivé, le droit d'une utilisation précise de la fixation d'une image, l'insécurité juridique pour les tiers serait minimale. L'intervention du législateur ne serait pas indispensable pour résoudre ce problème.

Présentement, la difficulté consiste dans la perception traditionnelle des droits personnels. L'idée de leur intransmissibilité est toujours indiscutable si l'on a en vue de tels biens comme la vie, la

70. Ou même multiple si plusieurs droits personnels sont en question.
71. Cour supérieure du Québec, district de Montréal, arrêt du 12 janvier 2000, n° 500-17-002955-980.
72. S. GRZYBOWSKI, *System prawa cywilnego*, tome I, Część ogólna, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź, 1985, p. 234.

santé, l'honneur, la vie privée, l'image, le nom. Les doutes apparaissent si l'on applique cette idée aux matérialisations des attributs de la personnalité et si le droit transféré est le droit d'une certaine utilisation de ces biens immatériels. Il est vrai que, dans de telles situations, l'individu perd la possibilité de contrôler une utilisation convenue. Cela a le même effet qu'une simple licence et celle-ci est acceptable pour la doctrine mentionnée précédemment. L'acquiescement à un tel transfert de droit d'utilisation pourrait renforcer la position de l'acquéreur vis-à-vis un tiers.

8. La diffusion de l'image après la mort de la personne représentée

Les droits personnels protégés en vertu du *Code civil* sont unanimement qualifiés par la doctrine de droits qui naissent avec la personne humaine et qui s'éteignent avec sa mort. Ils ne sont pas transmissibles à cause de mort. Les proches du défunt peuvent protéger leur propre droit à la mémoire du mort et interdire certaines diffusions de ses images. Il ne semble pourtant pas possible de contrôler la diffusion de toutes les images du défunt prises durant sa vie et ce, en s'appuyant sur le droit au culte de la mémoire des défunts.

Le problème du sort du droit à l'image en vertu de l'article 81 DdA après la mort de la personne représentée n'est pas clairement résolu. D'une part, on constate que la protection dure vingt ans après la mort (art. 83 DdA) et, d'autre part, on ne désigne pas les personnes autorisées à demander la protection. Par analogie avec le droit qui protège le destinataire de la correspondance (et ses proches), il faudrait appeler le conjoint survivant et, à défaut, l'un après l'autre les descendants, les parents, les frères et sœurs. Ils peuvent agir sur la base de l'article 78, al. 1, DdA.

La vraie nature du droit à l'image, la nature mixte, soulève des difficultés d'ordre pratique. Si l'on avait accepté la thèse voulant que les articles 23 cc et 81 DdA reconnaissaient un monopole juridique, le droit patrimonial pourrait être transmis via la succession. Or, comme le droit à l'image se diviserait en deux catégories de droits («facultés»), à savoir le droit de diffuser la fixation de l'image et le droit de protéger les biens personnels reliés à la diffusion d'une fixation de l'image, leur sort serait différent. Si la divulgation d'une certaine fixation d'une image était nuisible à la mémoire du défunt, les proches pourraient interdire cette divulgation sur la base de leur propre intérêt personnel.

Cette thèse serait par ailleurs la plus fonctionnelle pour le marché, mais elle est la moins acceptable pour la tradition qui considère que le droit à l'image est un droit personnel. Paradoxalement, cette thèse «révolutionnaire» est instinctivement endossée par les non-juristes. La jurisprudence est muette sur cette question.

9. Le compte rendu

L'idée de la protection de l'image en tant qu'attribut de la personnalité, c'est le point de départ du droit à l'image. Elle est confirmée par le législateur (art. 23 cc et art. 81 DdA) et développée par la jurisprudence. Pour simplifier et renforcer cette protection, il faut considérer chaque diffusion de l'image sans le consentement de la personne représentée ou découlant de la loi comme une lésion au droit à l'image. Le droit de contrôler la diffusion constitue en pratique un monopole d'exploitation de la fixation des images. Comme ce droit est de la nature d'un droit personnel qui a pour objet un bien personnel, on ne lui reconnaît présentement pas une nouvelle propriété immatérielle. Ce droit conserve un statut de droit personnel bien qu'il ressemble beaucoup au droit d'auteur. Dans l'avenir, même sans l'intervention du législateur, on devrait voir dans ce droit deux catégories de facultés, soit personnelles et patrimoniales.