



L'insertion d'une photographie dans un périodique n'est pas un acte sans conséquences juridiques. La présente contribution a pour objectif d'exposer les règles applicables à un tel acte et les risques liés à leur contravention, afin de prévenir ceux-ci.

Le cadre légal applicable s'articule autour de deux thématiques : la protection des sujets photographiés et les droits de propriété intellectuelle sur tout ou partie de la photographie exploitée.

Alain Alberini, Docteur en droit et avocat au sein du cabinet sigma legal, fait le tour de la question.

PAR ALAIN ALBERINI | PHOTOS: PXHERE, PIXABAY, DR

I. Protection des sujets photographiés

a. La publication de la photographie porte-t-elle atteinte à l'image d'autrui?

L'art. 28 al. 1 du Code civil suisse (CC) protège la personnalité de tout un chacun, y compris son image, contre une atteinte illicite. L'art. 28 al. 2 CC précise qu'une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par l'un des éléments suivants :

- le consentement de la victime
- un intérêt privé ou public prépondérant
- la loi.

L'image d'une personne fait partie de sa personnalité et est protégée à ce titre. En conséquence, la diffusion de l'image d'une personne constituera une atteinte à cette dernière, laquelle sera illicite, sauf démonstration de l'un des motifs justificatifs précités. Il en va différemment si la présence de l'image d'une personne au sein d'une photographie ne revêt qu'un rôle accessoire, pour autant que cette personne ne pratique pas une activité intime, telle qu'une activité religieuse, ou qu'elle n'apparaisse pas dans une position dégradante.

Dans ces hypothèses, et plus généralement lorsque la publication de l'image porte atteinte à la personnalité de l'un des sujets, le consentement de celui-ci sera requis. On réservera l'exception des personnalités publiques, pour lesquelles on peut admettre que la publication de leur image est justifiée non pas par leur consentement, mais pas un intérêt public prépondérant à l'information qui justifie de diffuser leur image lorsque celle-ci comporte un lien informationnel avec le contenu rédactionnel du média.

b. Quels doivent être la forme et le contenu du consentement?

La loi n'impose aucune forme au consentement. Pour des raisons de preuve, en particulier si le consentement du sujet photographié devait être contesté ultérieurement par ce dernier, nous recommandons d'obtenir un consentement sous la forme d'un formulaire, comportant la date et la signature de la personne. Cette exigence s'impose également par le droit de la protection des données qui accorde une protection accrue à l'encontre de la communication des données sensibles en imposant un consentement explicite pour justifier un tel traitement (art. 4 al. 5 de la Loi fédérale sur la protection des données).

S'agissant du contenu du formulaire de consentement, ce dernier doit non seulement prévoir l'autorisation de la capture de l'image du sujet photographié, mais également l'accord de ce dernier quant aux usages que l'auteur de la photographie entend en faire. Aussi le formulaire de consentement doit-il indiquer que:

- le sujet accepte que sa photographie fasse l'objet d'une publication ; et
- la forme de la publication (rédactionnelle ou publicitaire ; dans la presse écrite et/ou sur Internet, etc.).

« L'image d'une personne fait partie de sa personnalité et est protégée à ce titre. »



Plus besoin d'avoir du matériel spécifique pour prendre des photos en tout temps.

La précision de ces informations sera d'autant plus élevée si la publication révèle un élément ressortant de la sphère intime du sujet, telle que la pratique d'une activité religieuse, que ce soit directement par la photographie ou par la photographie mise en relation avec un texte.

c. Qui doit donner son consentement lorsque le sujet est mineur ou incapable de discernement?

Le consentement n'est valable que si la personne qui le donne est capable de discernement. En conséquence, un mineur capable de discernement pourra valablement consentir à l'utilisation de son image.

En revanche, si le sujet de la photographie est incapable de discernement, tel qu'un enfant en bas âge ou une personne atteinte de maladie mentale, le consentement devra être donné par son représentant légal (parent ou curateur).

d. Quelles sont les conséquences d'une photographie publiée sans le consentement du sujet?

Le sujet d'une photographie publiée sans motif justificatif, notamment en l'absence de consentement ou sur la base d'un consentement insuffisant, peut s'opposer à sa publication, respectivement exiger le retrait des exemplaires comportant la publication de la photographie litigieuse ou leur effacement dans le cas d'une publication en ligne. Il peut en outre réclamer le remboursement du préjudice subi et résultant de la publication, ainsi qu'une indemnité pour tort moral.

A cela s'ajoute les conséquences financières liées à l'atteinte illicite à sa personnalité, telles que le remboursement des frais de justice et d'avocat de la personne lésée et les frais de mise au pilon des exemplaires comportant la publication litigieuse.

Par ailleurs, si une personne est directement touchée dans sa personnalité par la présentation que fait un média à caractère périodique de faits qui la concernent, notamment par la publication d'une photographie sur laquelle elle apparaît, elle a le droit de répondre sur les faits en question, par écrit, dans ce même média.

« Si le sujet de la photographie est incapable de discernement, tel qu'un enfant en bas âge ou une personne atteinte de maladie mentale, le consentement devra être donné par son représentant légal. »



Jean-Claude Gadmer, photographe de L'Essentiel en pleine action.

« Dans le cadre de la réalisation d'une photographie, son auteur s'abstiendra de pénétrer dans un bâtiment contre la volonté clairement manifestée de l'ayant droit. »

e. Quels sont les autres risques pénaux dans le cadre de la réalisation d'une photographie?

Sur plainte du lésé, l'art. 179^{quater} du Code pénal suisse réprime d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui aura photographié un fait qui relève du domaine secret d'une personne ou un fait ne pouvant être perçu sans autre par chacun sans l'accord de cette personne.

Pourra être puni d'une peine identique celui qui aura conservé ou rendue accessible à un tiers une photographique qu'il savait ou devait présumer qu'elle avait été obtenue en violation de la règle précitée.

En outre, dans le cadre de la réalisation d'une photographie, son auteur s'abstiendra de pénétrer dans un bâtiment (y compris de ses surfaces adjacentes pour autant qu'elles soient encloses) contre la volonté clairement manifestée de l'ayant droit, c'est-à-dire de la personne qui a le pouvoir d'en disposer. Cela vaut même si le bâtiment n'est pas fermé à clé. L'art. 186 du Code pénal réprime, sur plainte, le contrevenant à cette prescription d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

II. Droits de propriété intellectuelle sur la photographie

a. La photographie est-elle protégée?

La Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA) protège pour une durée de 70 ans à compter de la mort de leurs auteurs les créations, notamment les créations photographiques, dotées d'un « caractère individuel », c'est-à-dire dont l'aspect artistique va au-delà des expressions connues au point d'apparaître comme unique.

Depuis la révision de la LDA, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2020, les créations photographiques dépourvues de caractère individuel sont également protégées, toutefois pour une durée de 50 ans à compter de leur confection.

Il est souligné que la protection des photographies par la LDA prend effet dès leur réalisation et n'est pas soumise à enregistrement. Elle est en outre indépendante d'une quelconque mention (par exemple du symbole « © ») en ce sens.

b. Quels sont les droits qui découlent de la protection d'une photographie?

La protection d'une photographie par la LDA a pour conséquence que le titulaire des droits sur celle-ci est seul autorisé à la reproduire et à la diffuser, que ce soit dans un imprimé ou en version numérique, de sorte que tout tiers qui souhaite entreprendre une telle démarche devra obtenir l'autorisation du titulaire des droits et, cas échéant, s'acquitter des royalties réclamées par ce dernier.

A défaut d'une telle autorisation, le titulaire des droits peut agir judiciairement pour faire cesser ou interdire la reproduction et la diffusion de la photographie, respectivement exiger son effacement d'Internet. En outre, l'utilisation d'une photographie protégée constituera un acte illicite entraînant une obligation d'indemniser le titulaire des droits du préjudice subi, respectivement de son manque à gagner. En outre, le comportement, s'il est intentionnel, peut être constitutif d'une infraction pénale punie d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

« Il est recommandé d'indiquer l'identité de l'auteur de la photographie lorsqu'une telle mention est possible. »



Prendre une photo dans l'espace publique est différent de la faire en lieu clos.

On réservera toutefois certains cas dans lesquels l'utilisation d'une photographie échappe au droit exclusif de son auteur en vertu d'une exception aux droits d'auteur. Sans être exhaustif, tel est le cas d'une photographie à des fins:

- personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées, au sein d'une entreprise ou à des fins d'information interne ou de documentation (sous réserve de l'acquittement de la rémunération qui peut être due à la société de gestion représentant le titulaire des droits).
- de citations, c'est-à-dire à des fins de commentaire, de référence ou de démonstration, en ce sens qu'elle doit appuyer ou illustrer une affirmation et être proportionnée au but poursuivi. La reproduction d'une œuvre à des fins de citation n'est admise que si elle est proportionnée au but poursuivi, ce qui sera rarement le cas de la reproduction de l'intégralité de l'œuvre, telle une photographie. Si l'exception de citation est néanmoins remplie, la citation doit indiquer la source et l'auteur de l'œuvre citée. Cette exception n'est envisageable que si l'œuvre a été préalablement divulguée par son auteur.
- de comptes rendus d'actualité, pour autant qu'il s'agisse d'un événement récent et que la reproduction de l'œuvre en question réponde à une nécessité du point de vue de l'information du public, ce qui devrait rarement être le cas lorsque l'intégralité de l'œuvre, telle qu'une photographie, est reproduite.

c. Le titulaire des droits sur une photographie a-t-il consenti à l'exploitation de celle-ci?

Il découle de ce qui précède que la reproduction et la publication d'une photographie relèveront en règle générale du droit exclusif de son auteur. Aussi conviendra-t-il d'obtenir l'accord de ce dernier (par une cession ou une licence des droits) avant d'entreprendre de tels usages de la photographie et de se conformer aux conditions fixées par l'auteur.

On précisera qu'il se peut que l'auteur ait cédé les droits sur la photographie ou la gestion de ceux-ci à un tiers (par exemple un éditeur), de sorte que l'accord et les conditions d'utilisation devront être recueillis auprès de ce tiers. Il est toutefois prudent que ce dernier démontre être en droit de consentir à l'utilisation requise de la photographie, cas échéant par un document, tel qu'un contrat.

Par ailleurs, il est recommandé d'indiquer l'identité de l'auteur de la photographie lorsqu'une telle mention est possible et, dans tous les cas, lorsqu'elle correspond aux règles de l'art.

Enfin, il conviendra d'être attentif au fait qu'une photographie peut incorporer des œuvres de tiers (par exemple une sculpture ou un tableau), auquel cas il conviendra également d'obtenir l'accord du titulaire des droits sur ces œuvres sauf si la reproduction de ces œuvres dans une photographie et sa publication répondent à une exception aux droits d'auteur, telle l'exception de compte rendu d'actualité ou qu'il s'agisse d'une œuvre se trouvant dans un endroit visible depuis le domaine public.

d. Quels doivent être la forme et le contenu de la licence ou de la cession?

La loi n'impose aucune forme à la cession ou à la licence des droits. Pour des raisons de preuve, nous recommandons que l'accord soit donné par écrit ou par email et spécifie la durée pour laquelle l'accord est donné, les utilisations qui peuvent être faites de la photographie (publication à des fins rédactionnelles ou publicitaires ; dans la presse écrite et/ou sur Internet) et, cas échéant, l'éventuelle rémunération due en faveur du titulaire des droits.