
Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français

Grégoire Loiseau*

La théorie des droits de la personnalité ne cesse de se complexifier. Bien que le droit extrapatrimonial de la personnalité ait acquis une reconnaissance certaine, le droit patrimonial de la personnalité ne constitue pas encore, quant à lui, une véritable donnée du droit positif français. Or l'auteur avance que la consécration d'un tel droit serait opportune.

Deux préoccupations essentielles commandent cette consécration. D'une part, cela éviterait de dénaturer le droit extrapatrimonial chaque fois qu'est fondée sur celui-ci la réparation du préjudice purement économique résultant de l'utilisation non consentie d'un attribut d'une personnalité notoire. D'autre part, cela permettrait de pallier l'inadaptation du droit extrapatrimonial pour assurer la commercialisation de la valeur économique d'un attribut d'une personnalité notoire.

Afin d'éviter que l'un ne se retrouve soumis à l'influence de l'autre, l'auteur retient une conception dualiste du droit : le droit patrimonial de la personnalité doit être conçu comme un droit distinct du droit extrapatrimonial. C'est ainsi que l'auteur propose formellement de distinguer le droit primaire de la personnalité (soit le droit extrapatrimonial) et le droit dérivé de la personnalité (soit le droit patrimonial).

Bien que le droit dérivé de la personnalité soit un droit patrimonial, évaluable en argent, ce caractère ne rend compte qu'imparfaitement de sa véritable nature. En vérité, le droit dérivé comporte aussi un aspect personnel prononcé qui conduit à le classer parmi les droits patrimoniaux à caractère personnel.

L'auteur soutient que l'on ne peut concevoir l'existence du droit dérivé de la personnalité sans lui attribuer le caractère d'un droit disponible entre vifs, mais qu'en revanche sa transmissibilité à cause de mort s'avère inopportune. La patrimonialité du droit dérivé n'invalide pas en effet la thèse de son intransmissibilité à cause de mort. Il s'agit en réalité d'une patrimonialité incomplète qui, eu égard à l'élément personnel de ce droit, ne peut atteindre sa plénitude.

L'auteur clos l'essai en affirmant que toute intervention législative en la matière serait prématurée. La doctrine et la jurisprudence doivent auparavant avoir le temps d'éprouver le droit patrimonial de la personnalité.

Personality-rights theory is becoming increasingly complex. Although extrapatrimonial personality rights have been recognized, recognition of patrimonial personality rights is not yet a fact in the positive law of France. The author recommends establishing such a right.

Two considerations underpin this recommendation. On the one hand, recognition would avoid distorting extrapatrimonial rights each time reparation for a purely economic prejudice — resulting from the unauthorized use of a well-known personality's attributes — is based on such a right. On the other hand, it would solve the inadequacy of extrapatrimonial rights in providing a basis for marketing famous personalities' attributes.

The author adopts a dualist view of the law in order to avoid submitting one type of right to the influence of the other: the patrimonial personality right must therefore be distinct from the extrapatrimonial right. The author thus suggests a formal distinction between primary personality rights (extrapatrimonial rights) and derived personality rights (patrimonial rights).

Although the derived personality right is a patrimonial right — monetarily assessable — this characterization reflects only partially its true nature. In fact, the derived right also includes a strong personal aspect, leading to its classification among personal patrimonial rights.

The author argues that it is impossible to conceive of derived personality rights without making them transmissible *inter vivos*, although transmissibility upon death, he concludes, would be inappropriate. The patrimonial character of these rights does not invalidate this last conclusion: at issue is an incomplete patrimonial character that, because of the derived right's personal nature, cannot achieve full transmissibility.

The author concludes that any legislative intervention would be premature. Doctrine and jurisprudence must first put patrimonial personality rights to the test.

* Docteur en droit. Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université de Valenciennes. Ancien Boulton Visiting Research Professor à la Faculté de droit de l'Université McGill.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1997

Mode de référence : (1997) 42 R.D. McGill 319

To be cited as: (1997) 42 McGill L.J. 319

Introduction

I. Une évolution indispensable

- A. *La dénaturation du droit extrapatrimonial de la personnalité pour pourvoir à la réservation de la valeur économique d'un attribut d'une personnalité notoire*
- B. *L'inadaptation du droit extrapatrimonial pour assurer la commercialisation de la valeur économique des attributs d'une personnalité notoire*
 - 1. Contrats d'abstention et conventions d'exploitation
 - 2. Les justifications d'un droit patrimonial de la personnalité
 - 3. Conception moniste ou dualiste du droit patrimonial de la personnalité

II. La distinction des droits primaires et des droits dérivés de la personnalité

- A. *La notion de droit dérivé de la personnalité*
 - 1. Définition du droit primaire et du droit dérivé de la personnalité
 - 2. Les prérogatives du droit dérivé de la personnalité
 - 3. Les contours du droit dérivé de la personnalité
 - 4. Les rapports entre le droit primaire et le droit dérivé de la personnalité
- B. *La nature des droits dérivés de la personnalité*
 - 1. Le droit dérivé de la personnalité est un droit patrimonial à caractère personnel
 - 2. Le droit dérivé de la personnalité, nouvelle forme de droit de propriété intellectuelle ?

III. Le régime des droits dérivés de la personnalité

- A. *L'appartenance des droits dérivés de la personnalité*
 - 1. Les titulaires des droits dérivés de la personnalité
 - 2. Les droits dérivés de la personnalité et les régimes matrimoniaux
 - 3. L'exercice oblique des droits dérivés de la personnalité
- B. *La disponibilité des droits dérivés de la personnalité*
 - 1. La transmissibilité entre vifs des droits dérivés de la personnalité
 - 2. La transmissibilité à cause de mort des droits dérivés de la personnalité

Conclusion : faut-il légiférer ?

Introduction

Faut-il consacrer, dans les droits de tradition romano-germaniste et en particulier en droit français, l'existence de droits patrimoniaux de la personnalité ? Ces droits d'un genre nouveau mais d'une espèce connue peuvent-ils trouver leur place dans ces systèmes juridiques, ou s'y montrent-ils, au contraire, inopportuns ?

Sans doute, leur émergence, dans l'ordre juridique des pays occidentaux, est-elle à l'heure actuelle un phénomène encore modeste. Tandis que les droits extrapatrimoniaux de la personnalité gagnent un peu partout, sous une forme ou sous une autre, leurs lettres de noblesse, l'idée d'un droit d'exploitation des attributs de la personnalité, tels que l'image, le nom ou bien la voix, ne retient que depuis peu l'attention des juristes.

Pourtant, il y a plus de quarante ans que le droit américain a ouvert la voie en dégageant, à côté du *right of privacy* protecteur des intérêts extrapatrimoniaux, un *right of publicity* conçu pour satisfaire des intérêts patrimoniaux¹. Cette nouvelle génération de droits de la personnalité doit beaucoup, comme son cousin le *right of privacy*², au formidable essor des techniques de communication et de publicité ainsi qu'au développement, qui lui tint lieu de corollaire, du *star-system*³, répondant au besoin d'un droit d'être laissé tranquille (*right to be let alone*)⁴, le *right of publicity* est à l'inverse un pur produit de cette évolution qui, au fond, a révélé la valeur marchande et commercialisable que le nom ou l'image d'une célébrité peut désormais avoir. C'est de l'inadaptation et des limites rencontrées par le *right of privacy* pour répondre aux soucis de réservation et de commercialisation de cette valeur qu'est né, des exigences de Broadway et de Hollywood⁵, le *right of publicity*⁶. Patrimonial et cessible⁷, ce dernier

¹ La première cause ayant consacré le *right of publicity* fut *Haelan Laboratories Inc. c. Topps Chewing Gum Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953) [ci-après *Haelan*], certiorari refusé 346 U.S. 816 (1953). Elle fut rendue 48 ans après la cause *Pavesich c. New England Life Insurance Co.*, 50 S.E. 68 (1905), laquelle avait retenu, pour la première fois, l'existence du *right of privacy*.

² Quant aux raisons ayant présidé à la conception du *right of privacy*, voir surtout S.D. Warren et L.D. Brandeis, «The Right of Privacy» (1890) 4 Harvard L. Rev. 193.

³ Sur la genèse du *right of publicity*, voir M.B. Nimmer, «The Right of Publicity» (1954) 19 Law and Contemporary Problems 203, le premier article de doctrine lui ayant été consacré, aussi célèbre que celui de Warren et Brandeis sur le *right of privacy*, *ibid.*

⁴ Voir Warren et Brandeis, *ibid.* à la p. 195.

⁵ Voir *Ettore c. Philco Television Broadcasting Co.*, 229 F.2d 481 à la p. 485 (3d Cir. 1956) [ci-après *Ettore*].

⁶ *Haelan*, *supra* note 1, où la Cour, après avoir relevé les limites inhérentes au *right of privacy*, non transmissible au commerçant autorisé à exploiter les noms et images de joueurs de baseball et le laissant dès lors sans moyen de s'opposer directement à un usage similaire de la part d'une société rivale, a affirmé l'existence d'un *right of publicity*, droit patrimonial susceptible d'être concédé au moyen d'une licence exclusive et autorisant le licencié à le défendre judiciairement.

⁷ Nimmer, *supra* note 3 à la p. 216 ; H.R. Gordon, «Rights of Property in Name, Likeness, Personality and History» (1960) 55 Northwestern U.L. Rev. 553 à la p. 611 ; D.R. Ginsburg, «Transfer of the Right of Publicity: Dracula's Progeny and Privacy's Stepchild» (1974) 22 U.C.L.A. L. Rev. 1103 à la p. 1117 ; R.T. Rader, «The "Right of Publicity": A New Dimension» (1979) 61 J. Patent Office

témoigne en effet d'une rupture radicale avec le caractère personnel et inévaluable traditionnellement reconnu au *right of privacy* qui l'empêchait tout à la fois d'être cédé⁸ et de fonder la réparation de préjudices économiques en cas d'exploitation non consentie de la personnalité d'une célébrité⁹. L'expérience américaine le montre donc parfaitement et sans doute de manière prodromique : le droit patrimonial de la personnalité apparaît sur la scène juridique comme un droit dissident.

Toujours est-il qu'en *common law* quelques droits ont consacré depuis cette sécession. Certaines provinces canadiennes ont ainsi reconnu, dès 1973¹⁰, l'existence d'un

Society 228 à la p. 243 ; W.M. Borchard, «Trademarks and the Arts» (1982) 7 *Art and the Law* 1 à la p. 5 ; R. Ausness, «The Right of Publicity: A "Haystack in a Hurricane"» (1982) 55 *Temple L. Quarterly* 977 à la p. 988 ; R. Whitman et T.J. Dembinski, «A Simplified Approach to Preserving Rights of Publicity on Death» (1982) 121 *Trusts and Estates* 49 ; R.R. Kwall, «Is Independence Day Dawning for the Rights of Publicity?» (1983) 17 *U.C. Davis L. Rev.* 191 à la p. 210 ; R.C. Cray, «Choice of Law in Right of Publicity» (1983) 31 *U.C.L.A. L. Rev.* 640 à la p. 644 ; J.E. Salomon, Jr., «The Right of Publicity Run Riot: The Case for a Federal Statute» (1987) 60 *Southern California L. Rev.* 1179 à la p. 1204 et s. ; C.L. Buchanan, «A Comparative Analysis of Name and Likeness Rights in the United States and England» (1988) 18 *Golden Gate U. L. Rev.* 301 à la p. 337 et s. ; C. Pesce, «The Likeness Monster : Should the Right of Publicity Protect Against Imitation?» (1990) 65 *N.Y.U. L. Rev.* 782 à la p. 786 ; J.T. McCarthy, *The Right of Publicity and Privacy*, New York, Clark Boardman Callaghan, 1992 aux pp. 10-14 et s. et 10-55 et s. ; M. Madow, «Private Ownership of Public Image : Popular Culture and Publicity Rights» (1993) 81 *California L. Rev.* 127 à la p. 131 ; N.J. Jollymore, «Expiration of the Right of Publicity : When Symbolic Names and Images Pass into the Public Domain» (1994) 84 *Trademark Reporter* 125 à la p. 126 ; *Haelan, supra* note 1 à la p. 868 ; *Cepeda c. Swift & Company Co.*, 415 F.2d 1205 à la p. 1206 (8th Cir. 1969) [ci-après *Cepeda*] ; *Price c. Hal Roach Studios Inc.*, 400 F.Supp. 836 à la p. 844 (S.D. N.Y. 1975) [ci-après *Hal Roach*] ; *Hicks c. Casablanca Records*, 464 F.Supp. 426 à la p. 429 (S.D. N.Y. 1978) [ci-après *Hicks*] ; *Martin Luther King, Jr. Centre for Social Change Inc. c. American Heritage Products Inc.*, 296 S.E.2d 697 à la p. 704 (1982) [ci-après *Center for Social Change*] ; *Bi-Rite Enterprises Inc. c. Button Master*, 555 F.Supp. 1188 à la p. 1200 (S.D. N.Y. 1983) ; *Acme Circus Operating Co. c. Kuperstock*, 711 F.2d 1538 (11th Cir. 1983) [ci-après *Acme Circus*] ; *Bi-Rite Enterprises Inc. c. Bruce Miner Poster Co.*, 616 F.Supp. 71 à la p. 73 (D. Mass. 1984) ; *State of Tennessee ex rel. Elvis Presley International Memorial Foundation c. Crowell*, 733 S.W.2d 89 à la p. 97 (Tenn. Ct. App. 1987).

⁸ Voir par ex. *Hanna Manufacturing Co. c. Hillerich & Bradsby Co.*, 78 F.2d 763 (5th Cir. 1935), certiorari refusé 296 U.S. 645 (1935) ; *Rosemont Enterprises Inc. c. Random House Inc.*, 294 N.Y.S.2d 122 à la p. 129 (1968), confirmé 301 N.Y.S.2d 948 (1969).

⁹ Voir par ex. *Paramount Pictures Inc. c. Leader Press, Inc.*, 24 F.Supp. 1004 (W.D. Okla. 1938), à propos de la reproduction de l'image et du nom de stars du cinéma sur des posters ; *O'Brien c. Pabst Sales Co.*, 124 F.2d 167 (5th Cir. 1941), à propos de la reproduction sur un calendrier de la photographie d'un footballeur connu des années 1938-1939. D'autres décisions admettaient certes que la personne célèbre puisse s'opposer à l'appropriation de son nom ou de son image sur le fondement du *right of privacy*, mais ne lui accordaient des dommages et intérêts qu'en réparation du préjudice moral en ayant résulté. Voir ainsi *Fisher c. Murray M. Rosenberg Inc.*, 23 N.Y.S. 2d 677 (1940) ; *Miller c. Madison Square Garden Co.*, 28 N.Y.S. 2d 811 (1941) ; *Cason c. Baskin*, 30 So.2d 635 (1947).

¹⁰ *Krouse c. Chrysler Canada Ltd.* (1973), [1974] 1 O.R. (2^e) 225 à la p. 237 et s., 40 D.L.R. (3^e) 15 (C.A.). Voir également *Athans c. Canadian Adventure Camps Ltd.* (1977), [1978] 17 O.R. (2^e) 425, 80 D.L.R. (3^e) 583 (H.C.J.) [ci-après *Athans* avec renvois au O.R.] ; *Racine c. C.J.R.C. Radio Capitale Ltée.* (1977), [1978] 17 O.R. (2^e) 370, 80 D.L.R. (3^e) 441, 35 C.P.R. (2^e) 236 (Co. Ct.) ; *Heath c. Weist-Barron School of Television Canada Ltd.* (1981), [1982] 34 O.R. (2^e) 126, 62 C.P.R. (2^e) 92

droit patrimonial d'exploitation de la personnalité, le *right to market his personality*¹¹, distinct du *right of privacy* réglementé par diverses législations provinciales¹². Plus récemment, le 12 mai 1994, la Cour Suprême de Jamaïque a admis à son tour qu'une célébrité a un droit exclusif à l'usage commercial de son nom et de son image qu'elle peut céder ou concéder de son vivant et qui se transmet à sa mort à ses héritiers. Pour cette juridiction, à l'instar du droit de propriété reconnu sur le *goodwill* d'un commerce, le droit doit, en effet, reconnaître des droits patrimoniaux sur la notoriété qui s'attache à la personnalité d'une célébrité, de sorte qu'il y a violation de ces droits lorsqu'un attribut de la personnalité d'une célébrité est approprié à des fins commerciales¹³. Mais la fortune de ce droit n'est guère, en vérité, allée plus loin¹⁴. Le droit anglais, notamment, qui n'organise aucune protection spécifique de la personnalité, semble tout aussi hostile à l'idée d'un droit patrimonial sur celle-ci¹⁵. Tout au plus permet-il qu'une personne renommée obtienne réparation du préjudice économique résultant de l'appropriation de son nom ou de son image à des fins commerciales ou publicitaires lorsqu'elle exploite elle-même déjà la valeur des ces attributs dans l'exercice d'une ac-

(H.C.J.) ; *Dowell c. Mengen Institute*, [1983] 72 C.P.R. (2^e) 238 (Ont. H.C.J.) ; *Baron Philippe de Rothschild c. Casa de Haban Inc.* (1987), [1988] 19 C.P.R. (3^e) 114 (Ont. H.C.J.). Voir aussi *Joseph c. Daniels*, [1986] 4 B.C.L.R. (2^e) 239, 11 C.P.R. (3^e) 544 (C.S.).

¹¹ *Athans*, *supra* note 10 à la p. 437 ; D. Himmelfarb, *A Canadian Perspective on the Protection of an Individual's Personality from Commercial Exploitation*, New York, Clark Boardman, 1985 aux pp. 263 et 272 ; R.G. Howell, «The Common Law Appropriation of Personality Tort» (1986) 2 I.P.J. 149 à la p. 197 ; R.G. Howell, «Is There an Historical Basis for the Appropriation of Personality Tort?» (1989) 4 I.P.J. 263 à la p. 268. Voir également S.H. Abramovitch, «Publicity Exploitation of Celebrities: Protection of a Star's Style in Quebec Civil Law» (1991) 32 C. de D. 301.

¹² Voir *Privacy Act*, R.S.B.C. 1979, c. 336 ; *Privacy Act*, L.M. 1970, c. 74 ; *The Privacy Act*, R.S.S. 1978, c. P-24 ; *The Privacy Act*, S.N. 1981, c. 6.

¹³ B. St. M. Hylton et P. Goldson, «The New Tort of Appropriation of Personality: Protecting Bob Marley's Face» (1996) 55 Cambridge L.J. 56 à la p. 63.

¹⁴ Le droit américain a toutefois également inspiré le droit japonais qui a consacré, en 1976, un droit patrimonial semblable au *right of publicity*, dénommé *paburishitiken*, distinct du *purabashiken*, correspondant en quelque sorte au droit extrapatrimonial de la personnalité ou au *right of privacy*. Voir *Lester c. Tokyo Daiichi Film* citée dans McCarthy, *supra* note 7 à la p. 6-119, note 1 ; *McQueen c. Towa K.K.*, citée dans McCarthy, *ibid.* à la p. 6-120, note 6 ; *Hiromi Go c. Sukiyo Ningyo-Kenkyuso* citée dans McCarthy, *ibid.* à la p. 6-120, note 6. Voir aussi T. Doi, «Character Merchandising in Japan: Protection of Fictional Characters and Well-Known Personalities as the Basis for Merchandising Activities» (1978) Annual Ind. P.L. 283 ; McCarthy, *ibid.* à la p. 6-119 ; H.E. Ruijsenaars, «Character Merchandising in Japan: A European View on Japanese Case Law» (1996) 7 Entertainment L. Rev. 110 ; Saito, cité dans Ruijsenaars, *ibid.* à la p. 111, note 9.

¹⁵ E. Veitch, «Libel, Privacy and Rights of Publicity» (1972) 23 Northern Ireland Legal Q. 204 ; W.R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1989 à la p. 420 ; McCarthy, *ibid.* à la p. 6-111 ; J. Holyoak, «United Kingdom Character Rights and Merchandising Rights Today» (1993) J. Bus. L. 444 ; E. Logeais, «The French Right to One's Image: A Legal Lure?» (1994) 5 Entertainment L. Rev. 163 à la p. 167. Voir aussi *Bi-Rite Enterprises Inc. c. Bruce Miner Co.*, 757 F.2d 440 à la p. 442 (1st Cir. 1985). Certains auteurs sont pourtant favorables à la reconnaissance d'un tel droit. Voir P. Russell, «The Commercial Exploitation of Real Names» (1979) 129 New L.J. 791 à la p. 792 ; T. Frazer, «Appropriation of Personality: A New Tort?» (1983) 99 L.Q. Rev. 281 à la p. 307 ; Buchanan, *supra* note 7 à la p. 368 et s. ; C.L. Buchanan, «The Need for a Right of Publicity» (1988) 10 European I.P. Rev. 227.

tivité commerciale¹⁶. Également rétif à la formalisation d'un nouveau droit¹⁷, le droit australien s'est seulement efforcé jusqu'à présent d'assouplir les conditions de l'action en *passing off* afin de faciliter la réparation du préjudice économique résultant de l'exploitation sans autorisation du nom ou de l'image de personnes notoires¹⁸.

Cette réserve caractérise encore, à bien des égards, la plupart des droits romano-germanistes. À bien y regarder, ceux-ci ne «s'américanisent» pas aussi vite que le craignait, voilà soixante ans, Josserand¹⁹. Mais une évolution s'est amorcée ; le droit patrimonial de la personnalité ne laissa plus, aujourd'hui, indifférent. Les doctrines suisse et belge y consacrent quelques travaux²⁰. En Italie, le Tribunal civil de Rome a jugé, en 1986, que l'on ne peut méconnaître dans les droits de la personnalité un contenu patrimonial²¹, en fait de quoi l'on a pu affirmer qu'un droit analogue au *right of publicity*

¹⁶ Ainsi, un joueur célèbre de cricket qui commercialise l'usage de son nom ne pourra s'opposer à sa reproduction non autorisée sur des battes de cricket et obtenir réparation du préjudice économique en résultant que s'il est lui-même engagé dans la fabrication ou le commerce de battes de cricket. Voir Russell, *ibid.* à la p. 791 ; C.J. Hartmann et S.M. Renas, «Anglo-American Privacy Law: An Economic Analysis» (1985) 5 *International Rev. L. and Economics* 133 à la p. 143 ; Frazer, *ibid.* aux pp. 298-89.

¹⁷ A. Brown, «Character Merchandising: A View from Australasia» (1986) 2 *I.P.J.* 93 aux pp. 95 et 114 ; McCarthy, *supra* note 7 à la p. 6-115.

¹⁸ Quelques décisions ont sanctionné l'appropriation du nom ou de l'image d'une personne célèbre sur le fondement de l'action en *passing off* sans exiger un «champ commun d'activités» entre celle-ci et l'utilisateur du nom ou de l'image. L'usage déceptif du nom incitant le public à croire que la célébrité a parrainé le produit suffit à établir le *passing off*. Voir *10th Cantanae Pty Ltd. c. Shoshana Pty Ltd.* (1987), [1988] 79 *A.L.R.* 299 (F.C. Gen. Div.), à propos de l'utilisation dans une publicité pour une marque de téléviseurs du nom d'une vedette de la télévision australienne, Sue Smith ; *Hogan c. Koala Dundee Pty Ltd.*, [1988] 83 *A.L.R.* 187 (F.C. Gen. Div.) et *Pacific Dunlop Ltd. c. Hogan*, [1989] 87 *A.L.R.* 14 (C.F. Gen. Div.), à propos de l'utilisation sur toutes sortes de produits du nom du personnage de Mick Dundee, rendu célèbre par son interprétation par Paul Hogan dans le film *Crocodile Dundee*. Voir aussi S. Simpson, «Merchandising and the Protection of Celebrity» (1988) 62 *Australian L.J.* 624 ; S. Simpson, «The Price of Fame Revisited» (1989) 63 *Australian L.J.* 281.

¹⁹ L. Josserand, «La personne humaine dans le commerce juridique» *D.1932.Chron.1.*

²⁰ F. Dessemontet, «Le droit à sa propre image : droit de la personnalité ou droit à la publicité» dans *Faculté de droit et de sciences économiques de l'université de Neuchâtel, Mélanges en l'honneur de Jaques-Michel Grossen*, Bâle (Francfort-sur-le-Main), Helbing & Lichtenhahn, 1992 à la p. 41 ; J.-B. Zufferey, «Droit de la personnalité : quelques éléments d'une analyse économique» dans P. Gauch, F. Werro et J.-B. Zufferey, dir., *La protection de la personnalité : bilan et perspectives d'un nouveau droit*, Fribourg (Suisse), Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1993 à la p. 203 ; F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1990 aux pp. 392 et 762 et s.

²¹ G. Assumma, note sous Pretura di Roma, 18 février 1986, *Il diritto di autore*.1986.G.C. 215 à la p. 222 ; R. Pardolesi, cité dans M. Bianca, *I contratti di sponsorizzazione*, Dogana (Repubblica di San Marino), Maggioli, 1990 à la p. 201, n. 21 ; M. Dogliotti, note sous Pretura Roma, 18 avril 1984, *Giurisprudenza Italiana*.1985.I2.544 ; M. Garutti, note sous Pretura Roma, 18 avril 1984, *Giurisprudenza Italiana*.1985.I2.543 à la p. 551 ; G. Assumma, note sous Pretura di Roma, 6 juillet 1987, *Il diritto di autore*.1987.G.C.570 ; C. Scognamiglio, note sous Tribunale Roma, 29 janvier 1991, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*.1992.G.53 ; P. Testa, cité dans Bianca, *ibid.* à la p. 201, n. 21 ; G. Ponzanelli, cité dans M. Bianca, *ibid.* à la p. 201, n. 21 ; Tribunale Roma, 22 décembre 1994, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*.1995.G.641.

était désormais consacré par le droit positif italien²². De fait, même si son existence reste encore controversée²³, de très nombreux auteurs italiens semblent aujourd'hui favorables à la reconnaissance d'un droit patrimonial, sinon sur la notoriété elle-même, du moins sur le nom ou l'image à travers lesquels elle peut être commercialisée²⁴.

En France, quelques juridictions du fond ont également fait état, ces dernières années, d'un droit patrimonial à l'image²⁵. En particulier, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a affirmé, le 21 mai 1991, que «[l]e droit à l'image revêt un caractère, non seulement moral, strictement personnel à son titulaire, s'éteignant avec lui et bénéficiant de la protection de l'article 9 du Code civil, mais aussi patrimonial [...]» et que «[l]a valeur patrimoniale de ce droit a vocation à se transmettre, comme tout autre droit de même nature, aux héritiers qui sont, dès lors, fondés à autoriser ou non la divulgation à des fins commerciales de l'image de leur auteur»²⁶. Reste que, dans des circonstances semblables, la Cour d'appel de Paris avait jugé à l'inverse, le 7 juin 1983²⁷, que le droit à l'image est un droit de la personnalité et non un droit patrimonial, de sorte que les héritiers d'une célébrité ne peuvent valablement céder à une société le droit de reproduction de l'image de leur auteur. Quant à la Cour de cassation, elle ne s'est pas, à

²² S. Martuccelli, «An Up-and-Coming Right: The Right of Publicity — Its Birth in Italy and Its Consideration in the United States» (1993) 4 Entertainment L. Rev. 109.

²³ A. de Vita, «La protection de la vie privée et le droit à l'image en Italie» dans *Liberté de la presse, respect de la vie privée et de l'image en droit comparé : Colloque de l'I.F.C. et de l'Institut français de presse des 22 et 23 mars 1991*, Paris, Actes de Colloques de l'I.F.C., Supp. Gaz. Pal., 25 à la p. 34, laquelle estime que la prise en considération d'un droit patrimonial d'exploitation de la personnalité, par la jurisprudence ou le législateur, est encore hypothétique.

²⁴ Voir surtout Assumma, note sous Pretura di Roma, 18 février 1986, *supra* note 21 ; Assumma, note sous Pretura di Roma, 6 juillet 1987, *supra* note 21. Voir aussi M. Bianca, *supra* note 21 à la p. 199 ; L. Lombardi, cité dans Bianca, *ibid.* à la p. 202, n. 22 ; R. Moccia, cité dans Bianca, *ibid.* à la p. 203, n. 26 ; C. Scognamiglio, cité dans Bianca, *ibid.* à la p. 202, n. 22 ; Ponzanelli, *supra* note 21 ; S. Gatti, «Il «diritto» alla utilizzazione economica della propria popolarità» (1988) *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 355 ; O. Troiano, cité dans Tribunale Roma, 22 décembre 1994, *supra* note 21 à la p. 642, notes en bas de page ; A. Orestano, cité dans Tribunale Roma, 22 décembre 1994, *ibid.* à la p. 642, notes en bas de page ; V. Zeno-Zencovici, «Profili negoziali degli attributi della personalità» *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*.1993.S.545 ; C. Martorana, note sous Tribunale Milano, 26 octobre 1992, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*.1993.G.947.

²⁵ Trib. gr. inst. Lyon, 17 décembre 1980, D.1981.Jur.202 (note R. Lindon et D. Amson) ; R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, «Jurisprudence française en matière de droit civil : personnes et droits de famille» (1983) *Rev. trim. dr. civ.* 103, 317, 514, 722 ; Trib. gr. inst. Marseille, 6 juin 1984, D.1985.Somn.323 (note R. Lindon) ; Paris, 10 décembre 1985, *Gamand c. Gomila*, *Juris-Data* 85-27616 ; Trib. gr. inst., Paris, 25 novembre 1987, *Ford c. Presses de la Cité*, *Juris-Data* 87-45166 ; voir aussi Paris, 2 février 1993, D.1993.I.R. 118, qui juge que le droit à l'image d'un mannequin a une valeur patrimoniale.

²⁶ Aix-en-Provence, 21 mai 1991, Bull.inf.Cass.1991.Jur.40, n° 1478 ; voir aussi Aix-en-Provence, 21 mai 1991, R.J.D.A. 1991.Jur.665, n° 756 ; Trib. gr. inst. Aix-en-Provence, 24 novembre 1988, J.C.P.1989.II.21329 (note J. Henderyksen) ; J. Patarin, «Jurisprudence française en matière de droit civil : successions et libéralités» (1990) *Rev. trim. dr. civ.* 126.

²⁷ Paris, 7 juin 1983, *Gaz.Pal.*1984. 2^esem. Jur.528 (note G.-G. Lamoureux et B. Pochon), D.1985.Inf.165.

ce jour, prononcée. Seul le Conseil d'État, le 3 mars 1993²⁸, appelé à statuer sur la soumission à la T.V.A. des redevances perçues par un joueur de tennis professionnel qui avait autorisé une société à commercialiser des modèles de raquettes portant son nom, a analysé ce contrat comme une concession du droit d'exploiter le nom à des fins commerciales.

À ce compte, on ne peut donc soutenir que le droit patrimonial à l'image ou au nom constitue aujourd'hui une donnée du droit positif français. Quant aux auteurs, qui se sont principalement interrogés sur la nature du droit à l'image²⁹, ils ne sont pas, loin s'en faut, unanimes. À la vérité, nul ne feint d'ignorer qu'il existe, dans la réalité des faits, un commerce de l'image. Mais ce qui divise la doctrine est moins cette tendance à la patrimonialisation de l'image, dont M. Stoufflet faisait déjà état il y a près de quarante ans³⁰, ou bien encore du nom³¹, que la réaction du droit face à ce phénomène. Certains auteurs tiennent pour avérée l'existence d'un droit patrimonial sur l'image³², ou mettent l'accent sur le double aspect, patrimonial et extrapatrimonial, du droit à l'image³³, tandis que d'autres soulignent plus justement que son existence n'est pas encore reçue en

²⁸ Cons. d'État, 3 mars 1993, J.C.P.1993.Pan.act.140, n° 450 ; Cons. d'État, 3 mars 1993, Droit fiscal.1993.I.1289 (Concl. O. Fouquet).

²⁹ Voir cependant les auteurs qui évoquent l'éventualité d'un droit patrimonial au nom : P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité : une critique de la théorie des droits de la personnalité*, thèse de doctorat en droit, Dijon, 1978 à la p. 207 et s., n° 209 [non publiée] ; F. Pollaud-Dulian, note sous Cass. com., 27 février 1990, J.C.P.1990.II.21545 ; F. Pollaud-Dulian, «L'utilisation du nom patronymique comme nom commercial» J.C.P.1992.I.3618, n° 18 ; F. Pollaud-Dulian, «Droit moral et droits de la personnalité» J.C.P.1994.I.3780, n° 16 ; C. Zanella, *Les marques nominatives*, thèse de doctorat en droit, Paris II, 1994 aux pp. 74-75 [non publiée] ; Y. Buffelan-Lanore, *Droit civil : première année*, 9^e éd., Paris, Masson, 1995 à la p. 141, n° 174. Voir aussi S. Alamowitch, «Droit de la personnalité et exploitation de l'oeuvre audiovisuelle : aspects de droit français et de droit international privé» *Gaz.Pal.2e sem.1993.Chron.1284*, n° 14 et 15, qui estime que les personnes physiques et morales ont un monopole d'exploitation sur les attributs de leur personnalité, tels que le nom, l'image, la vie privée, la réputation ou l'honneur.

³⁰ J. Stoufflet, «Le droit de la personne sur son image : quelques remarques sur la protection de la personnalité» J.C.P.1957.I.1374, n° 25.

³¹ *Ibid.* ; J.-P. Gridel, *Introduction au droit et au droit français*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1994 à la p. 97.

³² D. Acquarone, «L'ambiguïté du droit à l'image» D.1985.Chron.129, n° 3 et 19 ; D. Amson, note sous Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1987, D.1988.Somm.197 ; P. Kayser, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, 3^e éd., Paris, Economica, 1995 aux pp. 183 et 197. Voir aussi Logeais, *supra* note 15 à la p. 165 et s.

³³ Stoufflet, *supra* note 30 au n° 32 ; B. Edelman, «Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image» D.1970.Chron.119, n° 6 ; *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, 2^e éd., «Personnalité (Droits de la)», par D. Tallon, n° 106 ; A.R. Bertrand, «Un nouveau droit voisin du droit d'auteur : le droit à l'image» (1990) 32 Cahiers du droit d'auteur 1 à la p. 3 ; P. Conte et B. Petit, *Les personnes*, 2^e éd., Grenoble, Presses de l'Université de Grenoble, 1995 à la p. 31, n° 38 ; C. Bigot, «La protection de l'image des personnes et les droits des héritiers» (1995) 10 Rev. tri. dr. de la communication 28 ; C.-É. Renault, «La publicité et le droit à l'image des personnalités politiques» *Gaz.Pal.5-6 juillet 1996.Doctr.2*, n° 8 ; M. Serna, *L'image des personnes physiques et des biens*, Paris, Economica, 1997 à la p. 135.

droit français³⁴ tout en avouant leur faveur à sa reconnaissance³⁵. Mais ils sont aussi nombreux à se montrer hostiles à cette conception, soit qu'ils affirment qu'un tel droit patrimonial n'existe pas³⁶ et que «[l]image humaine, elle, ne peut faire naître qu'un droit de la personnalité»³⁷, soit qu'ils ne pensent pas «souhaitable de parler d'un droit de la personnalité à caractère patrimonial»³⁸.

Au total, il paraît donc anticipé de vouloir faire entrer les droits patrimoniaux de la personnalité dans l'exposé du droit positif : si l'émergence de tels droits est indéniable³⁹, leur prise en considération par la jurisprudence doit encore s'affermir et surmonter le scepticisme doctrinal.

Du coup, un problème demeure que l'on ne peut éluder. Est-il souhaitable ou à l'inverse inopportun de reconnaître, en droit positif français, des droits patrimoniaux de la personnalité ? A-t-on vraiment besoin de nouveaux droits, de *ces* nouveaux droits ? Étant par hypothèse ceux d'une minorité — les personnes renommées⁴⁰ — ne sont-il pas la résurgence de privilèges d'une nouvelle forme d'aristocratie ? En outre, est-il vraiment nécessaire, alors même que la théorie des droits de la personnalité mérite encore d'être travaillée, réfléchi et de façon générale consolidée, d'en vouloir bouleverser l'assise extrapatrimoniale, sur laquelle tous — ou presque — s'accordent, par la reconnaissance de droits patrimoniaux de la personnalité ? Il y a là, en vérité, plus que des interrogations : elles peuvent devenir, le cas échéant, de véritables résistances à la reconnaissance de ces droits.

³⁴ E. Gaillard, «Les conflits de lois relatifs au droit patrimonial à l'image aux États-Unis : à propos de la jurisprudence *Groucho Marx*» (1987) 73 Rev. cri. dr. internat. privé 1 à la p. 9, n° 15 ; G. Goubeaux, «Les personnes» dans J. Ghestin, dir., *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1989 à la p. 294, n° 316.

³⁵ E. Gaillard, «La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français» D.1984.Chron.161 à la p. 164. Voir aussi L. Collet, *La notion de droit extrapatrimonial*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris II, 1992 à la p. 261, n° 255 [non publiée] ; P. Malaurie, «Les personnes, les incapacités» dans P. Malaurie et L. Aynès, dir., *Cours de droit civil*, t. 2, 3^e éd., Paris, Cujas, 1994 à la p. 134, n° 334 ; Goubeaux, *ibid.* à la p. 293 et s.

³⁶ B. Beignier, *Le droit de la personnalité*, Paris, Presses universitaires de France, 1992 la p. 67 et s.

³⁷ J. Carbonnier, note sous Trib. corr. Grasse, 8 février 1950, D.1950.Jur.712 à la p. 714. Voir aussi F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996 à la p. 97, n° 112 ; G. Cornu, *Droit civil : introduction — les personnes, les biens*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1997 à la p. 193, n° 521 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, «Introduction générale» dans J. Ghestin, dir., *Traité de droit civil*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, 1 à la p. 170, n° 217.

³⁸ J. Ravanas, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, L.G.D.J., 1978 à la p. 428 ; J. Ravanas, note sous Paris, 11 mai 1994, D.1995.Jur.188. Voir aussi J. Rubellin-Devichi, «Jurisprudence française en matière de droit civil : personnes et droits de famille» (1988) Rev. trim. dr. civ. 79 à la p. 96, qui n'estime pas opportun de reconnaître un droit patrimonial à l'image, l'application des règles de la responsabilité civile ou de l'eurichissement sans cause suffisant ici à assurer la protection des intérêts pécuniaires des personnes célèbres.

³⁹ B. Teyssié, *Droit civil : les personnes*, 2^e éd., Paris, Litec, 1995 à la p. 38, n° 49 ; A.M. Luciani, *Les droits de la personnalité : du droit interne au droit international privé*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris I, 1996 à la p. 91, n° 92 [non publiée].

⁴⁰ Voir à ce effet la partie III.A.1, ci-dessous.

Aussi est-il impératif d'examiner en préalable les raisons pour lesquelles la consécration de droits patrimoniaux de la personnalité semble aujourd'hui souhaitable. Il sera ensuite utile de préciser les bases d'une nouvelle conception des droits de la personnalité en droit français.

I. Une évolution indispensable

*La crise des droits de la personnalité*⁴¹

La critique est aisée et il n'est pas nouveau d'en prendre pour cible les droits de la personnalité. Il ne s'agit pas, cependant, de renchérir ici dans la critique et encore moins de relever toutes les imperfections d'une théorie dont l'élaboration reste encore très largement à faire. Il est plus important, en revanche, de prendre conscience que les droits de la personnalité traversent aujourd'hui une crise : sollicités à l'origine pour protéger la personnalité sous ses manifestations les plus tangibles, dans une conscience plus aiguë de la dignité de la personne humaine, ils le sont à présent pour défendre des valeurs purement économiques, dans la revendication d'un monopole d'exploitation sur ces valeurs. Or il est pour le moins paradoxal qu'à mesure que l'idée d'une protection de la personnalité humaine s'enracine et prend corps sous la forme de droits subjectifs, ces derniers soient finalement récupérés pour servir des fins mercantiles. Il y a là, à n'en pas douter, motifs à une véritable crise, les droits de la personnalité ne pouvant visiblement sans trouble concilier les valeurs morales qui les sous-tendent par nature avec des préoccupations économiques qui, tôt ou tard, détermineront leur régime par réalisme. Face à cet antagonisme, une évolution radicale est donc indispensable. Elle passe par la reconnaissance d'un nouveau droit, un droit patrimonial d'exploitation de la personnalité, distinct du droit extrapatrimonial. À bien y regarder, la conception d'un droit subjectif distinct permettra en effet d'éviter, d'une part, la dénaturation du droit extrapatrimonial chaque fois qu'il sert à la réservation de la valeur économique d'un attribut de la personnalité et de pallier, d'autre part, à son inadaptation pour assurer la commercialisation de cette valeur économique.

A. La dénaturation du droit extrapatrimonial de la personnalité pour pourvoir à la réservation de la valeur économique d'un attribut d'une personnalité notoire

Le droit extrapatrimonial n'a pas vocation à fonder la réparation du préjudice économique résultant de l'exploitation non consentie de la valeur d'un attribut de la personnalité

⁴¹ «De façon générale, s'il y a une crise, c'est toujours que l'ancien est travaillé par du nouveau auquel on ne sait pas ou on ne veut pas faire place» : L. Sève, *Pour une critique de la raison bioéthique*, Paris, Odile Jacob, 1994 à la p. 87.

À considérer les droits de la personnalité consacrés par le droit positif, il est bien accepté qu'ils sont conçus pour protéger les intérêts moraux du sujet attachés à la sauvegarde de ce qui fait ou exprime sa personnalité. Tel est le sens de ces droits qui ont, par essence, une nature extrapatrimoniale⁴². Dès lors, toute activité d'autrui qui porte atteinte, non à la préservation mais à la promotion de la personnalité, non à l'intégrité de ses attributs mais à un monopole sur leur valeur patrimoniale, ne peut théoriquement ni pratiquement affecter le droit extrapatrimonial de la personnalité.

Il en résulte que la sanction de l'appropriation de la valeur économique d'un attribut de la personnalité, sur le fondement du droit extrapatrimonial, ne peut se faire qu'au prix d'une dénaturation de celui-ci, en déguisant la lésion d'un intérêt patrimonial sous une prétendue atteinte à la personnalité⁴³. Or, au-delà de l'artifice, c'est la conception même du droit extrapatrimonial de la personnalité, dans ses fondements juridiques et philosophiques, qui est directement remise en cause : les considérations morales liées à la défense de la personnalité sont en effet radicalement inconciliables avec la nature économique des intérêts en jeu. Moins que la gêne que l'on peut éprouver à travestir la véritable nature de l'intérêt défendu, c'est la crainte de détourner le droit de la personnalité de ses assises et de réduire la valorisation de la dignité humaine à des questions d'argent qui doit conduire à refuser de fonder sur ce droit la réparation d'un préjudice purement économique. Car en s'y risquant, il ne faut pas douter que les considérations marchandes présideront également, tôt ou tard, à la détermination du régime du droit de la personnalité : le droit patrimonial de la personnalité existera donc de toute façon, mais au prix de la dilution progressive du droit extrapatrimonial.

À la réflexion, la distinction entre l'éthique extrapatrimoniale et la logique patrimoniale n'est en rien le rapport d'une utopie archaïque à une modernité réaliste. C'est l'affrontement de deux démarches également actuelles mais qui n'ont pas les mêmes valeurs : l'une comme l'autre doivent donc être prises en compte, mais sans que l'une ne force l'autre. C'est pourquoi il est essentiel de laisser au droit extrapatrimonial de la personnalité son domaine et son régime et de créer, puisque le besoin s'en fait sentir, un droit patrimonial auquel il reviendra de fonder la réparation du préjudice résultant d'une exploitation sans droit de la valeur économique du nom ou de l'image.

Sans doute pourrait-on soutenir que les règles de la responsabilité civile suffisent à pallier aux insuffisances du droit extrapatrimonial et à conjurer ainsi sa dénaturation⁴⁴. De fait, le recours au droit commun de la responsabilité permettrait indéniablement de sanctionner quiconque exploite sans autorisation le nom, l'image ou la voix d'une personne notoire et de réparer la lésion d'intérêts de nature purement patrimoniale. Mais il n'en demeure pas moins que ces règles sont en revanche impuissantes à suppléer l'inadaptation du droit extrapatrimonial pour assurer la commercialisation de la valeur économique des attributs d'une personnalité notoire.

⁴² Luciani, *supra* note 39 à la p. 26, qui souligne que les droits de la personnalité ont été définis, dès l'origine, par opposition aux droits patrimoniaux.

⁴³ Rubellin-Devichi, *supra* note 38 à la p. 95.

⁴⁴ Rubellin-Devichi, *ibid.* ; Goubeaux, *supra* note 34 à la p. 293 et s.

B. L'inadaptation du droit extrapatrimonial pour assurer la commercialisation de la valeur économique des attributs d'une personnalité notoire

1. Contrats d'abstention et conventions d'exploitation

Le droit extrapatrimonial ne répugne pas seulement à fonder la réparation d'un préjudice purement économique, il est en outre fondamentalement inadapté pour pourvoir à l'exploitation mercantile de la personnalité. D'une part, il ne peut, par nature, ni être cédé ni être concédé. Il en résulte que, en cas de conflit entre le licencié autorisé à exploiter la notoriété d'un attribut de la personnalité et un tiers cherchant lui-même à en tirer profit, le premier est aujourd'hui sans qualité pour faire cesser l'utilisation d'un nom ou d'une image qui, par hypothèse, n'est pas sien. D'autre part, appréhendé comme le droit de défendre la personnalité et de s'opposer à son emploi par autrui, le droit extrapatrimonial oblige à concevoir les conventions par lesquelles le sujet autorise l'usage de son nom ou de son image comme des conventions d'abstention à l'exercice de ce droit⁴⁵. Or cette conception ne permet pas de rendre compte des conventions dont l'objet est d'exploiter la valeur commerciale d'un nom ou d'une image notoire. L'économie de ces contrats commande d'y voir plutôt la transmission, par le concédant au licencié, d'un droit d'exploitation du nom ou de l'image qui ne peut être qu'un droit patrimonial : en conférant à son cocontractant le droit d'exploiter la valeur commerciale de sa personnalité, on perçoit bien que la personne ne s'abstient pas d'exercer le droit négatif d'interdire la commercialisation de celle-ci ; elle transmet au licencié un droit de nature patrimoniale qui l'autorise à tirer lui-même profit de la valeur de la notoriété. Le réalisme voudrait dès lors que l'on reconnaisse l'existence de ce droit. Car il va sans dire que là où le droit extrapatrimonial fait défaut, les règles de la responsabilité civile ne sont pas plus habiles à justifier l'idée d'un droit d'exploitation transmis au licencié.

Reste à savoir, toutefois, si la reconnaissance de ce droit est vraiment justifiée, c'est-à-dire s'il est, au fond, légitime de consacrer un monopole au profit de certaines personnes sur l'exploitation publicitaire et commerciale de leur personnalité.

2. Les justifications d'un droit patrimonial de la personnalité

Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut dénombrer trois raisons essentielles de reconnaître à une personne renommée un monopole sur l'exploitation de la valeur de sa personnalité.

D'une part, il n'est pas déraisonnable de considérer que la personne qui a donné une valeur commerciale à son image ou à son nom par l'activité l'ayant rendue notoire doit pouvoir en recueillir ouvertement et personnellement le profit⁴⁶. La notoriété de celui qui a rendu son nom ou son image célèbre est en effet en général moins le fruit d'un hasard que le résultat d'un travail persévérant, parfois depuis longtemps : plus

⁴⁵ G. Loiseau, *Le nom objet d'un contrat*, Paris, L.G.D.J., 1997 aux pp. 283-84, n° 291.

⁴⁶ Gaillard, *supra* note 35 à la p. 163, n° 1.

souvent liée à l'exercice d'une activité qu'à la faveur fortuite d'un événement⁴⁷, elle est d'abord le résultat d'investissements physiques ou intellectuels importants pour obtenir, dans l'exercice de cette activité, la reconnaissance du public. Consacrer un droit patrimonial permet dès lors à la fois de réserver la valeur économique de la notoriété à celui qui l'a acquise au prix d'efforts soutenus et méritants et d'encourager par là-même ces efforts. Inversement, il va de soi que l'absence d'un monopole de la personne renommée laisserait à tous la possibilité de tirer profit de sa notoriété sans contrepartie et en cela de s'enrichir injustement.

D'autre part, la reconnaissance d'une exclusivité de la personne sur l'utilisation publicitaire et commerciale de sa personnalité est nécessaire pour en optimiser le pouvoir attractif et augmenter ainsi le bénéfice susceptible d'être retiré par chacun de ceux qui acquièrent le droit de l'exploiter à des fins promotionnelles. Au contraire, en l'absence de toute attribution en exclusivité et donc de tout contrôle, le nom ou l'image notoire pourrait être utilisé par tous et pour tout usage, et perdrait dès lors rapidement sa valeur. Car outre l'usure publicitaire résultant d'une surexploitation de son pouvoir attractif, la valeur du nom ou de l'image peut se trouver rapidement dépréciée par un usage inconciliable avec l'image de marque que le signe véhicule : il en va ainsi, par exemple, si le nom de telle actrice habituellement utilisé pour la promotion de parfums de luxe peut être librement utilisé pour vanter des produits alimentaires bon marché ou pour désigner des marchandises de mauvaise qualité. Dans ces conditions, il serait évidemment inepte d'ouvrir à tous l'accès aux attributs d'une personnalité notoire si leur exploitation publicitaire par tous les prive au bout du compte de leur pouvoir attractif et donc de leur valeur.

En dernier lieu, la reconnaissance d'un droit de la personne renommée de contrôler l'exploitation de sa notoriété n'est pas sans incidence sur la protection des consommateurs dans la mesure où, à défaut, ceux-ci pourraient être induits en erreur par des publicités utilisant l'image ou le nom d'une célébrité pour promouvoir des produits ou des services que celle-ci n'aurait en réalité jamais accepté de cautionner.

⁴⁷ La notoriété est certes parfois le fruit des événements et non, à proprement parler, du mérite de la personne. C'est le cas, par exemple, de Donna Rice qui a conclu un important contrat publicitaire pour promouvoir la marque de jeans *No excuses* après que la révélation de ses relations intimes avec le Sénateur et candidat à la présidence américaine Gary Hart l'ait rendue célèbre. Voir Madow, *supra* note 7 à la p. 179. On peut également citer le cas de Ronald Biggs, rendu célèbre par l'attaque du train Glasgow-Londres le 8 août 1963 et qui, réfugié depuis au Brésil, est apparu en 1989 dans un spot publicitaire pour attester de la qualité de serrures de marque *Fama*. Voir J.-M. Lehu, *Origines et modes d'utilisation des célébrités par la publicité*, thèse de doctorat en sciences de gestion (spécialisation marketing), Université de Paris I, 1993 à la p. 510 [non publiée]. Cela étant, de tels exemples sont rares et surtout condamnables, spécialement lorsque la notoriété procède d'une activité criminelle. En outre, on relèvera que lorsque la notoriété a été acquise à la faveur d'un événement fortuit, elle connaît en général une obsolescence bien plus rapide que celle résultant de l'exercice d'une activité littéraire, artistique ou sportive et ne peut donc être exploitée commercialement très longtemps.

3. Conception moniste ou dualiste du droit patrimonial de la personnalité

Si la reconnaissance de droits patrimoniaux de la personnalité se révèle, en définitive, opportune, encore faut-il savoir s'ils doivent être appréhendés comme un aspect, un simple composant d'un droit général de la personnalité ou, au contraire, comme des droits radicalement distincts, dissidents, du droit extrapatrimonial. Dans le premier cas, on considérera que le droit de la personnalité présente à la fois des prérogatives d'ordre extrapatrimonial et des prérogatives d'ordre pécuniaire. Dans le second, on dissociera plus nettement ces deux ordres de prérogatives en en faisant l'objet de droits subjectifs distincts.

En France, ces deux conceptions ont chacune leurs tenants : s'agissant du droit à l'image, certains auteurs présentent le monopole d'exploitation comme un aspect de ce droit comportant par ailleurs un aspect extrapatrimonial⁴⁸. D'autres défendent plutôt l'idée d'une structure dualiste du droit⁴⁹. On adhérera sans hésiter à cette dernière conception. Car, tout bien considéré, le risque de l'analyse moniste serait toujours que l'un des deux ordres de prérogatives se trouve vassalisé, soumis à l'influence dominante de l'autre. En d'autres termes, une analyse moniste personnaliste conduirait à placer le droit d'exploitation dans l'orbite des prérogatives personnelles de nature extrapatrimoniale et à lui faire subir en conséquence un régime dont on a souligné l'inadaptation⁵⁰. Plus grave, une analyse moniste faisant du monopole d'exploitation la prérogative dominante du droit risquerait de réduire le droit extrapatrimonial à un rôle de simple correctif, méconnaissant à terme son caractère de droit fondamental attribué à toute personne en raison de sa dignité.

Autrement dit, mieux vaut considérer que la protection des intérêts moraux et la satisfaction des intérêts pécuniaires du titulaire d'un nom ou d'une image notoire représentent deux objectifs que la raison et l'observation des faits commandent de dissocier⁵¹. Cette conception dualiste, qui permet de préserver au droit extrapatrimonial sa spécificité et d'ajuster le droit d'exploitation aux besoins de la pratique, rend compte en outre de la différence d'objet de ces deux droits : tandis que le droit extrapatrimonial porte sur la personnalité *in se* et naît de la seule humanité de son titulaire, le monopole d'exploitation s'applique à une personnalité notoire et naît, en fait, de la notoriété du sujet. Aussi, sans remplacer l'idée par la formule, une distinction pourrait être suggérée

⁴⁸ Edelman, *supra* note 33 ; Tallon, *supra* note 33 ; X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, thèse de doctorat en droit, Namur, 1982 à la p. 311, n° 452 [non publiée] ; Rigaux, *supra* note 20 à la p. 762 et s. ; P. Conte et B. Petit, *Les personnes*, Grenoble, Presses de l'Université de Grenoble, 1992 à la p. 27, n° 31.

⁴⁹ Gaillard, *supra* note 35 ; Acquarone, *supra* note 32 au n° 25 ; Dessemontet, *supra* note 20 à la p. 50 ; Collet, *supra* note 35 ; Malaurie et Aynès, *supra* note 35 ; Pollaud-Dulian, *supra* note 29 au n° 16 ; Kayser, *supra* note 32. Voir aussi une opinion toutefois plus mitigée : Goubeaux, *supra* note 34 à la p. 293 ; J. Henderycksen, note sous Trib. gr. inst. Aix-en-Provence, 24 novembre 1988, J.C.P.1989.II.21329, n° 20.

⁵⁰ *Ettore*, *supra* note 5.

⁵¹ La formule s'inspire de celle employée par P. Roubier à propos de la dualité des prérogatives (droit moral et droit d'exploitation) du droit d'auteur : P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, Paris, Recueil Sirey, 1952 à la p. 364, n° 209.

entre, d'un côté, le droit extrapatrimonial de la personnalité, qualifié de *droit primaire de la personnalité*, et, de l'autre, le droit patrimonial d'exploitation de la personnalité, dénommé *droit de la personnalité*.

Quel crédit accorder à cette conception ? C'est ce qu'il importe d'éprouver en développant les grands traits de la distinction du droit primaire et du droit dérivé de la personnalité avant d'examiner le régime de ce dernier.

II. La distinction des droits primaires et des droits dérivés de la personnalité

Loin de vouloir procéder à une étude approfondie des droits primaires et des droits dérivés de la personnalité, c'est plutôt l'originalité de ces derniers par rapport au droit extrapatrimonial classique qu'il est intéressant de cerner. Pour s'en faire une idée claire, on envisagera successivement la notion puis la nature des droits dérivés de la personnalité.

A. La notion de droit dérivé de la personnalité

1. Définition du droit primaire et du droit dérivé de la personnalité

Le droit primaire de la personnalité peut être défini comme le droit fondamental de toute personne de contrôler l'accès des tiers à sa propre personnalité à travers les signes qui la caractérisent, tels que le nom, l'image ou la voix, en s'opposant, le cas échéant, à leur emploi par autrui. Ce droit est dit «primaire» dans la mesure où il est reconnu à tous les êtres humains en considération de l'humanité et de la dignité en chacun et s'attache ainsi sans discrimination à la personnalité *per se*. Il relève donc en quelque sorte de la primarité de la personnalité ou encore du premier degré de celle-ci.

Le droit dérivé de la personnalité est quant à lui le droit des personnes renommées de contrôler l'exploitation commerciale de leur personnalité, c'est-à-dire le droit d'exploiter personnellement ou de concéder l'exploitation, à des fins commerciales ou publicitaires, de la valeur attractive des éléments évoquant la personnalité, tels que le nom, l'image ou la voix, ainsi que de s'opposer à toute commercialisation non consentie qui en serait faite. Ce droit est dit «dérivé» car, à la différence du droit «primaire», sa reconnaissance suppose que la personnalité ait acquis une valeur patrimoniale par l'effet de la notoriété du sujet, de sorte que l'on peut considérer qu'il procède, ainsi, d'une dérivation de la personnalité ou d'un second degré de celle-ci. D'une certaine manière, un parallèle peut être fait avec les produits dits dérivés qui correspondent à l'exploitation, sous des formes dérivées, des personnages des oeuvres littéraires (Frankenstein, Sherlock Holmes), des bandes dessinées (Tintin, Mickey), des dessins animés (Bugs Bunny) et des films (Crocodile Dundee) par leur apposition sur une large variété de supports (T-shirts, autocollants, affiches, poupées, gadgets divers). Cette

pratique, connue dans les pays anglo-saxons sous le nom de *character merchandising*⁵², s'applique également à la commercialisation de signes distinctifs qui, utilisés normalement comme marque, sont parfois exploités pour eux-mêmes, indépendamment du produit qui leur sert de support. C'est ainsi, par exemple, que l'on trouve des trousseaux d'écolier en forme d'étui de chewing-gum *Hollywood Chewing-gum*, des port-clés reproduisant une bouteille de *Perrier*, des briquets *Bic* ou des gommes *Coca-Cola*. L'idée, à chaque fois, est la même : le personnage ou la marque — en raison de sa notoriété — ajoute à sa fonction primaire une utilité secondaire en devenant un élément commercialisable en soi. L'exploitation du personnage ou de la marque, sous la forme de produits dérivés qui bénéficient de son pouvoir attractif, donne alors naissance à des droits que l'on qualifie de droits dérivés⁵³. De ce point de vue, l'analogie avec les droits dérivés de la personnalité est bien sûr manifeste : le profit tiré de l'exploitation de la personnalité est en effet un sous-produit de celle-ci ou plus exactement un produit dérivé de la notoriété du sujet qui, en conférant aux attributs de la personnalité une valeur attractive, les transforme en biens commercialisables⁵⁴.

2. Les prérogatives du droit dérivé de la personnalité

C'est tout d'abord le droit soit d'exploiter personnellement, soit plus généralement de concéder l'exploitation publicitaire ou commerciale de tel ou tel signe de la personnalité (nom, image, voix). Dans le premier cas, la personne exploite elle-même, dans l'exercice d'un commerce, la valeur frugifère des attributs de sa personnalité comme le fit, par exemple, le célèbre joueur de tennis René Lacoste en commercialisant sous son nom des vêtements de sport. L'individu a alors un intérêt commercial direct à l'exploitation du signe de sa personnalité. Dans le second cas, de loin le plus courant, la personne concède, par la voie contractuelle, le droit d'exploiter la valeur d'un attribut de sa personnalité à un tiers qui, l'associant à ses propres produits ou services, escompte bénéficier ce faisant de son pouvoir attractif. Tandis que le licencié attend un avantage commercial de l'opération, le titulaire du droit dérivé de la personnalité le concède, dans cette hypothèse, dans un but financier.

Mais le droit dérivé de la personnalité comprend aussi le droit, pour la personne renommée, de s'opposer et de faire interdire toute exploitation commerciale ou publici-

⁵² P. Shears, «Legal Protection of Character Merchandising in England and the United States» (1985) 14 *Anglo-Am. L. Rev.* 49 ; N.R. Shapiro, «Don't Toy Around: A Look at Character Merchandising» (1985) 1 *I.P.J.* 85 ; Brown, *supra* note 17 ; R.G. Howell, «Character Merchandising: The Marketing Potential Attaching to a Name, Image, Persona or Copyright Work» (1991) 6 *I.P.J.* 197 ; D. Young, *Passing Off*, 3^e éd., Londres, Longman, 1994 à la p. 133 et s. Voir également sur le *merchandising* d'images d'oeuvres d'art : J.C. Ginsburg, «Exploiting the Artist's Commercial Identity: The Merchandising of Art Images» (1995) 163 *R.I.D.A.* 2.

⁵³ G. Bigne, *Droits dérivés : licensing et character merchandising*, Paris, J. Delmas et Cie, 1987 ; A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Paris, Masson, 1991 à la p. 553, s. 13.1 ; *Juris-classeur : Contrats distribution*, vol. 2, fasc. 4060, «Contrats de merchandising», par S. Durrande.

⁵⁴ Lehu, *supra* note 47 à la p. 563, qui définit, de façon générale, le droit dérivé comme «le droit d'utilisation de la notoriété préétablie de l'image d'une personnalité, d'un logo, d'une marque». Et cet auteur ajoute : «Dans cette acceptation du terme, force est de reconnaître que l'utilisation d'une célébrité dans la publicité est par définition du droit dérivé».

taire des attributs de sa personnalité à laquelle elle n'a pas personnellement consenti. Le plus souvent, le préjudice patrimonial résultant de la commercialisation non consentie d'un élément de la personnalité consiste dans un manque à gagner, c'est-à-dire dans la rémunération que la personne aurait pu percevoir si elle avait négocié et autorisé cet emploi. L'évaluation de ce préjudice peut alors être faite au regard de ce que la personne perçoit habituellement pour ce genre d'opération ou, à défaut, en tenant compte des profits réalisés par l'exploitant auquel le sujet aurait pu être associé. Mais le préjudice peut aussi résulter de la dépréciation de la valeur publicitaire des attributs de la personnalité, notamment lorsque la personne renommée n'aurait pas consenti à l'utilisation incriminée, soit parce qu'elle réserve habituellement l'exclusivité du pouvoir attractif de sa personnalité à d'autres types de produits, voire à une marque déterminée, soit plus généralement parce qu'elle ne souhaite pas associer sa personnalité à des produits qui risqueraient de galvauder son «image de marque» (par exemple, en associant son nom à des produits ménagers si elle a coutume de promouvoir des parfums de luxe). Un tel préjudice serait également caractérisé dans l'hypothèse où les produits commercialisés avec le nom ou l'image de la personne renommée se révéleraient de mauvaise qualité, défectueux ou non conformes à leur destination normale⁵⁵.

3. Les contours du droit dérivé de la personnalité

La difficulté de déterminer avec précision les différents aspects de la personnalité méritant de faire l'objet d'un droit primaire de la personnalité⁵⁶ retentit évidemment lorsqu'il s'agit de détailler les différents droits dérivés de la personnalité qui pourraient être reconnus. Sans doute, la sagesse voudrait que l'on s'en remette sur ce point à la pratique judiciaire, mieux à même de juger, de manière empirique, quand l'exploitation publicitaire ou commerciale d'un aspect de la personnalité justifie que l'on reconnaisse à la personne le droit de contrôler celle-ci. Pour autant, à défaut de proposer des solutions théoriques somme toute assez hasardeuses, il n'est pas inutile de fixer les grandes lignes, les contours de ce que peut raisonnablement recouvrir la catégorie des droits dérivés de la personnalité. Certains de ces droits ne font, *a priori*, aucun doute : il en va ainsi de ceux qui concernent l'exploitation des attributs les plus significatifs de la personnalité, comme le nom, l'image ou encore la voix. De même, sans prétendre épuiser la matière⁵⁷, un droit patrimonial pourrait être reconnu sur les surnoms et pseudonymes

⁵⁵ Voir par exemple, F. Alaphilippe et J.P. Karaquillo, note sous Paris, 28 février 1980, D.1982.Inf.92, qui, dans une espèce où un joueur de tennis de renom avait autorisé l'utilisation de son patronyme à des fins promotionnelles, a constaté le caractère économique du préjudice résultant de la commercialisation sous ce nom d'une chaussure inadaptée à la pratique du tennis. Pour la Cour, le sportif avait subi un dommage de nature commerciale dans la mesure où sa réputation risquait ainsi d'être dépréciée, ce qui réduisait ses chances d'exploiter de nouveau son nom de manière bénéfique pour la promotion ou la diffusion d'autres articles.

⁵⁶ Pour une proposition de définition et de délimitation de la catégorie des droits de la personnalité, voir Luciani, *supra* note 39 au n° 44 et s.

⁵⁷ Voir par exemple, M. Contamine-Raynaud, «Les secrets de la vie privée» dans Y. Loussouarn et P. Lagarde, dir., *L'information en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1978, 401 au n° 26, qui admet l'existence d'un droit patrimonial d'exploitation de la vie privée. Voir également en ce sens : Collet, *supra* note 35 à la p. 276 et s., n° 271 et s.

lorsqu'ils sont étroitement associés à une personnalité notoire comme c'est le cas, par exemple, du pseudonyme Johnny Hallyday, plus connu que le patronyme du chanteur, Smet.

En revanche, il ne paraît pas souhaitable d'étendre, à l'instar du droit américain, le monopole d'exploitation à des aspects périphériques de la personnalité tels des accessoires vestimentaires caractéristiques ou encore une phrase associée, dans l'esprit du public, à une personne célèbre⁵⁸. Un tel élargissement du droit patrimonial de la personnalité risquerait en vérité d'entraîner une dilution de ce droit dans des applications à des indices de plus en plus abstraits d'une personnalité notoire, avec le risque de démesure que l'on peut aisément imaginer.

L'examen critique de l'expérience américaine invite aussi à s'opposer à ce que le droit dérivé de la personnalité soit étendu à l'exploitation commerciale d'un personnage fictif incarné par un acteur l'ayant rendu célèbre⁵⁹. Sans doute, lorsque l'acteur est aussi le créateur de son personnage — comme ce fut le cas de Charlie Chaplin — il peut avoir un droit sur celui-ci au titre du droit d'auteur. Mais, à défaut, il ne paraît pas

⁵⁸ Voir *Motschenbacher c. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974) : juge que la représentation dans une publicité télévisée de la voiture étroitement associée dans l'esprit du public à un pilote de course renommé, Lothar Motschenbacher, constitue une exploitation de la personnalité de ce dernier et réalise une violation de son *right of publicity*; *Lombardo c. Doyle, Dane & Bernbach Inc.*, 396 N.Y.S. 2d 661 (1977) : juge que l'imitation dans une publicité des gestes et du style caractéristiques de Guy Lombardo, chef d'orchestre particulièrement connu pour son interprétation musicale de l'air *Auld Lang Syne*, constitue une appropriation de sa personnalité à des fins commerciales; *Carson c. Here's Johnny Portable Toilets Inc.*, 698 F.2d 831 (6th Cir. 1983) affirmé 810 F.2d 104 (6th Cir. 1987) : juge que la locution *Here's Johnny*, phrase par laquelle le célèbre présentateur John W. Carson commence toujours la présentation de son *show* télévisé — *The Tonight Show* — est à ce point étroitement associée à Johnny Carson qu'elle constitue un aspect de sa personnalité et un indice de son identité. Son emploi comme marque de toilettes mobiles, pouvant faire croire que M. Carson cautionne les produits en cause, porte atteinte à son *right of publicity*; *White c. Samsung Electronics America Inc.*, 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992) : juge que la représentation dans une publicité commerciale d'un robot coiffé d'une perruque blonde, portant une robe longue et de gros bijoux et se tenant dans un décors semblable à celui du jeu télévisé la Roue de la Fortune (*the Wheel of Fortune*), évoque la personnalité de sa présentatrice vedette, Vanna White, et constitue une violation de son *right of publicity*. Voir également Rapp. (1995) 17(4) Entertainment L. Rep. 17 à la p. 17 et s., s'agissant de robots ressemblant aux acteurs George Wendt et John Ratzenberger, rendus célèbres par la série *Cheers*.

⁵⁹ Voir en droit américain, *Hal Roach, supra* note 7 à la p. 836 et s. et *Price c. Worldvision Enterprises Inc.*, 455 F. Supp. 252 (S.D. N.Y. 1978), affirmé 603 F.2d 214 (2d Cir. 1979) : reconnaît aux acteurs Stanley Laurel et à Oliver Hardy un *right of publicity* leur assurant la maîtrise de l'exploitation commerciale des personnages de Laurel et Hardy; *Groucho Marx Productions Inc. c. Day and Night Co.*, 523 F. Supp. 485 à la p. 490 (S.D. N.Y. 1981), renversé pour d'autres motifs 689 F.2d 317 (2d Cir. 1982) [ci-après *Groucho Marx Productions*] : juge que le *right of publicity* de Julius, Leo et Adolph Marx s'étend au contrôle de la commercialisation des personnages des Marx Brothers — Groucho, Harpo et Chico — qu'ils avaient créés; *Lugosi c. Universal Pictures*, 160 Cal. Rptr. 323 (1979), 603 P. 2d 425 (1979) [ci-après *Lugosi*] : juge que le *right of publicity* de Bela Lugosi s'étend au personnage de Dracula qu'il a incarné avec brio et dont il est, pour beaucoup, désormais inséparable. Voir également, en faveur de cette extension des droits patrimoniaux de la personnalité, Desse-montet, *supra* note 20 aux pp. 48-50.

justifié de lui reconnaître un droit sur l'exploitation dérivée du personnage concurrent de celui du créateur titulaire du droit d'auteur, ou de ses cessionnaires. D'autant qu'il n'est pas, même dans ce cas, privé de toute prérogative puisqu'il dispose, en qualité d'artiste-interprète, d'un droit voisin du droit d'auteur sur sa prestation⁶⁰ et conserve à ce titre le droit de procéder à l'exploitation dérivée de son image ou de concéder ce droit à un tiers, sauf stipulation contraire du contrat⁶¹. La reconnaissance d'un droit dérivé de la personnalité sur l'exploitation du personnage incarné par l'acteur apparaît donc, dans ces conditions, à la fois injustifiée et inutile.

Le droit dérivé de la personnalité ne doit enfin concerner que l'exploitation de nature strictement commerciale de celle-ci. Quoique conférant à l'individu un monopole sur l'utilisation de son nom, de son image, de sa voix, etc., il ne saurait être le droit de tout interdire ou, pis, de tout monnayer. Au contraire, il va de soi que l'information du public justifie parfois, et bien sûr davantage lorsqu'il s'agit de personnes célèbres, que leur nom soit mentionné ou leur image projetée sans leur consentement préalable et sans une juste indemnité. Par exemple, la présentation au cours d'un journal télévisé d'un reportage sur le spectacle d'un chanteur avec un aperçu de sa prestation ne constitue pas une exploitation induite de son droit dérivé à l'image ou de son droit dérivé à la voix⁶². De même, l'article de presse relatant la dernière performance d'un sportif ne porte pas atteinte à son droit dérivé au nom. Dans le même ordre d'idées, il faut considérer que le droit dérivé de la personnalité laisse également intacte la liberté des tiers de parodier ou de caricaturer une personnalité notoire⁶³. Les marionnettes mises en scène dans les émissions satiriques ne sauraient en conséquence constituer une exploitation des droits dérivés au nom, à l'image ou à la voix des personnes parodiées. N'en déplaise à celles-ci, la célébrité a aussi un prix qui ne se monnaie pas.

Il reste vrai, néanmoins, que la frontière entre l'exploitation commerciale de la personnalité et la parodie ou les nécessités de l'information est parfois délicate à établir. Ainsi, force est de constater que certaines biographies de célébrités ressortissent moins dans certains cas à la liberté d'expression qu'à une exploitation purement mercantile de personnalités notoires du moment. De même, si l'on veut bien croire à la vocation in-

⁶⁰ Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle (partie Législative), J.O., 3 juillet 1992, 8801, art. L. 212-3 [ci-après C. prop. int.].

⁶¹ En ce sens, J. Ravanans, note sous Paris, 11 mai 1994, D.1995.Jur.188.

⁶² *Contra*, en droit américain : *Zacchini c. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562, 53 L. Ed. 2d 965 (Ohio 1977) : juge que la retransmission non autorisée au cours d'informations télévisées de la prestation d'un «homme-canon» porte atteinte à son *right of publicity*. Voir sur cette décision : S.A. Diamond, «On the Right of Publicity : Supreme Court Protects «Human Cannonball» Act» (1983) 73 Trademark Rep. 276.

⁶³ Voir en droit américain, *Cardtoons, L.C. c. Major League Baseball Players Association*, 868 F. Supp. 1266 (N.D. Okl. 1994) ; Rapp. (1995) 16(9) Entertainment L. Rep. 3 à la p. 5 ; B.P. Keller et D.H. Bernstein, «As Satiric as They Wanna Be: Parody Lawsuits under Copyright, Trademark, Dilution and Publicity Law» (1995) 85 Trademark Rep. 239 à la p. 257 et s. En droit français, on rapprochera cette solution de l'article L. 122-5-4 C. prop. int., *supra* note 60, qui apporte une exception au droit d'auteur, lorsque l'oeuvre a été divulguée, en autorisant la parodie, le pastiche et la caricature. Mais voir toutefois sur la question, B. Ader, «La caricature, exception au droit à l'image» (1995) 4 Legicom : Revue trimestrielle du droit de la communication 10.

formative d'une certaine presse tirant profit de la vie des gens riches et célèbres qu'elle se plaît à relater, la limite est parfois franchie avec l'exploitation marchande que font quelques « journaux » du nom, de l'image et de la vie privée de personnalités notoires. Mais, dans ce dernier cas, l'exploitation de la personnalité constitue moins sans doute, pour celui qui en est victime, une atteinte à son droit dérivé de la personnalité, justifiant la réparation d'un préjudice purement patrimonial, qu'une violation de son droit primaire de la personnalité entraînant un préjudice essentiellement moral.

4. Les rapports entre le droit primaire et le droit dérivé de la personnalité

La notoriété d'une personne limite inévitablement sa faculté d'invoquer une atteinte aux droits primaires de sa personnalité (droit au nom, à l'image, à la vie privée). Les nécessités de l'information, en particulier, l'obligent à supporter que son nom soit mentionné dans la presse, son image publiée ou diffusée à la télévision. Là où tout un chacun pourrait éventuellement se plaindre d'une violation de sa sphère privée, la notoriété du sujet l'oblige en quelque sorte à se soumettre à l'attention publique et corrélativement lui interdit de s'opposer à toute évocation de sa personnalité. Il ne faut pas y voir, en vérité, une acceptation tacite des éventuelles atteintes par la personne notoire mais plutôt une appréciation différente de ce qui est ou non susceptible de lui porter atteinte eu égard à la publicité qu'elle-même recherche⁶⁴.

Cela étant, il serait faux de croire que la notoriété fait disparaître l'intérêt moral de la personne à la préservation de sa personnalité. Si le seuil de la protection est certes reculé, pour tenir compte de l'intérêt public à l'information ainsi que, d'une certaine manière, du caractère généralement volontaire de l'exposition de l'intéressé(e) à la publicité, toute protection ne doit pas pour autant être déniée pour les atteintes les plus graves et les plus manifestes à la personnalité. En d'autres termes, il faut considérer que le droit dérivé de la personnalité qui résulte de l'accession du sujet à la notoriété s'ajoute mais ne supplée pas le droit primaire de la personnalité qui répond à l'intérêt fondamental attaché, pour chaque individu, à la sauvegarde de l'intégrité de sa personnalité. Les deux types de droits coexistent, de la même façon que coexistent l'intérêt moral et l'intérêt patrimonial qui leur répondent. Pour ne prendre que deux exemples, on peut ainsi concevoir qu'un sportif célèbre demande réparation, sur le fondement de son droit dérivé au nom, du préjudice commercial résultant de l'utilisation non consentie de son patronyme pour promouvoir des équipements sportifs et agisse, sur le fondement de son droit primaire au nom, contre l'emploi non consenti de celui-ci dans une oeuvre de l'esprit pour en affubler un personnage ridicule. De même, on peut imaginer qu'une actrice célèbre excipe de son droit dérivé à l'image pour être associée aux profits résultant de l'utilisation de sa photographie dans une campagne publicitaire pour un parfum, mais fonde sur son droit primaire à l'image l'action visant à interdire la reproduction dans une revue « légère » d'une photographie d'elle-même prise à son insu dans

⁶⁴ C'est donc à tort, à notre avis, que de très nombreux auteurs justifient la licéité de la mention du nom ou de la reproduction de l'image d'une personne publique par l'existence d'une autorisation tacite ou présumée de celle-ci. En ce sens, voir encore récemment, Renault, *supra* note 33. *Adde* : Trib. gr. inst. Nanterre, 6 avril 1995, Gaz. Pal. 1995. 1^{er} sem. Jur. 285.

le plus simple appareil. En somme, à la préservation d'un intérêt moral doit correspondre le jeu du droit primaire de la personnalité, cependant que l'atteinte à un intérêt patrimonial justifie la mise en oeuvre du droit dérivé de la personnalité.

Se pose alors la question d'une éventuelle primauté de l'un des droits sur l'autre. S'exprimant à propos du droit patrimonial à l'image dont il défend la conception, M. Kayser estime que «du droit extrapatrimonial et du droit patrimonial sur l'image, c'est le premier qui a la primauté»⁶⁵. Mais, devant cette opinion, la circonspection paraît de mise. Si l'on entend par primauté la situation de ce qui est premier, nul ne doute que le droit primaire préexiste effectivement au droit dérivé de la personnalité. Bien plus, on partage l'avis de M. Kayser pour qui le droit patrimonial n'existerait pas sans le droit extrapatrimonial⁶⁶. C'est en effet parce que le droit de la personnalité, conçu initialement pour protéger les intérêts moraux de la personne, permet de s'opposer à l'utilisation non consentie d'un attribut de la personnalité et de réserver ainsi le contrôle de son emploi, que la personne peut, le cas échéant, revendiquer ensuite un monopole sur son exploitation lorsque sa personnalité a acquis une valeur patrimoniale. En cela, la consécration des droits primaires de la personnalité doit donc, à n'en pas douter, être regardée comme une étape nécessaire et décisive dans le genèse des droits patrimoniaux dérivés de la personnalité.

D'un autre côté, si l'on entend par primauté ce qui est supérieur, il faut alors en prendre la mesure. Le droit extrapatrimonial n'est certes pas sans influence sur l'exercice du droit patrimonial dans la mesure où, incessible par essence, il permet au sujet de préserver sa personnalité en toutes circonstances, y compris contre ceux auxquels il a cédé le droit de l'exploiter. Mais, allant plus loin, on ne saurait cependant reproduire pour les droits de la personnalité la conception du droit d'auteur dont on estime généralement que les prérogatives morales ont primauté sur les prérogatives patrimoniales⁶⁷. En particulier, il ne paraît pas justifié d'étendre par analogie le droit de repentir, qui manifeste cette primauté du droit moral sur le droit patrimonial⁶⁸, aux contrats portant sur les droits dérivés de la personnalité. Strictement lié à l'existence d'une création intellectuelle, ce droit est de ces règles qui doivent demeurer propres au droit d'auteur.

B. La nature des droits dérivés de la personnalité

1. Le droit dérivé de la personnalité est un droit patrimonial à caractère personnel

À la différence des droits primaires de la personnalité, de nature extrapatrimoniale, les droits dérivés sont des droits patrimoniaux. Leur objet immédiat est de procurer à

⁶⁵ Kayser, *supra* note 32 à la p. 199.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ En ce sens, Goubeaux, *supra* note 34 à la p. 309, n° 329 ; A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Paris, Les Cours de Droit, 1993 à la p. 210 et s.

leur titulaire un enrichissement pécuniaire. Comme tels, ils sont donc évaluables en argent et figurent dans le patrimoine.

Ce caractère patrimonial du droit ne rend compte cependant qu'imparfaitement de sa véritable nature. Considéré dans le patrimoine, le droit dérivé de la personnalité comporte aussi un aspect personnel prononcé qui suggère de le classer dans la catégorie originale des droits patrimoniaux à caractère personnel⁶⁹. On estime ordinairement que ces droits sont ceux qui, en raison de leur origine ou de leur affectation, entretiennent avec la personnalité de leur titulaire des liens plus étroits que les autres droits patrimoniaux⁷⁰. Or il est certain que le droit dérivé de la personnalité manifeste de la sorte, par son origine, un attachement très net à la personne de son titulaire. La personnalité du sujet en est toujours le point d'ancrage. Il est d'ailleurs, par définition, le droit de l'exploiter. Dira-t-on que ce n'est pas n'importe quelle personnalité mais une personnalité notoire qui en est l'objet, il n'empêche que la notoriété qui fait naître le droit patrimonial est elle-même indissociable de la personne et ne peut exister en dehors d'elle. Sans le support des attributs de la personnalité (nom, image, voix...), la notoriété serait une valeur évanescence, car indiffusible. Il s'y ajoute — quoique cela ne soit pas toujours le cas — que la notoriété procède souvent en grande partie de l'activité de l'individu et est ainsi personnelle par sa source. La naissance du droit patrimonial est donc elle-même étroitement liée à la personne de son titulaire.

2. Le droit dérivé de la personnalité, nouvelle forme de droit de propriété intellectuelle ?

Le droit dérivé de la personnalité peut recevoir, à n'en pas douter, la qualification de monopole d'exploitation. Ce monopole confère à la personne renommée une exclusivité dans l'exploitation commerciale de sa notoriété : elle peut en disposer et en tirer des revenus, mais aussi le protéger contre les initiatives des tiers. On peut également songer intégrer ce nouveau droit patrimonial dans la nébuleuse des droits de clientèle qui accueille, selon Roubier⁷¹, l'ensemble des droits qui tendent «à la conquête de la clientèle, soit pour un bien immatériel (invention, oeuvre d'art), soit à l'aide d'un bien immatériel (marque, nom, enseigne)»⁷² et qui ont pour fonction commune «d'assurer une exploitation exclusive vis-à-vis de la clientèle»⁷³. De ce point de vue, le droit dérivé de la personnalité tend bien à la conquête d'une clientèle pour la personnalité notoire du sujet. Mais l'incertitude qui règne sur la catégorie des droits de clientèle, dont on a dénoncé le manque de rigueur⁷⁴, réduit à l'évidence l'intérêt de ce dernier classement.

⁶⁹ Voir de manière générale, sur cette qualification, J. Audier, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, L.G.D.J., 1979.

⁷⁰ Voir notamment R. Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse de doctorat en droit, Université de Lyon, 1939 aux pp. 481-83, n° 214 [non publiée] ; Audier, *ibid.* à la p. 7 au n° viii.

⁷¹ P. Roubier, «Droits intellectuels ou droits de clientèle» (1935) 34 Rev. Trim. Civ. 251.

⁷² *Ibid.* à la p. 291.

⁷³ *Ibid.* à la p. 292.

⁷⁴ Voir notamment, J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois : Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse de doctorat en droit, Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Montpel-

Peut-on dès lors aller plus loin et qualifier le droit dérivé de la personnalité de droit de propriété⁷⁵ ? D'emblée, force est de considérer qu'en l'absence d'objet matériel il ne saurait de toute façon s'agir d'une propriété ordinaire. Tout au plus la conception de la notoriété comme un bien incorporel peut suggérer un rapprochement avec la propriété incorporelle. L'opposabilité *erga omnes* du droit d'exploitation, qui permet à son titulaire d'en tirer profit, accrédiaterait d'ailleurs cette analyse⁷⁶. Mais il n'en reste pas moins qu'à la différence d'autres propriétés incorporelles, la notoriété et *a fortiori* la personnalité notoire ne peuvent être vendues ; elles sont par essence incessibles. Or cette incessibilité interdit d'en faire l'objet d'une propriété pure et simple, tant du moins que l'on tient à l'idée selon laquelle «l'aliénabilité est le coeur du système individualiste et libéral de la propriété, la prérogative essentielle par laquelle peuvent s'évanouir les atteintes portées à toutes les autres prérogatives»⁷⁷.

Admettrait-on quand même la qualification générale de propriété, le droit dérivé de la personnalité peut-il être rangé parmi les droits de propriété intellectuelle ? Au sens

lier, Paris, Litec, 1990 au n° 265 et s. ; A. Lucas et H.J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994 la p. 35.

⁷⁵ La doctrine et la jurisprudence américaines qualifient généralement le *right of publicity* de droit de propriété : Nimmer, *supra* note 3 à la p. 216 ; A. Lindey, *Lindey on Entertainment, Publishing and the Arts: Agreements and the Law*, vol. 3, 2^e éd., Deerfield (Ill), Clark Boardman, 1980 (mise à jour 1994) à la p. 12-2, par. 12.01[1] ; A.B. Sims, «Right of Publicity: Survivability Reconsidered» (1981) 49 Ford. L. Rev. 453 à la p. 456 et s. ; W.M. Borchard, «Trademarks and the Arts» (1982) 7 Art and the Law 1 à la p. 5 ; P.J. Heneghan et H.C. Wamsley, «The Service Mark Alternative to the Right of Publicity: *Estate of Presley v. Russen*» (1983) 14 Pacific L.J. 181 à la p. 189 ; Cray, *supra* note 7 à la p. 644 ; J.L. Cooper, «Ownership and Protection of Performers' Names» (1984) Entertainment, Publishing and the Arts Handbook 149 à la p. 159 ; E.R. Rielly, «The Right of Publicity for Political Figures: *Martin Luther King, Jr., Center for Social Change, Inc. v. American Heritage Products*» (1985) 46 U. of Pittsburgh L. Rev. 1161 aux pp. 1162 et s. et 1166 et s. ; *Ettore*, *supra* note 5 à la p. 487 ; *Cepeda*, *supra* note 7 à la p. 1206 ; *Uhlaender c. Henricksen*, 316 F. Supp. 1277 à la p. 1282 (D. Minn., 1970) ; *Hal Roach*, *supra* note 7 à la p. 844 ; *Hicks*, *supra* note 7 à la p. 429 ; *Factors Etc. Inc. c. Pro Arts Inc.*, 579 F.2d 215 à la p. 221 (2d Cir. 1978) ; *Estate of Presley c. Russen*, 513 F. Supp. 1339 à la p. 1354 (D. N.J., 1981) [ci-après *Estate of Presley*] ; *Martin Luther King, Jr. c. American Heritage Products Inc.*, 508 F. Supp. 854 à la p. 862 (N.D. Ga. 1981) ; *Southeast Bank, N.A. c. Lawrence*, 683 N.Y.S. 2d 218 à la p. 223 (A.D.1 Dept 1984) [ci-après *Southeast Bank*] ; *Baltimore Orioles Inc. c. Major League Baseball Players Association*, 805 F.2d 663 à la p. 679 (7th Cir. 1986) ; *Dworkin c. Hustler Magazine Inc.*, 867 F.2d 1188 à la p. 1198 (9th Cir. 1989) ; *Nash c. C.B.S. Inc.*, 704 F. Supp. 823 à la p. 833 (ND Ill. 1989) ; *P.E.T.A. c. Bobby Berosini Ltd.*, 867 P. 2d 1121 à la p. 1135 (Nev. 1994). Certains auteurs présentent plus précisément le *right of publicity* comme un droit de propriété intellectuelle : P. Samuelson, «Reviving Zacchini: Analysing First Amendment Defenses in Right of Publicity and Copyright Cases» (1983) 57 Tul. L. Rev. 836 à la p. 847 et s. ; J.T. McCarthy, «Melville B. Nimmer and the Right of Publicity: A Tribute» (1987) 34 U.C.L.A. L. Rev. 1703 à la p. 1712 ; G.A. Pemberton, «The Parodist's Claim to Fame: A Parody Exception to the Right of Publicity» (1993) 27 U.C. Davis L. Rev. 97 à la p. 111, n. 49 et à la p. 113, n. 56 ; *Gracey c. Maddin*, 769 S.W. 2d 497 (Tenn. Ct. App. 1989) ; *Acme Circus*, *supra* note 7 à la p. 1541 qui qualifient le *right of publicity* de droit de propriété incorporelle.

⁷⁶ Voir P. Catala, «La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne» (1966) 64 Rev. trim. civ. 185 à la p. 201, qui estime qu'«[...] un droit sans "corpus" mais opposable à tous emprunte à la propriété son caractère essentiel».

⁷⁷ J. Carbonnier, *Flexible droit*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 1992 la p. 261.

strict, la propriété intellectuelle se fonde sur un acte de création intellectuelle⁷⁸. Elle inclut ainsi les créations originales ou nouvelles (propriété littéraire et artistique, brevets d'invention, dessins et modèles...), mais ne devrait pas s'étendre, en revanche, aux biens qui ne procèdent pas à proprement parler d'un acte créatif. Il est vrai que, plus généralement, la propriété intellectuelle est entendue comme portant sur tous les droits qui procèdent à des degrés variables d'une activité de l'intelligence et se caractérisent par une exclusivité⁷⁹. Elle pourrait donc intégrer, ainsi conçue, les droits dérivés de la personnalité, encore que ceux-ci ne soient pas toujours liés à une activité intellectuelle de leur titulaire.

III. Le régime des droits dérivés de la personnalité

La détermination du régime des droits dérivés de la personnalité commande de préciser, d'une part, à qui ces droits sont attribués, et de savoir, d'autre part, à qui et comment ils peuvent être transmis. Il faut donc s'attacher, dans un premier temps, à rendre compte de l'appartenance des droits dérivés de la personnalité avant d'envisager, ensuite, leur disponibilité entre vifs et à cause de mort.

A. L'appartenance des droits dérivés de la personnalité

1. Les titulaires des droits dérivés de la personnalité

À l'instar des droits primaires de la personnalité dont l'attribution répond à la considération de l'humanité en chacun, les droits patrimoniaux d'exploitation dérivent de la seule personnalité humaine et ne peuvent donc appartenir qu'à des personnes physiques⁸⁰. Sans doute l'analogie est-elle forte lorsqu'une société renommée exploite la valeur de sa dénomination en concédant à d'autres sociétés le droit de l'employer elles-mêmes comme dénomination, marque ou nom commercial. Mais, à bien y regarder, le rapprochement en reste là car, si la personne morale a un droit de nature patrimoniale sur son nom, il ne s'agit nullement d'un droit de la personnalité mais d'un droit de propriété industrielle sur le signe distinctif.

Il reste que, puisqu'il dérive de la personnalité humaine et que toute personne est susceptible d'accéder, un jour ou l'autre, à une certaine notoriété (tant dans l'exercice d'une activité qu'à la faveur fortuite d'un événement), il est pour le moins malaisé de

⁷⁸ Voir en ce sens, Lucas et Lucas, *supra* note 73 à la p. 34.

⁷⁹ H. Desbois, *Le droit d'auteur*, Paris, Librairie Dalloz, 1950 à la p. 294, n° 255 ; Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, t. 1, refondu par L.J. de la Morandière, Paris, Librairie Dalloz, 1957 au n° 683 ; Gliestin, Goubeaux et Fabre-Magnan, *supra* note 37 au n° 225.

⁸⁰ Voir en ce sens, en droit américain : McCarthy, *supra* note 7, à la p. 4-37, s. 4.7(B) et à la p. 4-38 et s., s. 4.8 ; *Eagle's Eye Inc. c. Ambler Fashion Shop Inc.*, 627 F. Supp. 856 à la p. 862 (E.D. Pa. 1985), qui juge que le *right of publicity* ne peut être reconnu à une société. *Contra*, en droit suisse : Dessemontet, *supra* note 20 aux pp. 47-48, qui estime que le droit patrimonial à l'image doit pouvoir être invoqué aussi bien par les personnes physiques que par les personnes morales. Cette proposition s'explique cependant par le fait que, en droit suisse, la doctrine et la jurisprudence se montrent favorables à l'application de la théorie des droits de la personnalité aux personnes morales.

déterminer à l'avance qui peut revendiquer un droit patrimonial sur sa personnalité. Il faudrait au contraire considérer que tout individu a une personnalité qui l'autorise à prétendre, au moins virtuellement, au droit de contrôler son exploitation commerciale. Mais il est évident que ce n'est que lorsque la personnalité du sujet aura acquis une valeur marchande qu'il pourra réellement se prévaloir, en pratique, d'un droit patrimonial dérivé de celle-ci. La difficulté est alors de fixer un seuil de notoriété à partir duquel la personnalité peut être considérée avoir une valeur commerciale et permettre à son titulaire de se prévaloir du droit d'en contrôler l'exploitation. La notoriété est une notion bien trop relative pour cela : ce qui est notoire pour les uns ne l'est pas forcément pour les autres. Par exemple, la renommée d'un professeur de droit est souvent ignorée du «grand public». Surtout, la notoriété n'est pas quantifiable : à partir de quand pourrait-on dire qu'une personne est assez ou pas assez notoire pour prétendre à un droit patrimonial d'exploitation de sa personnalité ? Bref, la clé — si clé il y a — doit être recherchée ailleurs.

La difficulté n'est pas, pourtant, insurmontable. L'analyse du pouvoir d'évocation des attributs de la personnalité peut, à la réflexion, constituer un moyen commode pour déterminer si un droit patrimonial est susceptible ou non d'être reconnu sur ceux-ci. De ce point de vue, il suffit de se demander si tel attribut de la personnalité (nom, image ou voix notamment) évoque une personnalité particulière, c'est-à-dire si son énoncé renvoie immédiatement, dans l'esprit du public, à une personne donnée. Dans l'affirmative, cet attribut peut être utilement exploité à des fins commerciales puisqu'associé à un produit ou à un service, il le fait instantanément profiter du pouvoir attractif de la notoriété de la personne. Il semble alors justifié de reconnaître à celle-ci le droit de contrôler l'exploitation de la valeur attractive de l'attribut en cause. En revanche, si l'attribut considéré n'évoque rien, aucune personnalité particulière, parce que son titulaire n'est pas connu ou pas suffisamment notoire, l'absence de pouvoir d'évocation rend vaine son exploitation publicitaire puisque sa mention ne permet pas d'associer une personnalité valorisante au produit ou au service. L'individu ne pourra donc prétendre disposer sur celui-ci d'un droit exclusive de nature patrimoniale.

2. Les droits dérivés de la personnalité et les régimes matrimoniaux

Le droit d'exploiter la valeur de la personnalité, de fixer les conditions de son exploitation et d'en défendre l'intégrité contre les initiatives des tiers doit être conçu comme un bien propre sous tous les régimes matrimoniaux⁸¹. Il doit en effet rester pro-

⁸¹ Le droit américain retient une solution contraire puisqu'il admet généralement que le *right of publicity* constitue un bien commun et doit être porté à l'actif de la communauté pour sa valeur patrimoniale et estimé au jour du partage. Voir en ce sens, *Golub c. Golub*, 527 N.Y.S. 2d 946 (1988) (à propos du *right of publicity* de l'actrice Marisa Berenson) ; *Piscopo c. Piscopo*, 555 A. 2d 1190 (Sup. Ct. N.J. 1988), affirmé 557 A. 2d 1040 (A.D. 1989) (à propos du *right of publicity* du comédien Joe Piscopo) ; *Elkus c. Elkus*, 572 N.Y.S. 2d 901 (A.D. 1991), appel rejeté 588 N.E. 2d 99 (N.Y. 1992) (à propos du *right of publicity* de la chanteuse d'opéra Frederica von Stade Elkus). Adde en doctrine : G.S. Stiffelman, «Community Property Interests in the Right of Publicity: Fame and/or Fortune» (1978) 25 U.C.L.A. L. Rev. 1095 ; McCarthy, *supra* note 7 à la p. 10-79 et s., s. 10.16. Mais d'autres auteurs sont plus réservés: H.J. Stanton, «The celebrity's right of publicity» (1986) 9 Family Advo-

pre à l'époux auquel la notoriété confère un tel monopole d'exploitation. Cette conception, qui reproduit la solution admise en droit français pour les prérogatives patrimoniales de l'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique⁸², se recommande d'ailleurs de la nature de droit patrimonial à caractère personnel que l'on peut reconnaître au droit dérivé de la personnalité. L'article 1404 du *Code civil*, applicable au régime de communauté légale, précise à cet égard que «forment des propres par leur nature [...] tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne». De fait, il apparaîtrait choquant qu'à la dissolution de la communauté, le droit patrimonial de la personne renommée, qui lui est étroitement lié, puisse être placé dans le lot du conjoint et que celui-ci ait ainsi la possibilité de commercialiser à son gré les attributs de la personnalité de son ancien époux (épouse), alors même que ce dernier se serait toujours opposé à leur exploitation commerciale ou n'y aurait consenti que pour des usages déterminés. Pour les mêmes raisons, il faut aussi considérer que, pendant le mariage, le conjoint renommé doit conserver l'initiative de l'exploitation commerciale et publicitaire de sa personnalité ainsi que le libre choix des formes et des conditions de cette exploitation. Dans le régime de communauté légale, l'article 1428 du *Code civil* en consacre, du reste, le principe puisqu'il dispose que «chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et en dispose librement».

En revanche, les produits ou redevances tirés de l'exploitation du droit dérivé de la personnalité suivent, durant le mariage, les règles propres à chaque régime. Dans le régime de communauté légale, il est admis que les fruits et revenus des biens propres alimentent, comme les produits de l'industrie personnelle des époux, la communauté. Aussi, qu'on les analyse comme des gains du travail de l'époux renommé ou comme des revenus d'un bien propre, les produits pécuniaires provenant de la commercialisation de la personnalité viennent grossir la masse commune lorsqu'ils ont leur origine dans une exploitation antérieure à la dissolution de la communauté⁸³. Si, en revanche, l'exploitation est postérieure à la dissolution du régime, la communauté n'a aucun droit sur eux puisque le monopole d'exploitation est un bien propre.

3. L'exercice oblique des droits dérivés de la personnalité

Droit patrimonial à caractère personnel, le droit dérivé de la personnalité compte à n'en pas douter au nombre des droits dont l'article 1166 du *Code civil* retire aux créanciers l'exercice par la voie oblique : il est exclusivement attaché à la personne⁸⁴. Qu'il s'agisse en effet du droit de commercialiser la personnalité comme celui d'en défendre la valeur, leur exercice est manifestement soumis à une appréciation personnelle d'ordre moral de leur titulaire qui doit lui être réservée. Ainsi, les créanciers ne sauraient décider à la place de leur débiteur d'exploiter commercialement sa notoriété ou

cate 35 ; R. Reed, «Valuation of celebrity goodwill» (1991) *Entertainment, Publishing and Arts Handbook* 407.

⁸² Art. L.121-9 C. prop. int., *supra* note 60.

⁸³ Voir en ce sens, en droit américain, Stiffelman, *supra* note 81 à la p. 1114 ; Stanton, *supra* note 81 à la p. 43.

⁸⁴ Voir Audier, *supra* note 69 à la p. 275, n° 248, selon lequel «[...] les droits patrimoniaux à caractère personnel sont nécessairement des droits exclusivement attachés à la personne».

prendre l'initiative de négocier pour son compte des conventions autres que celles qu'il a lui-même conclues. Il est vrai que, dans ce dernier cas, la conclusion de contrats est aussi une simple faculté dont l'exercice est subordonné à un acte de volonté purement potestatif du débiteur. Mais il faut décider, en outre, que les créanciers ne peuvent non plus agir, en raison de sa passivité, en liquidation et en recouvrement de la créance d'indemnités dues en compensation d'exploitations non consenties de la personnalité du débiteur. Celui-ci doit en effet rester seul juge de l'opportunité de poursuivre une atteinte aux intérêts, même d'ordre économique, relatifs à sa personnalité⁸⁵.

B. La disponibilité des droits dérivés de la personnalité

1. La transmissibilité entre vifs des droits dérivés de la personnalité

Il va de soi que la notoriété n'a pas forcément vocation à être exploitée à des fins publicitaires ou commerciales. La personne peut préférer s'en réserver le profit dans l'exercice de son activité ou n'avoir tout simplement pas l'opportunité d'en commercialiser la valeur.

En tout cas, lorsqu'elle choisit de commercialiser le pouvoir attractif de sa personnalité, il est rare qu'elle y procède elle-même ; elle en laisse le plus souvent le soin à un tiers intéressé avec lequel elle conclut un contrat. Or, ce contrat a principalement pour objet de lui transférer le monopole d'exploitation sur un ou des attributs de sa personnalité notoire. Cette analyse, conforme à l'économie de la convention, est en outre la seule qui permette de justifier que le cocontractant acquiert non seulement le droit d'exploiter les attributs de la personnalité dont l'utilisation lui a été consentie, mais aussi celui de les défendre lui-même contre l'utilisation que des tiers en feraient. Aussi ne peut-on raisonnablement concevoir l'existence d'un droit patrimonial dérivé de la personnalité sans lui reconnaître, à l'image du *right of publicity* américain⁸⁶, le caractère d'un droit disponible entre vifs.

Cela posé, il faut encore qualifier les conventions portant sur un droit dérivé de la personnalité. De ce point de vue, il importe de distinguer la cession du droit de sa licence, en ce que la cession implique que l'intéressé se désaisisse de tout ou partie de son droit d'exploitation pendant qu'il n'en concède, dans la licence, que la jouissance.

Constitue, ainsi, une licence du droit dérivé de la personnalité le contrat par lequel la personne renommée autorise un tiers à tirer profit, dans le cadre d'une opération publicitaire ou d'une utilisation commerciale déterminée, du pouvoir d'évocation de certains attributs de sa personnalité et lui concède à cet effet le droit de les exploiter

⁸⁵ *Contra* : J. Henderyksen, note sous Trib. gr. inst. Aix-en-Provence, 24 novembre 1988, J.C.P.1989.II.21329 au n° 20, qui estime que «[s]i les créanciers ne peuvent se substituer à leur débiteur dans l'exploitation de sa notoriété ils semblent en revanche fondés, en raison de sa négligence, à agir en ses lieu et place pour exiger non seulement la contrepartie d'un emprunt profitable mais aussi la réparation d'un emprunt préjudiciable».

⁸⁶ Voir *supra* note 7.

moyennant le paiement d'un prix. Par ce contrat, le licencié acquiert la jouissance du droit d'exploitation du concédant et peut, dans le respect des termes de la licence, utiliser personnellement son nom, son image ou sa voix à des fins publicitaires ou commerciales. Il tient également de ce contrat de pouvoir défendre directement contre les tiers l'usage des attributs de la personnalité du concédant qu'il est autorisé à exploiter. En effet, à la différence du licencié des droits d'exploitation d'une marque ou d'un brevet, s'agissant de l'exercice de l'action en contrefaçon, il ne paraît pas souhaitable de subordonner à l'exclusivité de la licence son droit de s'opposer à l'utilisation illégitime par des tiers des éléments de la personnalité exploités. En revanche, il ne devrait pouvoir agir contre d'autres licenciés postérieurs lui faisant concurrence que s'il bénéficie d'une licence exclusive. Quant au concédant, il doit naturellement assurer à l'exploitant une jouissance paisible du droit concédé, mais il n'est pas tenu, sauf si le contrat l'y invite, à garantir le licencié contre les agissements fautifs d'autres licenciés. Seulement, il engagerait sa responsabilité si les fautes incriminées avaient pour origine sa propre faute⁸⁷. En dernier lieu, enfin, le contrat de licence d'un droit dérivé de la personnalité étant le plus souvent conclu *intuitu personae*, le licencié ne devrait pas, à l'image du licencié d'un brevet ou d'une marque, pouvoir transmettre le contrat dont il bénéficie en cédant la licence ou en accordant des sous-licences, sauf stipulation l'y autorisant expressément⁸⁸. Mais il va sans dire que l'interdiction de concéder des sous-licences ne prive cependant pas le licencié de la possibilité de faire appel à la coopération de tiers pour exploiter les attributs de la personnalité du concédant. En particulier, le titulaire d'une licence d'exploitation du nom ou de l'image à des fins publicitaires peut évidemment confier à une agence de publicité le soin de concevoir la publicité utilisant le nom ou l'image de la célébrité. De même, le titulaire d'une licence d'exploitation du nom ou de l'image à des fins commerciales doit pouvoir sous-traiter la fabrication ou la commercialisation des produits portant le nom ou l'image de la célébrité.

Constitue, en revanche, une cession d'un droit dérivé de la personnalité le contrat par lequel la personne renommée confère à une autre personne non mandataire le droit de commercialiser sa personnalité en concédant, sur les attributs de celle-ci, des licences d'exploitation et se dessaisit, à cet effet, à son profit de tout ou partie de son monopole d'exploitation. À la différence de la licence, aux termes de laquelle le licencié acquiert seulement un droit de jouissance (le droit d'exploiter personnellement la valeur publicitaire du nom ou de l'image pour en tirer un profit commercial), la cession du droit dérivé transfère au cessionnaire le monopole d'exploitation de la personne renommée pour qu'il en tire lui-même un profit financier en concluant des contrats publicitaires avec des tiers. Une telle cession, par exemple, est celle qui intervient fréquemment entre les clubs de football et les joueurs qu'ils emploient, ces derniers cédant aux premiers le droit d'utiliser leur nom et leur image à des fins publicitaires et donc de négocier directement avec des tiers intéressés des contrats de licence de nom

⁸⁷ Tel serait le cas, par exemple, si nonobstant l'exclusivité accordée à un licencié la personne renommée concédait une licence à un concurrent de celui-ci.

⁸⁸ L'impossibilité de la transmission de la licence concerne aussi bien sa cession à titre particulier que sa transmission universelle ou à titre universel. Néanmoins, malgré le caractère *intuitus personae* de la licence, sa cession serait valable si le concédant y consentait personnellement.

ou d'image. La cession, qui peut porter sur l'un ou sur plusieurs droits dérivés de la personnalité du cédant, ouvre alors au cessionnaire le droit de défendre en justice, contre les atteintes de tiers, le monopole d'exploitation qui lui a été cédé. Mais il faut préciser qu'elle ne présente pas toutefois les caractères définitif et irrévocable d'une vente de droit commun dans la mesure où les droits patrimoniaux sont susceptibles de revenir dans le patrimoine de la personne renommée. Il en irait ainsi, en particulier, lorsque la cession s'intègre dans un contrat plus général liant le cédant au cessionnaire, un contrat de travail notamment. À l'issue des relations contractuelles, il paraît justifié que le cessionnaire perde le droit de commercialiser la personnalité notoire du cédant. Par exemple, s'agissant du contrat liant un sportif à son club, le droit que celui-ci s'est fait céder de conclure des contrats publicitaires portant sur le nom ou l'image de l'athlète devient à notre avis exorbitant lorsque le sportif a été engagé par un autre club ou a cessé son activité sportive. Mais il est vrai que le plus simple serait encore, dans ce cas, de stipuler dans le contrat une condition résolutoire subordonnant la cession du monopole d'exploitation au maintien des relations contractuelles de travail (ou autres), tout en écartant conventionnellement la rétroactivité des effets de son accomplissement, c'est-à-dire de la cessation de ces relations. Ainsi seraient valables tous les contrats conclus par le cessionnaire avec des tiers durant les relations le liant à la personne renommée. Mais celle-ci recouvrerait, à l'issue de ces relations, l'intégralité de son monopole d'exploitation. En tout état de cause, il faut considérer que la cession obéit, comme la concession du droit patrimonial, à un principe d'interprétation restrictive qui conduit à exclure les modes d'exploitation non expressément prévus par le contrat ou imprévisibles à sa date.

Pour être complet, on ajoutera que la personne renommée peut aussi transférer son monopole d'exploitation par la technique de l'apport en société. Tel sera le cas, notamment, lorsque la personne crée une société dont l'objet est de commercialiser les attributs de sa personnalité notoire et lui apporte tout ou partie de ses droits patrimoniaux d'exploitation en échange de parts sociales.

2. La transmissibilité à cause de mort des droit dérivés de la personnalité

Existe-t-il une vie commerciale après la mort ? C'est la première question à se poser : la valeur patrimoniale sur laquelle le droit dérivé de la personnalité confère un monopole d'exploitation résiste-t-elle à la disparition de la personne ? Car il est bien entendu que ce n'est que dans l'affirmative que la question de la transmission *post mortem* de ce monopole mérite attention.

Analysée de près, la notoriété se révèle être une valeur relativement volatile. Son maintien dépend, dans une large mesure, de circonstances étrangères à la personne elle-même : relais médiatique, attention du public, dont les variations l'affectent directement. Dans ces conditions, le passage de l'anonymat à la célébrité est souvent beaucoup plus long que l'inversion de cette situation : quel acteur, renommé aujourd'hui, sera oublié demain ? Quel sportif que ses performances rendent célèbre verra sa notoriété décliner rapidement lorsqu'il aura cessé son activité ? Or cette observation est encore plus évidente après le décès de la personne : si son souvenir perdure dans l'esprit

de ses proches, sa notoriété s'étiole rapidement, à mesure que la connaissance du public s'altère elle-même. Il suit de là que le décès de la personne augure généralement une disparition rapide de la valeur économique de sa personnalité et, finalement, de l'objet même du droit. Cette précarité de l'objet justifierait en conséquence celle du monopole.

Cela étant, il y a lieu de constater aussi que certaines notoriétés, particulièrement fortes, résistent parfaitement au décès de la personne. Mieux, elles s'en trouvent parfois amplifiées lorsque l'individu, célèbre de son vivant, devient un véritable mythe après sa mort : Marilyn Monroe, Elvis Presley, Albert Einstein ou Che Guevara sont de ceux-là. Plus généralement, il semble que si la notoriété décline le plus souvent après la mort de la personne, elle connaît néanmoins un regain de vigueur juste après son décès. La médiatisation de l'événement et une étrange inclination populaire à sublimer ce qui n'est plus y contribuent très largement. Ainsi, le décès d'un acteur sera souvent prétexte à une rediffusion de ses principaux films ; le décès d'un chanteur, l'occasion de rééditer ses disques et en tout cas d'en augmenter la vente. Corrélativement, les produits dérivés de la personnalité de la célébrité connaissent eux aussi, à ce moment, une inflation considérable : T-shirts, badges, posters, stylos et autres produits-souvenirs reproduisant le nom ou l'image de la célébrité sont l'objet d'un commerce important. La question du maintien d'un monopole sur cette exploitation de la personnalité se pose donc vivement après la mort de la célébrité.

Sur ce point, la thèse de la transmission après décès du droit dérivé de la personnalité n'est pas sans argument. D'une part, la protection des intérêts légitimes de ceux qui se sont fait consentir, du vivant de la personne, le droit exclusif de commercialiser sa personnalité commande cette solution. À défaut, l'extinction du monopole d'exploitation au décès de l'intéressé menacerait, au regard des contrats en cours, la sécurité contractuelle. D'autre part, la transmission aux héritiers du monopole d'exploitation ne leur donne pas seulement la possibilité de commercialiser la personnalité de leur auteur ; il leur permet aussi de s'opposer à toute exploitation de celle-ci à laquelle ils n'auraient pas consenti. Or, lorsque le défunt a toujours refusé de son vivant de commercialiser sa personnalité ou n'a autorisé que certaines formes d'exploitation, ce droit de veto conféré par le monopole constitue sans doute, en l'absence de transmission des droits primaires de la personnalité du défunt, un moyen efficace de faire respecter, après sa mort, sa volonté.

Mais, d'un autre côté, il peut sembler choquant que les héritiers maintiennent à leur profit un monopole sur l'exploitation de la personnalité du défunt. La notoriété s'acquiert, mais ne s'hérite pas. Comme l'a noté avec justesse une cour américaine dans une affaire intéressant l'exploitation de la personnalité d'Elvis Presley,

notre système juridique ne transmet pas aux héritiers les attributs personnels de la personne même s'ils ont été partagés de son vivant par d'autres ou ont acquis une certaine valeur commerciale [...]. La notoriété entre dans le même catégorie que la réputation; c'est un attribut dont les tiers peuvent tirer profit mais qu'ils ne peuvent posséder [...]. Le droit a toujours considéré que laisser un nom honorable à ses enfants était une récompense suffisante en elle-même pour la personne, qu'elle soit notoire ou non. La commercialisation de cette vertu après la mort au profit des héritiers est contraire à notre tradition juridique

et semble même d'une certaine façon contraire aux présupposés moraux de notre culture⁸⁹.

Aussi serait-il opportun qu'au décès de la personne renommée, le droit dérivé disparaisse et avec lui le monopole sur la personnalité : celle-ci serait désormais accessible à tous et pourrait être exploitée librement. Cette solution pourrait au demeurant être tempérée, en ce qui concerne les contrats en cours, en permettant aux licenciés qui exploitaient déjà la personnalité du défunt d'agir, sur le fondement de la concurrence déloyale, à l'encontre de ceux qui engendreraient une confusion en utilisant la personnalité du *de cuius* pour promouvoir des produits analogues⁹⁰. Quant au risque de voir s'établir une véritable «braderie» de la personnalité des célébrités défuntées, dont chacun pourrait se servir et tirer profit à sa guise, il peut être également atténué par le jeu de la responsabilité civile en reconnaissant aux proches de la célébrité le droit de protéger la personnalité de celle-ci contre l'utilisation qui en serait faite dans des conditions attentatoires à sa mémoire⁹¹. Dans cette mesure, on ne cachera pas notre faveur pour cette dernière conception⁹².

La jurisprudence française sur la question est cependant rare et partagée : tandis qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 7 juin 1983, expose, à propos de l'exploitation commerciale de l'image du défunt chanteur Claude François, «que le droit d'une personne sur son image est un attribut de sa personnalité et non un droit patrimonial ; qu'après son décès ses héritiers ne peuvent donc céder à un tiers le droit de reproduction de son image»⁹³, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé au contraire, le 21 mai 1991, à propos de la commercialisation de la personnalité du défunt acteur Jules Raimu, que «la valeur patrimoniale de ce droit a vocation à se transmettre comme toute autre de même nature aux héritiers»⁹⁴. Il s'ensuit, à première vue, que le parti pris sur la transmission du droit dérivé de la personnalité répond d'abord à la considération de sa nature. Or, d'un côté, le caractère personnel du droit s'oppose *a priori* à ce qu'il survive au décès de son titulaire — à l'instar du droit primaire de la

⁸⁹ *Memphis Development Foundation c. Factors Etc. Inc.*, 616 F.2d 956 à la p. 959 (6th Cir. 1980) [traduction de l'auteur].

⁹⁰ Voir en ce sens, Gaillard, *supra* note 35 au n° 3.

⁹¹ Voir Paris, 7 juin 1983, *supra* note 27, qui, après avoir écarté la transmission aux héritiers de Claude François du droit à l'image de celui-ci, a jugé que «[s]es héritiers peuvent seulement protéger l'image de leur auteur contre l'utilisation qui en serait faite dans des conditions attentatoires à la mémoire de celui-ci».

⁹² Voir également en faveur de cette solution, s'agissant du droit patrimonial à l'image : Gaillard, *supra* note 35 au n° 3. Mais voir, au contraire, en faveur de la transmission : A.R. Bertrand, «Un nouveau droit voisin du droit d'auteur : le droit à l'image» (1990) 32 C. du droit d'auteur 1 à la p. 4 ; Collet, *supra* note 35 à la p. 261, n° 254 ; A. Sériaux, «La notion juridique de patrimoine : brèves notations civilistes sur le verbe avoir» (1994) Rev. trim. civ. 801 à la p. 808, n. 26 ; Kayser, *supra* note 32 à la p. 198. Et en droit suisse : Dessemontet, *supra* note 20 aux pp. 43-46.

⁹³ Paris, 7 juin 1983, *supra* note 27.

⁹⁴ Aix-en-Provence, 21 mai 1991, *supra* note 26. Voir déjà, en première instance, Henderycksen, *supra* note 85 ; Patarin, *supra* note 26.

personnalité⁹⁵ ; de l'autre, sa nature patrimoniale pousse au contraire irrésistiblement à sa transmission à cause de mort.

Dans ces conditions, une première observation est importante : la patrimonialité du droit dérivé de la personnalité n'invalide pas nécessairement la thèse de son intransmissibilité à cause de mort. À mettre l'accent sur son caractère personnel, la possibilité demeure de juger que le monopole reconnu sur l'exploitation commerciale de la personnalité s'éteint au décès de l'intéressé. Il s'agirait en somme d'une patrimonialité incomplète qui, en raison de l'élément personnel du droit, n'atteindrait pas sa plénitude : la considération de la personnalité du sujet, qui « ancre » le droit d'exploitation, entraverait sa transmission aux ayants cause. Cela dit, une seconde observation est aussi essentielle : la patrimonialité d'un droit a vocation à la plénitude. Comme l'écrit M. Catala, il existe en effet « comme un élan des droits, une force d'ascension qui les pousse d'un degré à l'autre de la patrimonialité : évaluation, exigibilité, cessibilité, saisissabilité, transmissibilité et, pour finir, inclusion purement comptable dans la masse commune »⁹⁶. D'où le fait que « [l]es droit nouveaux, quand ils ne naissent pas armés de tous ces attributs, tendent à franchir progressivement ces étapes si quelque élément moral, quelque considération d'"intuitus personae" ne bloque pas l'évolution en chemin »⁹⁷. Aussi, cette tendance naturelle à la pleine patrimonialité risque fort bien de conduire le droit dérivé de la personnalité de la disponibilité entre vifs à la transmission à cause de mort.

Si tel était le cas, les conditions de son maintien après décès méritent d'être précisées. D'une part, il est clair que le maintien du monopole d'exploitation doit alors profiter aux ayants cause (et non aux « proches ») de la personne renommée, c'est-à-dire aussi bien aux ayants cause universels ou à titre universel qu'aux ayants cause à titre particulier dans la mesure où le décès ne saurait remettre en question, sauf clause con-

⁹⁵ L'intransmissibilité à cause de mort des droits extrapatrimoniaux de la personnalité est généralement admise en droit français : R. Lindon, note sous Paris, 3 novembre 1982, D.1983.Jur.249 ; Paris, 7 juin 1983, *supra* note 27. Le droit américain retient une solution identique à propos du *right of privacy* : *Schumann c. Loews Inc.*, 144 N.Y.S. 2d 27 (1955) ; *James c. Screen Gems Inc.*, 344 P. 2d 799 (Ca D. Ct. App. 1959) ; *Maritote c. Desilu Productions Inc.*, 230 F. Supp. 721 (N.D. Ill. 1964) ; *Frosch c. Grosset & Dunlop Inc.*, 427 N.Y.S. 2d 828 (N.Y. A.D. 1980) ; *Flynn c. Higham*, 197 Cal. Rptr. 145 (Ct. App. 1983) ; *Fasching c. Kallinger*, 510 A. 2d 694 (Sup. Ct. N.J. A.D. 1986) ; *James c. Delilah Films Inc.*, 544 N.Y.S. 2d 447 (1989). En droit canadien, les législations de Colombie-Britannique (*Privacy Act*, *supra* note 12, s. 5) et de la Saskatchewan (*The Privacy Act*, *supra* note 12, s. 10) sur la *privacy* disposent expressément que :

R.S.B.C., s. 5.

An action or right of action for a violation of privacy or for the unauthorized use of the name or portrait of another for the purposes stated in this Act is extinguished by the death of the person whose privacy is alleged to have been violated or whose name or portrait is alleged to have been used without authority.

R.S.S., s. 10.

A right of action for violation of privacy is extinguished by the death of the person whose privacy is alleged to have been violated.

⁹⁶ Catala, *supra* note 76 à la p. 212 et s.

⁹⁷ *Ibid.* à la p. 213.

traire, les droits que les licenciés ou cessionnaires tiennent des contrats passés avec le *de cuius*. Mises à part les règles relatives à la dévolution proprement dite, ce sont en fait toutes les règles du droit successoral qui auront vocation à s'appliquer⁹⁸, sauf à préciser que le partage en nature est en pratique difficilement envisageable et que l'évaluation du monopole d'exploitation présente, par la force des choses, un caractère relativement aléatoire et arbitraire.

D'autre part, le maintien du monopole d'exploitation après décès doit être admis sans condition, et en particulier sans le subordonner à l'exercice du droit patrimonial du vivant de la personne renommée⁹⁹. Sans doute, cette condition présenterait-elle l'immense mérite de priver les héritiers du droit de commercialiser la personnalité de leur auteur lorsque celui-ci s'est abstenu de le faire de son vivant. Mais elle ne trouve, en droit, aucune justification acceptable. Tout au plus peut-on admettre qu'il soit fait échec à la transmission du monopole d'exploitation lorsque la personne renommée a formellement exprimé sa volonté de son vivant d'y renoncer, en refusant systématiquement d'autoriser la commercialisation de sa personnalité ou de solliciter une contrepartie patrimoniale à son exploitation non consentie. Mais sachant que la renonciation à un droit ne se présume pas, celle-ci devra être dénuée de toute équivoque pour être opposable aux héritiers.

En dernier lieu, il ne paraît pas utile de limiter la durée du monopole d'exploitation par analogie avec le *right of publicity* dans plusieurs états américains¹⁰⁰ ou le droit

⁹⁸ C'est le cas, en particulier, du régime légal de l'indivision. Il en résulte que, conformément à l'art. 815-3 C. civ. (France), les actes d'administration (licences) ou de dispositions (cessions) portant sur les droits dérivés de la personnalité du défunt requièrent le consentement de tous les héritiers indivis.

⁹⁹ En droit américain, plusieurs décisions ont entendu subordonner le maintien du *right of publicity* après le décès de la célébrité à la condition tenant à l'exploitation de la personnalité du vivant de la célébrité. Il a en effet été jugé que seul le *right of publicity* des personnes ayant déjà commercialisé de leur vivant leur personnalité pouvait, après leur mort, profiter à leurs héritiers ou à leurs cessionnaires tandis que, faute d'une telle exploitation, le droit tombait dans le domaine public : *Hicks*, *supra* note 7 à la p. 429 ; *Lugosi*, *supra* note 59 ; *Lerman c. Chuckleberry Publishing Inc.*, 521 F. Supp. 228 (S.D. N.Y. 1981) ; *Groucho Marx Productions*, *supra* note 59 à la p. 490 ; *Estate of Presley*, *supra* note 75 à la p. 1355 ; *Acme Circus*, *supra* note 7 à la p. 1544 ; *Nature's Way Products Inc. c. Nature-Pharma Inc.*, 736 F. Supp. 255 (D. Utah 1990). Mais cette condition, critiquée par une majeure partie de la doctrine, a été rejetée par d'autres décisions : *Hal Roach*, *supra* note 7 à la p. 844 ; *Center for Social Change Inc.*, *supra* note 7 à la p. 706 ; *Southeast Bank*, *supra* note 75 à la p. 223. Les législations de Californie (Cal. Civ. Code, tit. 2, ch. 4, art. 990(h) (West 1996)) et du Tennessee (Tenn. Code Ann. art. 47-25-1103(b) (West 1996)) ont également expressément rejeté l'exigence d'une exploitation *ante mortem* du *right of publicity* pour que ce droit soit transmissible à cause de mort. De manière générale, le choix d'une transmissibilité conditionnelle du *right of publicity* semble aujourd'hui abandonné en faveur d'une limitation de la durée du droit transmis inconditionnellement.

¹⁰⁰ Les législations des états américains consacrant la transmission *post mortem* du *right of publicity* en limitent généralement la durée. Celle-ci est de cinquante ans en Californie (Cal. Civ. Code, *ibid.*, art. 990(g)) et au Kentucky (Ky. Rev. Stat. Ann. Art. 391.170(2) (Baldwin 1996)). La Floride (Fla. Stat. Ann. art. 540.09(4) (West 1996)) et la Virginie (Va. Code Ann. art. 8.01-40(B) (Michie 1996)) ont préféré des durées plus courtes, respectivement de quarante et de vingt ans, tandis que l'Oklahoma a opté au contraire pour une durée de cent ans (Okla Stat. Ann. tit. 12, art. 1448(G) (1986)). Au Texas, le *right of publicity* tombe dans le domaine public l'année suivant le décès de la

d'auteur en France¹⁰¹. En ce qui concerne ce dernier, c'est en effet l'intérêt du public qui justifie la précarité du monopole, pour qu'il soit assuré d'avoir accès à la création. Or, un tel intérêt ne se retrouve pas vraiment s'agissant de la notoriété du sujet dont l'exploitation commerciale attise seulement l'intérêt de quelques-uns. Par ailleurs, l'expérience montre que la valeur publicitaire, donc pécuniaire, de la notoriété décline le plus souvent rapidement après le décès de la personne, ce qui, dans la majorité des cas, rend inutile de limiter la durée du monopole d'exploitation. En revanche, il est plus essentiel de circonscrire strictement le maintien après décès du monopole d'exploitation à ce qui ressort véritablement à la commercialisation de la personnalité. Il est hors de question en effet que les héritiers puissent revendiquer, et donc monnayer, une exclusivité sur toute forme d'utilisation de la personnalité du défunt. Au contraire, il serait souhaitable que la liberté de l'évoquer, que ce soit dans des documentaires, des articles de presse, des ouvrages biographiques, etc., soit ici le principe.

Conclusion : faut-il légiférer ?

C'est sur un plaidoyer pour la reconnaissance des droits patrimoniaux de la personnalité que l'on voudrait conclure. L'importance des intérêts pratiques qui y sont attachés justifie assurément que l'on s'y intéresse. Mais leur considération doit en réalité s'apprécier d'un point de vue beaucoup plus large que les intérêts du faible nombre que ces prérogatives pourraient concerner. Il importe en effet par-dessus tout d'obvier à la tendance actuelle de recourir aux droits extrapatrimoniaux de la personnalité pour fonder la réparation d'un préjudice purement économique ou pour asseoir le monopole d'exploitation du sujet sur la valeur de sa personnalité. Car c'est alors le droit de tous, celui qui touche de plus près à la dignité de la personne humaine, qui est ainsi progressivement dénaturé comme prix de la méconnaissance du droit patrimonial. La conception de droits patrimoniaux de la personnalité est donc d'abord affaire de raison : la conviction de leur nécessité répond à la préservation indispensable du fondement moral des droits extrapatrimoniaux de la personnalité. Paradoxalement peut-être, la reconnaissance par le droit positif de droits patrimoniaux de la personnalité paraît impérieuse au nom d'une dignité humaine qui ne se négocie pas.

Mais, alors, faut-il légiférer et consacrer, sous cette appellation ou sous une autre, la distinction entre les droits primaires et les droits dérivés de la personnalité ? Nous ne le pensons pas¹⁰². Outre le fait qu'une législation en la matière apparaît très largement prématurée, elle obligerait à rédiger des dispositions assez larges pour ne pas brider le

personne si celle-ci ne laisse pas de conjoint survivant, ni d'enfants, de petits-enfants ou à défaut de père ou mère et s'il n'existe pas non plus de cessionnaire du droit (Tex. Prop. Code Ann. tit. 4, art. 26.010 (West 1995)). Enfin, au Tennessee, le *right of publicity* persiste pendant une période initiale de dix ans et ne cesse que s'il n'a pas été exploité pendant deux années consécutives à l'issue de cette période (Tenn. Code Ann., *ibid.*, art. 47-25-1104).

¹⁰¹ Selon art. L-123-1(2) C. prop. int., *supra* note 60, le monopole d'exploitation persiste après le décès de l'auteur pendant cinquante ans au profit de ses ayants droit.

¹⁰² Certains auteurs sont favorables à une législation pour consacrer le droit patrimonial à l'image : Bertrand, *supra* note 91 à la p. 4 et s. ; Acquarone, *supra* note 32 au n° 37. D'autres non : Kayser, *supra* note 32 au n° 95.

développement naturel de cette construction juridique nouvelle, mais en même temps suffisamment précises pour réglementer le droit patrimonial d'exploitation de la personnalité jusque dans ses aspects les plus délicats, notamment quant à ses titulaires (qui peut revendiquer un tel droit ?), à son étendue (conciliation avec la liberté d'expression, d'information) ou à son sort après décès.

En conséquence, si le dédoublement des droits de la personnalité en droits extrapatrimoniaux et droits patrimoniaux semble aussi fondé que nécessaire, la doctrine et la jurisprudence doivent, avant la loi, occuper la scène. À elles revient l'avantage essentiel d'avoir le temps d'éprouver ce droit patrimonial avant de lui donner, trait par trait, sa configuration définitive et l'installer dans le droit positif.
