

joueur exceptionnellement adroit ou connaissant à fond le mécanisme de l'appareil. En l'espèce, la réponse ne saurait être douteuse. Certes le joueur d'habileté moyenne réussira, avec un peu d'adresse, à éviter les coups nuls, mais ce n'est pas en cela que consiste la difficulté essentielle du jeu ; pour qu'il gagne, il faut en outre que les balles tombent dans les poches auxquelles est attribué le plus grand nombre de points. Or ce résultat ne dépend qu'en partie de son adresse et, dans une large mesure, du fonctionnement — impossible à prévoir et à régler — d'un mécanisme délicat et relativement compliqué. L'issue du jeu ne dépend donc pas essentiellement de l'adresse.

3. — Les conditions auxquelles les art. 3 et 1 de la loi du 5 octobre 1929 subordonnent l'interdiction d'installer un appareil servant au jeu étant acquises en l'espèce, il s'ensuit que c'est à juste titre que le Département fédéral de justice et police a déclaré illicite le « Spiral-Ball » ou « Barn-Yard Golf-Play Poker ».

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours.

### III. VERFAHREN

#### PROCÉDURE

Vgl. Nr. 21 und 22. — Voir nos 21 et 22.

## C. STRAFRECHT — DROIT PÉNAL

### URHEBERRECHT

#### DROIT D'AUTEUR

#### 24. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 30 mai 1932 dans la cause Richter.

*Loi fédérale du 7 décembre 1922 concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques. Art. 29.*

Photographie d'une personne, exécutée sur commande. Reproduction dans un périodique. Plainte du photographe contre l'auteur du cliché. Etendue des droits du photographe.

A. — A l'occasion de l'électrification du chemin de fer Rorschach-Heiden, Joseph Richter, fabricant de clichés, à Genève, s'est adressé au chef d'exploitation de l'entreprise, M. Heinrich Hotz, à Heiden, par lettre du 16 mai 1930, en le priant de lui envoyer quelques photographies de locomotives et de wagons ainsi que son portrait *für den Illustrationsdienst*.

Au reçu de cette lettre, Hotz s'est rendu chez le photographe Hausamann, à Heiden, et s'est fait photographier. Le 21 du même mois, il a envoyé à Richter sa photographie, accompagnée de deux autres représentant un wagon et une locomotive.

Ayant tiré un cliché de la photographie de Hotz, Richter l'a vendu à la Société anonyme Jean Frey, à Zurich, editrice de la *Schweizer Wochen-Zeitung*. La photographie a paru le 31 mai 1930 dans le numéro 22 du journal ; au bas de la reproduction figurait la mention « J. Richter ».

Hausamann, ayant vainement réclamé à l'administration de la revue la somme de 10 francs pour droit de reproduction, a saisi le Procureur général de Genève d'une plainte contre Richter. Le plaignant se prévalait de son droit d'auteur sur la photographie et invoquait les dispositions des art. 2, 12 ch. 1 et 42 ch. 1 de la loi fédérale du 7 décembre 1922 concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques.

Richter a contesté toute infraction à la loi, soutenant qu'il avait agi avec l'autorisation de Hotz. Ce dernier, entendu comme témoin, a déclaré qu'en donnant suite à la demande de Richter, il lui avait implicitement accordé le droit de fabriquer un cliché au moyen de la photographie. Il a également affirmé avoir informé Hausamann de l'usage auquel la photographie était destinée.

Hausamann a néanmoins maintenu sa plainte, et il s'est porté partie civile, en réclamant le paiement de la somme de 10 francs.

B. — Par sommation du 11 novembre 1931, le Procureur général de Genève a fait citer Richter devant le Tribunal de police de Genève comme prévenu d'avoir, en dernier lieu, dans le canton de Genève, 1° reproduit la photographie faite par Hausamann en violation de ses droits d'auteur ; 2° apposé ou laissé apposer, contrairement aux règles de la bonne foi, son sceau et sa signature sur la reproduction d'une photographie dont il n'était pas l'auteur ; infractions aux art. 1, 2, 4, 12., 13, 42, 48, 49, 50 de la loi fédérale concernant les droits d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques, du 7 décembre 1922, 1, 2, 4, 33, 36, 39 de la loi genevoise sur la concurrence déloyale, etc., du 2 novembre 1927.

C. — Devant le Tribunal de police, l'Union suisse des photographes, à St-Gall, a déclaré se porter partie civile, à côté de Hausamann. Les parties civiles ont réclamé 100 francs à titre de dommages-intérêts.

Par jugement du 28 janvier 1932, le Tribunal de police a condamné Richter :

a) pour infraction à la loi fédérale concernant les droits d'auteur, à 80 francs d'amende, à convertir — en cas de non paiement — en emprisonnement à raison d'un jour de prison pour 10 francs d'amende ;

b) pour infraction à la loi genevoise sur la concurrence déloyale, etc., à 20 francs d'amende ;

c) aux frais envers l'Etat et les parties civiles, tous droits de ces dernières à des dommages et intérêts réservés.

D. — Richter a appelé de ce jugement en reprenant ses conclusions libératoires.

Par arrêt du 8 mars 1932, la Cour de Justice civile de Genève a confirmé le jugement déferé et condamné Richter aux frais et dépens d'appel.

Cet arrêt est motivé en résumé comme il suit :

En faisant un cliché de la photographie remise par M. Hotz et en vendant ce cliché à la *Schweizer Wochen-Zeitung*, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de Hausamann, auteur du cliché original, Richter a commis une infraction à la loi concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques. En vain objecte-t-il qu'il pouvait valablement faire paraître la photographie dans n'importe quel journal, sous la seule condition d'obtenir l'autorisation de Hotz, autorisation qui lui a été accordée dans le cas particulier. L'art. 29 al. 1 autorise la personne représentée par une photographie et ses proches parents à reproduire ou à faire reproduire l'image sans en référer à l'auteur de l'œuvre originale. Ces reproductions ne peuvent d'ailleurs servir qu'à l'usage privé de la personne ou de ses proches. Il est interdit de les mettre dans le commerce ou de les exhiber à l'aide d'appareils techniques ou optiques. L'alinéa 2 de l'art. 29 atténue, il est vrai, la rigueur de ce principe en accordant à la personne représentée — et à ses héritiers sous certaines réserves — la faculté d'autoriser même sans le consentement du titulaire du droit d'auteur, la reproduction de l'image dans des journaux, revues ou autres publications ne constituant pas une simple édition de la reproduction à plusieurs exemplaires. Cette disposi-

tion marque le droit de l'individu sur sa propre image, mais il ressort clairement des termes de l'art. 29 que le législateur n'a voulu porter atteinte au principe du droit d'auteur qu'avec beaucoup de circonspection et dans la mesure seulement où ce droit n'est pas compatible avec celui de la personnalité. L'art. 29 doit être interprété restrictivement. In casu les faits s'opposent à ce que Richter puisse se mettre à son bénéfice. Il exerce la profession de fabricant de clichés photographiques, et c'est en cette qualité qu'il a demandé à Hotz une de ses photographies. Hotz est allé se faire photographe chez Hausamann et a envoyé à Richter le portrait demandé, sachant qu'il était destiné à la publication dans un journal. A teneur de l'art. 29, Hotz aurait pu autoriser la *Schweizer Wochen-Zeitung* à publier son image, même sans autorisation préalable de Hausamann. En revanche, il ne pouvait, sans cette autorisation, permettre à Richter de faire paraître son portrait dans une publication quelconque. Encore moins Richter, qui ne fait pas partie des personnes énumérées dans l'art. 29, pouvait-il, de sa propre initiative, se procurer l'œuvre de Hausamann et la publier sans en référer à ce dernier. Ce faisant, il réalisait un bénéfice illicite au détriment du photographe, et c'est justement ce que la loi a voulu empêcher.

Quant au second chef d'accusation: Le nom de Hausamann ne figure pas au pied de la reproduction de la photographie parue dans la *Schweizer Wochen-Zeitung*. En revanche, le nom de Richter est mentionné sur le cliché reproduit. Par ce procédé, Richter, agissant dans l'exercice de sa profession et dans un but de commerce, faisait croire au public qu'il était l'auteur de la photographie originale, alors qu'il n'avait fait que la reproduire. Cette manière de faire est inconciliable avec les principes de bonne foi et de confiance en affaires, et tombe ainsi directement sous le coup de l'art. 2 de la loi visée. Si Richter ignorait le nom du photographe, il lui était aisé de se le procurer. S'il n'entendait pas porter le nom de

Hausamann à la connaissance du public, il devait au moins s'interdire de faire figurer le sien au bas du cliché.

*E.* — Richter recourt en cassation en concluant à l'annulation de l'arrêt déféré et au renvoi de la cause à la Cour cantonale pour prononcer son acquittement et statuer à nouveau sur les frais.

Hausamann et l'Union suisse des photographes concluent au rejet du recours.

*Considérant en droit :*

1. — L'application de la loi cantonale du 2 novembre 1927 ne relève pas de la Cour de cassation (art. 163 OJF).

2. — En ce qui concerne l'application de la loi fédérale du 7 décembre 1922, il faut distinguer entre :

a) la fabrication du cliché par Richter ;

b) la publication faite dans la *Schweizer Wochen-Zeitung*.

*ad a)* La loi fédérale du 7 décembre 1922 apporte une double limitation au droit d'auteur du photographe. D'une part, elle considère comme licite la reproduction de l'image par la personne représentée, son conjoint, ses descendants, ses parents ou leurs descendants, ou sur l'ordre de ces personnes (art. 29 al. 1). D'autre part, elle prévoit que, sauf convention contraire, la personne représentée peut autoriser, même sans le consentement du titulaire du droit d'auteur, la reproduction de l'image dans des journaux, revues ou autres publications ne constituant pas « une édition d'exemplaires isolés de la reproduction », et elle confère la même faculté, sous certaines conditions, à certains membres de la famille (art. 29 al. 2). La comparaison de ces textes montre qu'ils visent deux hypothèses différentes : le premier a pour but de régler l'exercice du droit de reproduction limitée à l'usage privé. L'alinéa 2, au contraire, règle l'exercice du droit de reproduction destinée à la publicité. C'est ainsi que l'art. 31 al. 1 prévoit que seules sont susceptibles d'être « mises en circulation » les reproductions visées à l'alinéa 2 de l'art. 29. D'autre part, tandis que le droit de reproduction est absolu dans

l'hypothèse de l'alinéa 1, l'alinéa 2 réserve, dès qu'il s'agit de publicité, la conclusion d'une convention supprimant ou conditionnant l'exercice du droit de reproduction.

In casu les conditions fixées par l'art. 29 al. 1 ne peuvent être considérées comme réalisées. Le cliché n'a été fait ni par Hotz, ni par une personne se trouvant vis-à-vis de lui dans les relations de parenté fixées par l'art 29 al. 1. S'il est vrai, d'autre part, que Hotz a consenti à ce que Richter fit paraître sa photographie dans un journal, cette autorisation ne vaut ni comme ordre, ni comme mandat au sens de la disposition visée.

Mais il ne s'ensuit pas pour autant que Richter ne puisse se prévaloir de l'art. 29 al. 2. Dans l'état actuel de la technique, la reproduction d'une photographie dans un journal suppose, dans la règle, la confection d'un cliché. Dût-on considérer le cliché lui-même comme une reproduction au sens de l'art. 29, il faudrait tenir compte du but en vue duquel il a été confectionné, et dans la mesure où ledit cliché n'est qu'un procédé préparatoire de la reproduction, apprécier le caractère licite ou illicite de l'opération non plus d'après la règle de l'art. 29 al. 1, mais bien d'après celle de l'art. 29 al. 2. Aussi bien, que le cliché soit fait par l'administration du journal ou qu'elle le fasse confectionner par un spécialiste, on ne voit pas l'intérêt que cette distinction pourrait avoir pour l'auteur de la photographie originale. Il faut donc en conclure que l'autorisation de reproduire l'image dans un journal implique non seulement celle de faire confectionner le cliché, mais dispense en même temps l'auteur du cliché de rapporter la preuve qu'il a reçu l'ordre de confectionner le cliché de l'une des personnes visées à l'art. 29 al. 1. La solution contraire aboutirait à ce résultat évidemment absurde que l'ordre de confectionner le cliché pourrait être donné par une personne qui, aux termes de l'alinéa 2, n'aurait pas le droit d'autoriser la publication. Il suffit donc que l'autorisation prévue à l'art. 2 ait été donnée par une personne ayant qualité pour le faire d'après l'art. 29 al. 2, pour rendre également licite

la confection d'un cliché lorsque cette première reproduction ne constitue qu'un procédé destiné à servir à la reproduction dans les « journaux, revues ou autres publications ne constituant pas une édition d'exemplaires isolés ».

Comme il n'est pas même allégué que le cliché ait servi à autre chose qu'à la reproduction du portrait dans la *Schweizer Wochen-Zeitung*, la confection du cliché par Richter est licite ou non suivant que l'était elle-même la reproduction du portrait dans cette revue.

ad b) Si la reproduction de la photographie de Hotz dans la *Schweizer Wochen-Zeitung* n'était pas autorisée par l'alinéa 2 de l'art. 29, l'infraction aurait été commise en premier lieu par les organes du journal, et Richter ne pourrait être recherché que comme complice au sens de l'art. 21 du code pénal fédéral, applicable en vertu de l'art. 48 de la loi du 7 décembre 1922. Le recourant aurait en effet seulement fourni le moyen de commettre l'infraction.

Or en ne portant pas plainte contre les organes de la *Schweizer Wochen-Zeitung*, Hausamann a reconnu implicitement que la reproduction de la photographie de Hotz dans ce journal ne sortait pas du cadre de ce que l'art. 29 al. 2 considère comme licite. Au reste, toutes les conditions exigées par cette disposition sont réalisées en l'espèce :

1. Le numéro 22 du 31 mai 1930 de la *Schweizer Wochen-Zeitung* ne constitue pas une « édition d'exemplaires isolés de la reproduction ».

2. Hausamann n'établit et n'allègue même pas avoir passé avec Hotz la convention dérogatoire réservée par l'art. 29 al. 2, et ce alors qu'il savait que Hotz se faisait photographier parce qu'on lui avait demandé son portrait pour le faire paraître dans la presse.

3. La reproduction du portrait de Hotz dans la *Schweizer Wochen-Zeitung* a eu lieu avec l'autorisation de Hotz, c'est-à-dire de la personne représentée, et il s'agissait incontestablement d'un portrait commandé. Lors de sa déposition, Hotz n'a parlé que de l'autorisation de confectionner le cliché, mais il savait que ce dernier était destiné à servir

à la reproduction de son portrait dans les journaux. Richter lui avait écrit en effet sous sa raison commerciale, « l'Illustration de la presse », et il lui demandait sa photographie « für den Illustrationsdienst ».

En vain objecterait-on que l'autorisation a été donnée à Hotz et non à la *Schweizer Wochen-Zeitung*. L'art. 29 al. 2 dit expressément que la personne représentée « peut autoriser la représentation dans les journaux... » ; il ne dit pas que la personne représentée peut autoriser des journaux à reproduire son image. Il n'exige donc pas que l'autorisation ait été donnée directement au journal, auquel cas il eût fallu, semble-t-il, spécifier encore si c'était à l'éditeur, au libraire ou à l'imprimeur (cf. art. 69 du code pénal fédéral). On ne voit d'ailleurs pas pour quelle raison le législateur aurait subordonné le caractère licite de la reproduction à la condition que l'autorisation fût donnée à l'éditeur ou à l'administration du journal lui-même. Contrairement à ce qu'admet la Cour de Justice, le fait que, en l'espèce, l'autorisation a été donnée à Richter, au lieu de l'être à l'imprimeur de la *Schweizer Wochen-Zeitung*, n'a causé et ne pouvait causer aucun préjudice à Hausamann. Il n'a pas eu, notamment, pour conséquence de faire profiter Richter d'une somme qui, dans l'hypothèse contraire, serait revenue à Hausamann. La Société imprimant la *Schweizer Wochen-Zeitung* savait certainement que la reproduction d'un portrait commandé ne supposait pas le consentement du photographe et qu'il suffisait, en fait, de celui de la personne représentée. Qu'elle ait cru ou non que la photographie de Hotz avait été faite par Richter, la question ne présente donc aucun intérêt. Dans un cas comme dans l'autre, elle n'avait rien à déboursier pour le droit de reproduction ; elle n'avait qu'à payer le prix du cliché, ce qu'elle a fait. Supposé même que Richter ait perçu quelque chose en sus du prix du cliché, le surplus ne représenterait qu'une rémunération spéciale pour la peine qu'il s'était donnée en s'adressant à Hotz et en sollicitant l'autorisation de reproduire son portrait. Hausa-

mann n'aurait pu y prétendre que s'il avait pris l'initiative d'écrire à Hotz et d'envoyer lui-même la photographie à la *Schweizer Wochen-Zeitung*.

Exiger que l'autorisation soit donnée directement au journal par la personne représentée conduirait d'ailleurs à un résultat inadmissible : A supposer, par exemple, que C se fasse photographier par P, que la revue R lui demande l'autorisation de reproduire sa photographie, que cette autorisation soit accordée et que R la publie au moyen d'un cliché qu'il a commandé au fabricant F, dans cette hypothèse, R et F échapperaient à toute poursuite, tandis qu'ils devraient être poursuivis l'un et l'autre si, les autres circonstances restant les mêmes, c'était F qui avait pris l'initiative de demander à C l'autorisation de tirer de sa photographie un cliché destiné à la revue R. Or il est clair qu'il n'existe aucun motif pour justifier une différence de traitement dans un cas et dans l'autre, autrement dit aucune raison qui légitimerait une limitation du droit de l'auteur dans le premier et qui ne la légitimerait pas dans le second. Cette interprétation trouve également sa confirmation dans les travaux préparatoires (cf. Roethlisberger S. J. Z. 1924/25, p. 287). Il en résulte en effet que, en matière de portraits commandés, le législateur a entendu exclure toute poursuite lorsque la personne représentée a été consultée avant la publication et a consenti à celle-ci, ce sans distinction entre le cas où cette déclaration a été faite à la rédaction ou à l'administration du journal et celui où elle le serait à un tiers agissant dans l'intérêt du journal, par exemple au fabricant du cliché.

#### *La Cour de cassation pénale prononce :*

Le recours est admis en ce sens que l'arrêt attaqué est annulé en tant qu'il retient à la charge du recourant une infraction à la loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques, l'affaire étant, sur ce point, renvoyée à la Cour de Justice pour qu'elle statue à nouveau.