

Les Limites juridiques de la diffusion de l'image¹

Jean-Michel Bruguière

« *Un art libre induit un regard libre* »

M.-J Mondzain, « *Le commerce des regards* », Seuil, « L'ordre philosophique »

1.- L'image et le cadre juridique de l'article 10 de la CEDH. L'image, ici définie comme la représentation d'une personne et/ou d'un évènement au moyen de la photographie, met en œuvre (dans le cadre de la publicité, de l'information, de la création) la liberté d'expression. Le droit de savoir, comme cela a été dit dans un arrêt célèbre, implique le droit de voir. En conséquence cette diffusion de l'image est encadrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui comporte un principe et des limites tenant au respect des intérêts publics (la santé par exemple) ou des intérêts privés (la réputation d'autrui par exemple). La diffusion de l'image est susceptible de troubler les esprits. Les représentations de la nudité, de l'animalité, de la violence ...traduisent en effet souvent un certain malaise de nos sociétés. Elles conduisent alors à des mécanismes d'auto censure. Le distributeur prend ainsi l'initiative de ne pas publier l'image litigieuse. Elles entraînent également des interventions juridiques qui retiendront notre attention (condamnations judiciaires, recommandations administratives ...) et qui relèvent de deux droits distincts : le droit objectif et les droits subjectifs. Rappelons ici que le Droit objectif est l'ensemble des

¹ Le style oral de cette intervention a été volontairement conservé

règles de conduites qui s'imposent aux membres de la société. Les droits subjectifs sont des prérogatives individuelles reconnues et sanctionnées par le droit objectif. Par exemple le droit à la dignité protégé par l'article 16 du code civil, est un droit objectif. Le droit au respect de la vie privée de l'article 9 du Code civil, est un droit subjectif.

2. – Un cadre contraignant. Nous envisagerons donc successivement ces deux séries de limites en montrant en quoi le droit objectif contribue à un certain hygiénisme normatif et comment les droits subjectifs laissent peu de place au fait artistique.

I-Les limites de la diffusion de l'image tenant au droit objectif

3. – Secrets, dignité, santé...Le droit objectif contient de nombreuses règles. L'on aurait pu développer l'exemple des secrets limitant la diffusion de l'image. L'image peut en effet être limitée par certains secrets : secret de la correspondance, secret professionnel, secret défense... Nous préférons mettre l'accent sur le droit à la dignité et le droit à la santé. Le droit à la dignité est protégé par l'article 16 du code civil qui dispose : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci... ». Le droit à la santé est le droit de posséder le meilleur état de santé possible. Il implique des actions de la part de l'Etat comme celle qui consiste à lutter contre le tabagisme au travers notamment de la loi dite Evin.

A) Limites tenant au droit à la dignité

4. – Exemples de condamnations au nom du droit à la dignité. Dans de nombreuses situations, la diffusion de l'image a pu être limitée par le droit à la dignité. C'est ainsi que le journal *Paris Match* a été condamné pour avoir publié la photographie du préfet Erignac abattu en Corse. Les publicités commerciales ne sont pas à l'abri des sanctions comme en témoigne cette condamnation de *Benetton* pour avoir représenté une paire de fesses sur lesquelles était apposé le signe « H.I.V. positive » (ce qui a été

jugé comme une symbolique de stigmatisation dégradante pour les personnes humaines atteintes du SIDA). Bien d'autres exemples pourraient être adoptés. L'important est de savoir apprécier cette régulation de l'image par le droit à la dignité.

5. – Le droit à la dignité, un concept dangereux et inopportun. A l'analyse, nous pensons que le concept de dignité est dangereux et inopportun. Il est dangereux car le concept de dignité est trop flou. Prenons l'exemple de la prostitution. La dignité permet ici d'adopter un peu toutes les postures normatives. Qu'est-ce qui est indigne dans cette pratique ? Le client qui asservit la prostituée à son désir ? La prostituée elle-même qui décide de se vendre ou, à la limite, ceux qui entendent interdire la pratique à des personnes majeures et consentantes et qui d'une certaine manière nient leur libre arbitre ? Fort de ce constat, nous pouvons condamner tout et son contraire avec la dignité. Le concept est flou et inopportun. Il conduit en effet à aseptiser nombre d'images. Nous devons en effet réagir contre la réalité (la violence Corse, la stigmatisation des malades ...) et non contre les images qui la révèlent. Il ne faut pas oublier par ailleurs que les images ont permis de connaître certains faits : l'atrocité des chambres à gaz, la brutalité des soldats américains pendant la guerre d'Irak. En bref, l'image a une vertu pédagogique et le concept de dignité risque de réduire à néant cette réalité.

B) Limites tenant au droit à la santé

6. – Exemples de limitations de publicité au nom du droit à la santé. Selon l'article 3511-3 du Code de la santé publique : « La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L 3511-1 ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé

publique sont interdites ». Sur le fondement de ce texte de nombreuses images ont été retouchées. Le timbre poste créé en hommage à André Malraux ne reproduit plus la cigarette figurant entre ses lèvres. Un même traitement est réservé à la belle photographie d'Alain Delon qui accompagne la vente du parfum *Eau sauvage*. Serge Gainsbourg ne fume plus sur l'affiche du film de Joann Sfar. Jacques Tati, quant à lui, fume...un moulin à vent ridicule, au lieu de sa pipe.

7. – De l'air ! Cette « hygiénisme normatif » doit cesser ! Nous ne souhaitons nullement revivre ces vieilles pratiques Staliniennes par lesquelles certains dignitaires désavoués disparaissaient soudainement des photographies officielles. Une esthétique de la disparition... Nous subissons déjà les nombreuses mentions sanitaires placardées sur les paquets de cigarette, les images les plus « gore » des maladies causées par le tabagisme ; en attendant le paquet de cigarette générique suggéré par l'OMS, *plain packaging*. Nous avons le droit de voir Jacques Prévert avec sa pipe ou les acteurs des films de Rohmer avec toutes leurs cigarettes.

8. – Et le respect du patrimoine culturel, du droit d'auteur ? Le respect de notre patrimoine artistique, historique... doit également trouver sa place aux côtés du respect de la santé publique. La cigarette est le témoin d'une époque (certes révolue...) et il n'y a pas de raison d'occulter ce passé. L'on retrouve ici la teneur d'une proposition de loi du 18 novembre 2010 visant « à concilier la préservation de l'intégrité des œuvres culturelles et artistiques avec les objectifs de lutte contre le tabagisme ». Les défenseurs de cette proposition soulignaient ainsi : « Appliquée aux œuvres culturelles, la liberté d'expression se devrait donc de primer sur les restrictions imposées par la loi du 10 janvier 1991, lesquelles ne visent que la publicité et la propagande en faveur du tabac. Cette dérive conduit à la suppression d'éléments importants de l'histoire culturelle, l'illustration du tabac n'ayant pas vocation ici à

inciter le citoyen à sa consommation mais faisant partie intégrante de l'œuvre culturelle. En outre, il est indispensable de rappeler qu'aucun acteur de l'industrie du tabac n'intervient dans le financement de la diffusion de ces œuvres culturelles, ce qui écarte l'hypothèse d'une publicité indirecte de la part des industriels du tabac ». L'on pourrait encore songer au respect du droit moral de l'architecte (droit d'auteur) dont l'œuvre (la photographie) est souvent retouchée sans autorisation.

En conclusion de cette première partie, l'on voit qu'il n'est pas toujours facile d'assurer la libre diffusion de l'image au nom de cet intérêt général. Qu'en est-il de la diffusion de l'image en présence de droits subjectifs ?

II-Les limites de la diffusion de l'image tenant aux droits subjectifs

Deux droits subjectifs seront ici privilégiés : le droit de la personnalité et le droit de propriété. Ces deux droits subjectifs seront envisagés en présence d'images représentées dans un contexte artistique. Nous allons voir que la diffusion est là encore limitée par ces droits et que le fait artistique qui pourrait être reconnu en faveur de l'image joue assez peu.

A) Limites tenant aux droits de la personnalité

9.- L'image et le fait artistique. Les droits de la personnalité comportent de nombreux droits : le droit au respect de la vie privée, le droit au nom, le droit à l'image. Nous privilégierons ici ce droit à l'image dans un contexte artistique en prenant un exemple tiré d'une affaire jugée par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 9 mai 2007. Dans ce litige était en cause un recueil de photographies de François-Marie Banier intitulé « Perdre la tête ». Une personne se plaignait de la reproduction d'une

photographie la représentant, assise sur un banc avec un chien, au sein d'une série de portraits, pris sur le vif, d'excentriques, de marginaux ou d'exclus. Dans son arrêt du 5 novembre 2008, la Cour d'appel de Paris confirme le jugement du tribunal en se fondant sur les articles 10 de la CEDH et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'argumentation est un véritable plaidoyer en faveur de la création photographique. Le juge relève en effet, à juste titre, la spécificité de l'art photographique résultant de son ancrage dans la réalité. Il considère que « si l'auteur des clichés se trouvait contraint de solliciter systématiquement le consentement des personnes pour que leur image puisse être fixée, puis ensuite publiée [cela] aurait pour effet de compromettre les photographies prises sur le vif ou la représentation de scènes de rue, en dépit de l'ancienneté et de la noblesse de cette forme artistique à laquelle s'attache des noms illustres, et de limiter la forme d'expression de l'artiste ». Dans ces conditions, la Cour retient que seule une publication contraire à la dignité de la personne ou revêtant pour elle des conséquences d'une particulière gravité est en mesure de constituer une atteinte au droit à l'image. On perçoit évidemment la critique principale qu'encourt cette solution, à savoir la subjectivité de l'appréciation du caractère artistique d'une photographie. L'on regrette toutefois que cette solution ne soit pas plus étendue car à l'examen de la jurisprudence, l'exemple que nous avons adopté est tout à fait exceptionnel. Le juge a en effet tendance à faire respecter le droit de l'image de la personne sans se soucier du contexte artistique.

10. – Le fait artistique, fait justificatif ? Nous pensons qu'il conviendrait d'aller plus loin. Un auteur, Edouard Treppoz, a ainsi proposé de tirer des conséquences pénales de la reconnaissance de l'œuvre de l'esprit en droit d'auteur. Autrement dit, à partir du moment où l'on aurait reconnu la photographie comme une œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, il faudrait en tirer les conséquences au niveau pénal ou fiscal.

Concrètement l'infraction pénale (la pornographie infantine par exemple) ne se serait pas constituée en présence d'une représentation ayant une valeur artistique ou culturelle. Sur la matière fiscale, l'on ne discuterait pas des semaines entières pour savoir si « L'oiseau dans l'espace » de Brâncusi est une oeuvre de l'esprit ou un objet de métal manufacturé soumis à un tarif de douane plus important. La proposition est séduisante. Elle trouve d'ailleurs un certain écho en droit positif puisque l'article 197 du Code pénal Suisse dispose : « Celui qui aura offert, montré, rendu accessibles à une personne de moins de 16 ans ou mis à sa disposition des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou des représentations pornographiques, ou les aura diffusés à la radio ou à la télévision, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. (...) 5. **Les objets ou représentations visés aux ch. 1 à 3 ne seront pas considérés comme pornographiques lorsqu'ils auront une valeur culturelle ou scientifique digne de protection** ». Il n'en reste pas moins qu'il n'est pas toujours facile de savoir si l'on est ou non en présence d'une oeuvre de l'esprit. Par ailleurs, chaque droit (à commencer par le droit fiscal) a sa propre autonomie. Il est difficile d'admettre qu'un droit (le droit d'auteur) a des répercussions aussi importantes sur un autre ; puisque cette analyse conduit purement et simplement à le neutraliser.

B) Limites tenant au droit de propriété

11. – Propriété matérielle. Droit à l'image des biens. La diffusion de l'image doit également compter avec le respect de la propriété. Plus précisément, la propriété matérielle et immatérielle. La propriété matérielle ne sera pas développée ici. Je rappelle juste que, pendant un certain temps (de 1999 à 2004), la Cour de cassation a jugé que la représentation de l'image d'un bien (la photographie d'une maison par exemple) supposait l'autorisation du propriétaire du bien. La propriété du bien conduisait à la

propriété de l'image du bien ce qui était très critiquable. Cette jurisprudence est aujourd'hui abandonnée (du moins est-elle construite sur un autre fondement). Seule la propriété immatérielle c'est-à-dire le droit d'auteur du photographe retiendra notre attention.

12. – Propriété immatérielle. Droit d'auteur. Œuvres transformatives. Nous raisonnerons ici sur deux exemples d'appropriationnisme. La première affaire porte sur une œuvre de Jeff Koons adaptant en poterie une scène de vie américaine qui était représentée par un photographe américain, Art Rogers. Les tribunaux américains ont considéré que l'œuvre de Jeff Koons était une contrefaçon de celle du photographe refusant de faire application de l'exception générale au copyright que l'on nomme le *fair use*. Ce n'est pas le cas en revanche pour la seconde affaire qui opposait Patrick Cariou, à la star de l'art contemporain, Richard Prince, qui s'était contenté d'ajouter des guitares et un peu de couleur à la photographie de rastafari. L'œuvre a été en effet jugée « transformative » en appel et l'exception de *fair use* a été cette fois admise ce qui n'avait rien d'évident. Cette exception générale ne joue pas toutefois en Europe où seules des exceptions spéciales (la parodie par exemple) pourraient jouer. L'œuvre transformative n'est pas encore reconnue et le respect de la propriété immatérielle s'impose.

13. – Conclusion. En conclusion, l'on voit que notre droit encadre finalement assez fortement la diffusion de l'image. Pour cela il fait appel à un concept, la dignité, qui nous semble difficile à mettre en œuvre. Sur le terrain du droit à la santé, il serait heureux que la loi distingue ce qui relève de la publicité et ce qui n'en relève pas. Un film de Tati, ce n'est pas assimilable à la *Camel Trophy* ! Enfin il serait souhaitable que notre droit d'auteur ou droit à l'image accorde plus de place au fait artistique.