



Image et droit pénal

Mémoire en vue de l'obtention du
Master 2 Droit fondamental des affaires

Présenté par *Thomas Livenais*
Sous la direction de *Mme le Professeur Corinne Mascala*

Année universitaire *2009/2010*



Image et droit pénal

Mémoire en vue de l'obtention du
Master 2 Droit fondamental des affaires

Présenté par *Thomas Livenais*
Sous la direction de *Mme le Professeur Corinne Mascala*

Année universitaire *2009/2010*

Abréviations

- AJDA : Actualité Juridique de Droit Administratif
- AJ Pénal : Actualité Juridique Pénal
- Ann. Propr. Ind. : Annales de la Propriété Industrielle
- Ass. Nat. : Assemblée Nationale
- BOPI : Bulletin Officiel de la Propriété Industrielle
- Bull. Aix : Bulletin d'Aix
- Bull. civ. : Bulletin civil de la Cour de cassation
- Bull. crim. : Bulletin criminel de la Cour de cassation
- Bull. soc. : Bulletin social de la Cour de cassation
- Cass. 1^{ère} civ. : Première chambre civile de la Cour de cassation
- Cass. 2^{ème} civ. : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
- Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
- Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
- Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation
- CCE : Communication Commerce électronique
- CDA : Cahiers du Droit d'Auteur
- CE : Conseil d'Etat
- Coll. : Collection
- Cons. constit. : Conseil constitutionnel
- D. : Recueil Dalloz
- doct. : Doctrine
- D.P. : Dalloz Périodique
- Dr. Pén. : Revue Droit Pénal
- éd. : édition
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais
- Ibid : Ibidem
- INPI : Institut National de la Propriété Industrielle
- JCl : Jurisclasseur
- JCP : La semaine juridique édition générale
- J.O. : Journal Officiel
- Juris-Data : banques de données juridiques
- LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

- obs. : Observations
- op. cit. : opus citatum
- ord. ref. : Ordonnance de référé
- p : Page
- PA : Petites Affiches
- Propr. Intell. : Revue Propriétés Intellectuelles
- PIBD : Propriété Industrielle Bulletin Documentaire
- PUF : Presses Universitaires de France
- RDP : Revue de Droit Public
- RDT : Revue de Droit du Travail
- Rec. : Recueil Lebon
- Rep. D. de droit pénal : Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale
- Rev. Sc. Crim. : Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé
- RFDA : Revue Française de Droit Administratif
- RIDA : Revue Internationale du Droit d'Auteur
- RLDI : Revue Lamy de Droit de l'Immatériel
- RPDS : Revue pratique de droit social
- RRJ : Revue de Recherche Juridique et de droit prospectif
- RTD civ : Revue Trimestrielle de Droit civil
- RTD com. : Revue Trimestrielle de Droit commercial
- ss-sect. : sous-sections
- T. : Tribunal
- T. corr. : Tribunal correctionnel
- TGI : Tribunal de Grande Instance
- T. pol. : Tribunal de police
- V. : Voir

Sommaire

Sommaire.....	1
Introduction.....	2
Partie I : Les images portant atteinte aux personnes	7
Titre I : L'atteinte à la vie privée	7
Chapitre I : La protection de l'intimité de la vie privée.....	7
Section 1 : L'élément matériel de l'atteinte à l'intimité de la vie privée	8
Section 2 : L'élément moral de l'atteinte à l'intimité de la vie privée	13
Chapitre II : La manifestation de l'atteinte à la vie privée.....	17
Section 1 : Les atteintes par voie de presse	17
Section 2 : Les atteintes par le vecteur des nouvelles technologies	28
Titre II : Les atteintes à la dignité de la personne humaine	44
Chapitre I : La protection de la dignité de la personne humaine.....	44
Section 1 : Les sources de la protection de la dignité de la personne humaine.....	44
Section 2 : La notion de dignité de la personne humaine	48
Chapitre II : La manifestation de l'atteinte à la dignité de la personne humaine	51
Section 1 : La diffusion par la presse d'images portant explicitement atteinte à la dignité de la personne humaine.....	51
Section 2 : Les captations portant implicitement atteinte à la dignité de la personne humaine : le happy slapping.....	56
Partie II : Les images portant atteinte aux biens	63
Titre I : Les atteintes aux biens protégés par des droits de propriété intellectuelle	63
Chapitre I : La protection par les droits de propriété intellectuelle.....	63
Section 1 : La protection par le droit d'auteur	63
Section 2 : La protection par la propriété industrielle.....	74
Chapitre II : La manifestation de l'atteinte à des droits de propriété intellectuelle.....	82
Section 1 : La contrefaçon d'œuvres de l'esprit.....	82
Section 2 : La contrefaçon de marques figuratives	91
Section 3 : La contrefaçon des dessins et modèles.....	97
Titre II : L'atteinte aux autres biens.....	101
Chapitre I : La protection de l'image des biens.....	101
Section 1 : Le rattachement au droit de propriété	101
Section 2 : Le rattachement à d'autres fondements.....	102
Chapitre II : La manifestation de l'atteinte à l'image des biens	104
Section 1 : La jurisprudence classique.....	104
Section 2 : L'évolution jurisprudentielle.....	107
Conclusion	111
Bibliographie.....	113
Index.....	128
Table des matières	132

Introduction

1. « Nous sommes dans un siècle de l'image. Pour le bien comme pour le mal, nous subissons plus que jamais l'action de l'image » disait le célèbre épistémologue Gaston Bachelard. Celui-ci ne s'y trompait pas, l'image en tant qu'émanation et comme perception de l'Être manifeste toute son importance. Cette affirmation est d'autant plus vraie de nos jours, où l'image est devenue une véritable information à part entière. L'image semble même, avoir pris le pas sur l'écrit, au détriment bien souvent de la qualité du contenu de l'information. Mais force est de constater que l'image a un impact bien plus important que l'écrit en termes d'efficacité. Chacun à en tête la photographie « Raising the Flag » de Joe Rosenthal montrant cinq valeureux soldats américains en train de planter le drapeau des Etats-Unis sur la colline du Mont Suribachi durant la bataille d'Iwo Jima. Ou encore le portrait de Che Guevara pris par Alberto Korda. Que dire des images du 11 septembre ? A l'évidence, l'image peut se révéler d'une efficacité extrême. Cependant, il faut parfois relativiser ces propos car l'image peut aisément être détournée. Ainsi, pour la photographie « Raising the Flag », il semblerait qu'il ne s'agissait que d'une mise en scène. Il n'en demeure pas moins que celle-ci fut reprise pour la campagne du 7^{ème} emprunt de guerre, sur l'initiative de Franklin D. Roosevelt¹. C'est donc avec prudence qu'il faut accueillir cette prépondérance de l'image dans nos sociétés, comme le disait le renard du « Petit Prince » d'Antoine de Saint-Exupéry : « on ne voit bien qu'avec le cœur. L'essentiel est invisible pour les yeux ».

2. Dans ce cadre, il apparaît intéressant d'étudier la prise en compte de l'image par le droit pénal. Mais il ne s'agit pas de faire une liste exhaustive des dispositions pénales sanctionnant les atteintes par l'image. C'est pour cette raison que l'on retrouvera beaucoup de dispositions civiles qui, bien souvent, expliquent et sont à la base des conceptions pénalistes des atteintes par l'image. En outre, il faudra également comparer le droit civil et le droit pénal.

Par conséquent, nous ne nous intéresseront pas seulement à la prise en compte de l'image par le droit pénal, mais bien au rapport entretenu entre l'image et le droit pénal. C'est ce qui explique que nous allons aussi traiter de domaines très peu sollicités par le droit pénal comme le respect par l'image de la dignité de la personne humaine, voire l'image des biens, qui ne fait pas l'objet d'une prise en compte par le droit pénal.

3. Dès lors, il nous incombe d'étudier les rapports *ou l'absence de rapports* entre le droit pénal et l'image, et ce, afin d'avoir une vue d'ensemble du sujet qui ne saurait être complète en n'étudiant que les dispositions relatives à l'image au sein du code pénal.

¹ http://fr.wikipedia.org/wiki/Raising_the_Flag_on_Iwo_Jima

4. La première atteinte à laquelle l'on peut penser est peut être l'atteinte à la vie privée. Le Code pénal sanctionne en son article 226-1 l'atteinte à *l'intimité* de la vie privée. Il s'agit donc d'une sphère plus restreinte que la vie privée. Il faut donc, afin de circonscrire le domaine de l'intimité de la vie, définir la notion de vie privée.

5. La Déclaration universelle des Droits de l'Homme proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 affirme que « Nul ne sera l'objet d'immixtion arbitraire dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance [...] ». Sur un modèle semblable, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale reconnaît que « toute personne a droit au respect de la vie privée et familiale, de son domicile, et de sa correspondance ».

La vie privée n'est pas directement consacrée par le bloc de constitutionnalité, du moins pas de manière directe. L'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) dispose que la liberté individuelle « consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». C'est ici reconnaître que chacun est libre d'organiser sa vie privée à sa guise, sous réserve de ne pas porter préjudice à autrui. Ensuite, l'article 11 dispose que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer, librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Cela souligne l'antagonisme entre vie privée et droit à l'information. Mais c'est une décision du Conseil constitutionnel de 1999 qui fait du droit au respect de la vie privée un principe à valeur constitutionnelle².

Bien avant la loi du 17 juillet 1970, la jurisprudence protégeait déjà la vie privée. La première décision date de 1858 et porte sur des gravures de l'actrice Rachel sur son lit de mort : « quelque grande que soit une artiste, quelque historique que soit un grand homme, ils ont leur vie privée distincte de la vie publique, leur foyer domestique séparé de la scène du forum »³. Mais « c'est à partir de 1955 et surtout de 1965 que se produit une véritable et abondante floraison de décisions [...] qui, par touches successives, déterminèrent les éléments de la vie privée et les conditions de leur sauvegarde »⁴. Par exemple, un arrêt de 1955 de la Cour d'appel de Paris condamna l'auteur des prétendues mémoires de Marlène Dietrich au motif que « les souvenirs de la vie privée de chaque individu appartiennent à patrimoine moral et que même « sans intention malveillante », il ne pouvait les publier « sans l'autorisation expresse et non équivoque » de celle dont il racontait la vie⁵.

Mais ce n'est qu'en 1970 que se trouve consacrée la vie privée dans le code civil, dans un article 9 disposant que « Chacun a droit au respect de sa vie privée ». Sur le plan pénal, l'intimité de la vie privée se trouve protégée par les articles 368 à 372 de l'ancien Code pénal, devenus 226-1 à 226-3 du Code pénal.

6. Néanmoins, le terme de vie privée n'y est pas défini. C'est donc la jurisprudence qui s'y est

² Cons. Constit., 23 juillet 1999, n°99-416, DC, RTD Com 1999, p724

³ Tribunal civil de la Seine, 16 juin 1858, D.P. 1858, III, p62

⁴ R. Lindon, Une création prétorienne : les droits de la personnalité, Paris, Dalloz, 1974, n°74, p12

⁵ CA Paris, 16 mars 1955, D. 1955, p295

attelée en fonction des cas d'espèce⁶, même si quelques décisions ont pu établir une définition de la vie privée telle que « le droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures »⁷. La doctrine a tenté de donner certaines définitions générales. Par exemple, le Professeur Ravanas affirme qu'il s'agit des « activités ou (des) situations à propos desquelles la personne a le droit d'être laissée tranquille »⁸. Cette conception subjective est reprise par le Professeur Beignier selon lequel il s'agit d'un « droit à la tranquillité d'existence », « un droit au calme »⁹. Certains ont tenté des définitions négatives, par opposition à la vie publique. Tout comme M. Badinter car « en l'absence de toute définition de la vie privée, comment ne pas tenter de la définir par la négative ? »¹⁰. Ainsi, la vie publique « c'est la vie sociale de l'homme, celle qui le met normalement en contact avec ses semblables : vie professionnelle, vie mondaine, en un mot, vie extérieure [...]. La vie privée, c'est [...] sa vie intérieure, spirituelle, celle qui vit derrière sa porte fermée »¹¹. Mais cette approche se révèle insuffisante. Ainsi, pour le Professeur Beignier, « les choses sont plus subtiles » que le « faux parallèle » vie privée/vie publique : « la vie privée n'est pas ce qui reste quand la vie publique s'est retirée : pas plus que la vie publique n'est ce que l'on accepte de révéler »¹².

7. Quant à la volonté de circonscrire la sanction pénale à l'intimité de la vie privée, on la retrouve dans les débats de l'Assemblée Nationale relatifs à la loi de 1970. En effet, selon M. Mazeaud, « il s'agit de préciser la notion de vie privée, il (m') apparaît qu'elle est assez large et qu'il y aurait lieu de la limiter, d'où la notion d'intimité de la vie privée »¹³. Rares sont les auteurs à avoir tenté de définir cette notion. Pour M. Chavanne, « On peut affirmer que l'intimité de la vie privée visée à l'article 368 du Code pénal concerne la vie sentimentale, la vie familiale, la santé sous réserve de certains cas d'espèce »¹⁴. Quant à M. Levasseur, il estime qu'« il existe une intimité de la vie privée qui concerne la vie conjugale et familiale, non seulement dans le domaine affectif mais aussi dans le domaine patrimonial ou celui des soucis que l'on n'entend faire partager qu'à un cercle particulièrement restreint : difficultés de santé, crises spirituelles, avenir des enfants, partage amiable de succession, gestion du patrimoine conjugal, etc. »¹⁵. Ainsi, l'intimité de la vie privée ne trouve pas réellement de définition mais plutôt une conception évasive, manifestant une volonté de circonscrire la sanction pénale à la vie sentimentale, conjugale et familiale.

8. Dans ce cadre, il convient de préciser ce que signifie le terme de droit à l'image. Cette notion est propre au droit civil et consiste en la possibilité pour chacun d'interdire à autrui la

⁶ V. Infra Partie I>Titre I

⁷ CA Paris, 15 mai 1970, D. 1970, p466

⁸ J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ, 1978, p518, §448

⁹ B. Beignier, La vie privée, dans Libertés et droits fondamentaux, R. Cabrillac, T. Revet, M-A Frison-Roche, C. Albigès, Dalloz, 5^{ème} édition, 1999, p151

¹⁰ R. Badinter, Le droit au respect de la vie privée, JCP 1968, I, p2136

¹¹ L. Martin, Le secret de la vie privée, RTDCom, 1959, p230

¹² B. Beignier, Vie privée et vie publique, Légipresse 1995, n124, II, 67

¹³ Débats Ass. Nat., 2^{ème} séance du 28 mai 1970, p2072

¹⁴ A. Chavanne, Les atteintes à l'intimité de la vie privée au sens de l'article 368 du Code pénal, Actes du 8^{ème} Congrès de l'Association de droit pénal, Economica, 1985, p24

¹⁵ G. Levasseur, La protection pénale de la vie privée, dans Etudes offertes à Pierre Kayser, Tome I, PUAM, p114

représentation et la reproduction de sa personne. Pour M. Beignier ce droit n'existe pas¹⁶. A l'instar de Laurent Drai, il convient d'affirmer que ce droit n'est pas autonome¹⁷. En effet, celui-ci n'est jamais invoqué pour lui-même, mais toujours à l'appui de la protection de la vie privée ou de la dignité¹⁸. Pourtant, le 16 juillet 2003, un groupe de députés socialistes a déposé au Parlement une proposition visant « à donner un cadre juridique au droit à l'image et à concilier ce dernier avec la liberté d'expression »¹⁹. Ceux-ci proposaient l'ajout d'un article 9-2 au Code civil selon lequel « chacun a un droit à l'image sur sa personne ». Cela militerait certes en faveur de l'autonomie de ce droit. Par ailleurs, les juridictions n'hésitent pas à l'invoquer²⁰. Cependant, l'on ne peut s'empêcher de penser que la signification profonde du droit à l'image demeure rattachée à d'autres droits plus fondamentaux²¹.

De même que nul n'est propriétaire de son corps, principe rappelé par l'article 16-1 du Code civil, il ne saurait exister de droit de propriété sur son image²². Pourtant, la pratique démontre que le droit patrimonial à l'image existe. En effet, ce droit permet de monnayer son image. Or, nombreux sont les contrats ayant pour objet la reproduction de l'image des personnes²³.

9. Le droit à l'image, dans sa version extrapatrimoniale, peut ainsi relever de la dignité de la personne humaine. Cette notion est particulière. En effet, il s'agit plutôt d'une notion philosophique. L'appréhension par le droit peut ainsi prêter à débat, ne serais-ce que sur la légitimité même du droit pour en traiter. En effet, définir la dignité revient à définir ce qui fait de chacun un Etre humain. C'est sans doute ce qui explique la pénétration tardive de ce concept en droit français. A l'inverse, nombre de dispositions supra nationales y font référence. L'on songe par exemple au préambule de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de l'ONU ou à celui de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Toutefois, il n'existe pas de définition légale précise de ce concept, ce qui est un bienfait. Ainsi, l'image peut porter atteinte à la dignité de la personne. Pour s'en convaincre, il suffit de voir les photographies d'une certaine presse faisant commerce de l'image prise sur le vif des victimes d'attentats, et crimes en tout genre ou de catastrophes naturelles.

10. S'il est vrai que le droit de propriété ne peut s'appliquer aux personnes, il n'en va évidemment pas de même des biens. Le droit de propriété peut être corporel ou incorporel.

11. Lorsqu'il s'attache à des biens corporels, leur image est-elle soumise à un monopole du propriétaire ? Par exemple, une entreprise peut-elle utiliser l'image d'une maison appartenant à un tiers afin de réaliser une campagne publicitaire ? A l'évidence, l'image d'un bien approprié ne peut

¹⁶ B. Beignier, Le droit de la personnalité, Que sais-je ?, PUF, 1992, p62

¹⁷ L. Drai, Vers la fin d'un droit absolu à l'image ?, PA, 16 septembre 2005, n°185, p8

¹⁸ V. Infra développements Titre I et Titre II

¹⁹ L. Drai, Ibid

²⁰ V Infra développements Titres I>Chapitre II>§2/L'efficacité du droit civil

²¹ B. Beignier, Ibid, p62

²² B. Beignier, Ibid, p67

²³ A. Lucas-Schloetter, JCI Civil Annexes, V°, Fasc. 1118, spec. n°64

être librement exploitable. C'est d'ailleurs sur le fondement de la propriété que les juges ont pu élaborer une jurisprudence originale et novatrice, pour ensuite en revenir à la solution de la responsabilité.

12. Quant à la propriété incorporelle, l'on pense nécessairement au droit de propriété intellectuelle. En effet, les tableaux, photographies, marques figuratives, dessins et modèles, etc... constituent des images.

Parmi ses branches il faut porter une attention particulière au droit d'auteur. Celui-ci est apparu concomitamment à la naissance de l'imprimerie et prenait la forme d'un privilège royal. Après la Révolution, les auteurs dramaturges obtinrent la formalisation de ce droit par le biais de deux lois de 1791 et 1793. C'est une loi de 1957 qui a fondé le droit d'auteur tel que nous le connaissons aujourd'hui. Par la suite, nombre de textes législatifs, tant internes qu'internationaux sont apparus. L'idée de monopole est fondamentale mais doit souffrir quelques exceptions telles que la copie privée par exemple.

Quant à la propriété industrielle, la marque, sous l'ancien régime bénéficiait de la même protection que le nom. Les registres publics répertorient très tôt les armoiries, poinçons, marques de fabrique des artisans. Avec la révolution, les armoiries, marques poinçons sont abolies car considérées comme des privilèges. L'actuel article L711-1 du Code de la propriété intellectuelle définit la marque comme « un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale ». La marque est un indicateur d'origine.

Le dessin ou le modèle quant à lui, est l'apparence d'un produit. Il peut s'agir d'éléments graphiques à deux dimensions, dans quel cas il s'agit de dessins, ou à trois dimensions, ce qui constituera un modèle. L'invention de la matière plastique par la chimie des composés au début du XX^{ème} siècle a été déterminante dans l'avènement des dessins et modèles²⁴. Sa malléabilité quasi-infinie et son prix modique ont permis de jouer sur la forme des produits. Avant la crise de 1929, le succès commercial d'un produit ne dépendait que de son prix de revient et de ses qualités techniques. Après la crise, l'offre excédant de très loin la demande il était devenu impératif de démarquer les produits par leur esthétisme. Le succès fut au rendez-vous, ce qui fit inspirer le titre de l'ouvrage de Raymond Loewy « La laideur se vend mal ».

13. Ainsi, l'on se rend compte que l'image peut porter atteinte à la vie privée et à la dignité. Mais il existe également des images protégées par la propriété intellectuelle, et d'autres qui ne le sont pas spécifiquement. Dès lors, il convient de procéder par regroupement. Il nous est ainsi possible de déterminer un premier groupe d'image portant atteinte aux personnes (partie I) et un second portant atteinte aux biens (partie II).

²⁴ D. Cohen, Le droit des dessins et modèles, Economica, 3^{ème} édition, 2009, p7, n°19

Partie I : Les images portant atteinte aux personnes

14. Les images ayant pour objet des personnes peuvent se voir reprocher plusieurs types d'abus. Parmi ceux-ci, le plus évident est incontestablement l'atteinte à la vie privée. En effet, eu égard aux débordements d'une certaine presse dite « people », il n'est pas rare que des images fassent l'objet d'un contentieux sur ce fondement. Mais, la presse n'est pas la seule à être responsable de ces atteintes (partie I). Un autre type d'abus dont l'image peut être le véhicule idéal est l'atteinte à la dignité. Là encore, la jurisprudence foisonne d'exemples mettant en cause une telle atteinte comme les nombreuses photographies de victimes d'attentats. Mais, à l'instar des atteintes à la vie privée, la presse n'est pas la seule responsable (partie II).

Titre I : L'atteinte à la vie privée

15. La vie privée des personnes est protégée par un ensemble complexe de dispositions. En effet, aussi bien le droit pénal que le droit civil protègent la vie privée des personnes contre les intrusions. Il paraît donc nécessaire d'entrevoir chacun des cadres en vigueur afin de connaître l'efficacité du droit pénal en la matière. Cela passe par une étude approfondie de l'articulation des différents droits applicables. Il faudra également prendre en compte les spécificités des moyens de l'atteinte, ce qui aura des incidences sur les moyens de sanction. C'est pourquoi il convient d'étudier, en premier lieu, les règles pénales applicables en la matière (chapitre I) pour, en second lieu, observer les différentes manifestations de ces atteintes afin de connaître véritablement l'efficacité de cette réglementation, en comparaison des autres règles qui existent (chapitre II).

Chapitre I : La protection de l'intimité de la vie privée par le code pénal

16. Les personnes sont protégées des atteintes à l'intimité de la vie privée par l'image grâce aux articles 226-1 1^o et 226-2 du Code pénal. Le premier sanctionne d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui en fixant, enregistrant, ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. Quant au second article, il punit des mêmes peines le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1. Il faut noter que ces articles trouvent également à s'appliquer en matière d'enregistrement de paroles portant atteinte à l'intimité de la vie privée. C'est pourquoi, eu égard à la relativement faible fréquence du contentieux pénal visant à faire sanctionner les atteintes à l'intimité de la vie privée, la voie civile étant privilégiée, nous résonnerons parfois par analogie.

Ensuite, afin de bien expliquer les tenants et les aboutissants de ces infractions, il conviendra d'orienter notre recherche selon le schéma classique des éléments constitutifs des infractions pénales. L'élément légal ayant été détaillé ci-dessus, nous envisagerons l'élément matériel (section 1) avant d'étudier l'élément moral (section 2).

Section 1 : L'élément matériel de l'atteinte à l'intimité de la vie privée

17. L'article 226-1 du Code pénal, par soucis d'efficacité, réprime l'atteinte à l'intimité de la vie privée dès la captation de l'image. D'où la nécessité de définir ce comportement de façon précise (§1). Quant à l'article 226-2, il sanctionne le comportement qui, généralement, suivra la captation, c'est-à-dire l'exploitation de son produit (§2).

§1/La poursuite dès la captation de l'image : l'article 226-1 du code pénal

18. L'article 226-1 du code pénal incrimine le fait, au moyen d'un *procédé quelconque*, de porter atteinte à l'intimité de la vie privée en *fixant, enregistrant ou transmettant* l'image d'une personne se trouvant dans un *lieu privé* et *à son insu*. Dès lors, il paraît opportun de traiter de l'acte de fixation de l'image (A) car les poursuites pourront être engagées dès cet instant. Il est également nécessaire de définir le lieu privé tel qu'employé dans l'article précité (B).

A/L'acte de fixation de l'image

19. L'article 226-1 du code pénal ne s'applique que dans une hypothèse de fixation de l'image de la personne. D'aucuns considèrent que c'est « le fait de figer de façon instantanée une image, ce que l'œil nu ne peut pas faire, pour être ensuite éventuellement utilisée à des fins lucratives »²⁵. Ainsi, « l'espionnage visuel n'est réprimé que s'il est fixé sur une image »²⁶. Le code pénal incrimine en son article précité la fixation « au moyen d'un procédé quelconque ». Il faut nécessairement comprendre par cette expression un moyen technologique, qui d'ailleurs est seul à pouvoir fixer une image. Il importe donc peu que l'image soit captée par un appareil photographique, une caméra... Il est indéniable que le législateur ait voulu prévoir tous les progrès technologiques en la matière²⁷.

Il résulte de ces constatations que ne sauraient être condamnables, du moins sur le plan de l'article 226-1, la filature, ou encore le voyeurisme qui ne permettent pas de fixer une image. En outre, la prise d'images par le peintre ou le dessinateur ne sont pas non plus concernés. Même s'il y a bien fixation de l'image sur le papier, le crayon ou le pinceau ne peuvent être considérés comme des procédés mais plutôt comme des outils.

20. La captation doit avoir été faite à l'insu de la victime²⁸. Ne sachant pas qu'elle fait l'objet d'une captation, la personne ne peut pas donner son consentement. Il en résulte que l'on ne peut déduire le consentement de la seule observation des faits. L'auteur doit donc prouver qu'il y eu consentement avant ou concomitamment aux faits. Par conséquent, le photographe doit recueillir le consentement par écrit de la personne dont l'image est captée, ce qui s'avère compliqué en pratique.

Cependant, le dernier alinéa de l'article dispose que « lorsque les actes mentionnés au

²⁵ I. Lollies, La protection pénale de la vie privée, p104, PUF Aix-Marseille, 1999

²⁶ Rapport Ass. Nat (1969-1970), n°1147, tome II, p. 10 cité par I. Lollies, *Ibid*

²⁷ J. Ravanais, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, p516, LGDJ, 1978

²⁸ Article 226-1 du Code pénal : « ... sans le consentement de celle-ci l'image d'une personne. »

présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé ». Cette présomption de consentement ne fonctionne que si trois conditions sont réunies : si la captation a été faite « au vu et au su des intéressés », « sans qu'ils s'y soient opposés » et « alors qu'ils étaient en mesure de la faire ». De l'avis de certains, ces conditions, trop restrictives, « semblent rendre irréfragable cette présomption de consentement »²⁹.

21. La lecture de l'article 226-1 du code pénal peut donner lieu à deux interprétations. La première consisterait à considérer l'infraction réalisée dès lors qu'il y a eu fixation de l'image, l'atteinte à l'intimité de la vie privée étant déduite. La seconde serait de considérer que l'atteinte à l'intimité de la vie privée est une condition supplémentaire à la constitution de l'infraction. Dès lors l'infraction ne serait pas automatiquement réalisée par la captation de l'image d'une personne dans un lieu privé. M. J. Ravanas considérait, à la lecture de l'ancienne rédaction de l'article 226-1 (ancien 368 du code pénal), que la répression ne devait intervenir que dans la seconde hypothèse³⁰. Désormais, la doctrine³¹ se prononce plutôt en faveur de la première interprétation, en témoigne un arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 1989³².

En définitive, l'acte de fixation de l'image doit donc consister en un procédé technique, l'atteinte à l'intimité étant déduite des faits. Encore faut-il que l'image fixée représentant la personne à son insu la représente dans un lieu privé (B).

B/Le lieu privé

22. La doctrine se divise quant à la définition du lieu privé. La première conception, majoritaire, consiste à retenir le critère du consentement de la personne. M. Ravanas estime qu'« il est un lieu privé dès lors que son accès dépend du consentement de celui qui l'occupe »³³. Plus récemment, M. Dupeux, en résumant la jurisprudence et la doctrine, donne la définition suivante : « un endroit qui n'est ouvert à personne sauf autorisation de celui qui l'occupe de manière permanente ou temporaire »³⁴. Cette conception peut être qualifiée de subjective.

Une seconde conception, minoritaire, se réfère à l'énumération des lieux publics donnée par la loi : la rue, les jardins, les stades... afin de les exclure du domaine de l'article 226-1 du code pénal. Par corolaire, les lieux autres que ces derniers sont des lieux privés. Cette conception est appelée objective.

23. Faisant écho à la conception objective du lieu privé, une décision du tribunal correctionnel

²⁹ I. Lolies, La protection pénale de la vie privée, p76, PUF Aix-Marseille, 1999

³⁰ J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, p517, LGDJ, 1978

³¹ V. les auteurs cités par J-C Saint-Pau, Le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée exige-t-il... une atteinte effective à l'intimité de la vie privée ?, D. 1999, p152

³² Cass. crim., 25 avril 1989, Bull. crim. n°165

³³ J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, p514, LGDJ, 1978

³⁴ J-Y. Dupeux, « Les règles de protection pénale de l'image des personnes », dans L'image menacée, Actes du forum Légipresse du 4 octobre 2001, p61, Victoires éditions, collection Légipresse

d'Aix-en-Provence de 1973 a considéré que la rue était un « lieu public par nature »³⁵. La doctrine³⁶ a bien accueilli cette décision, soulignant que la loi pénale était d'interprétation restrictive. Ainsi, en 1974, la Cour d'appel de Toulouse a décidé que « ... l'atteinte à la vie privée par la publication d'une image n'est punissable pénalement que si cette image représente une personne dans un lieu privé [...] Attendu qu'il est établi par l'information que la photographie des époux M. a été prise sur une *voie publique* de Paris, et qu'ainsi l'article 368³⁷ n'est pas applicable »³⁸.

24. Cependant, force est d'admettre que la conception subjective a supplanté la conception objective. En effet, de nombreux cas attestent de cette réalité. La question que le juge se pose est : l'accès au lieu se trouve-t-il soumis à l'exigence d'un consentement de la personne habitant ce lieu ? Ainsi, le Tribunal correctionnel de Paris, en 1971³⁹, a déterminé la nature du lieu. En l'espèce, il s'agissait d'une photographie représentant une femme aux seins nus sur une plage. Le tribunal a considéré que la plage était un lieu public accessible à tous les estivants sans autorisation. D'autres éléments techniques ont été pris en compte comme le nombre de personnes « qui pratiquaient le nudisme intégral ou partiel » ou le fait que les nudistes ne se souciaient pas du regard d'autrui. A l'inverse, une prison a été considérée comme un lieu privé⁴⁰ : « ... doit être qualifié public le lieu accessible à tous, sans autorisation spéciale de quiconque, que l'accès en soi permanent et inconditionnel ou subordonné à certaines conditions, heures ou causes déterminées ; que tel n'est pas le cas d'un lieu de détention dans lequel par définition il est interdit d'entrer (et dont on ne peut sortir) sans une autorisation particulière et strictement limitée ». Dans le prolongement de ce raisonnement, la Cour d'appel de Paris a estimé que « la qualité de lieu privé s'applique à toutes les parties du bateau, y compris celles qui, par la force des choses, sont plus exposées aux regards indiscrets »⁴¹.

Mais la conception subjective du lieu privé n'est pas seulement fonction du consentement. En effet, l'utilisation du lieu tout comme les faits de l'espèce doivent être pris en compte. Par exemple, « L'arrière d'une pharmacie peut abriter des éléments de la vie privée et être le lieu où se déroulent des scènes intimes »⁴². La pharmacie, bien qu'étant ouverte au public comporte une partie utilisée à d'autres fins que la vente de médicaments. De même une chambre d'hôpital est un lieu privé⁴³. En outre l'automobile, dans le cadre de la photographie de presse⁴⁴, a été reconnue comme étant un lieu privé.

Ainsi, deux visions du lieu privé s'opposent, cependant la jurisprudence semble avoir donné raison à la conception subjective du lieu privé. Puisqu'a été abordée la captation de l'image des personnes, il convient d'aborder l'événement qui suivra généralement cette dernière, l'utilisation du

³⁵ T. corr. Aix-en-Provence, 16 octobre 1973, JCP, 1974, II, n°17623, note R. Lindon

³⁶ Ibid

³⁷ Ancien article 226-1 du code pénal

³⁸ CA Toulouse, 26 février 1974, JCP, 1975, II, 17903, note R. Lindon

³⁹ T. corr. Paris, 18 mars 1971, D. 1971, p447, note Foulon Piganol

⁴⁰ T. corr. Paris, 23 octobre 1986, Gaz. Pal. 1987, I, p21

⁴¹ CA Paris, 2 novembre 2000, Dr. Pén. Avril 2001, p12, note M. Véron

⁴² TGI Paris, 7 novembre 1975, D. 1976, p270

⁴³ CA Paris, 17 mars 1986, Gaz. Pal. 1986, II, p429

⁴⁴ Cass. Crim, 9 mars 1999, pourvoi n°98-80.376 : cet arrêt n'avait pas reconnu la qualification de lieu privé pour l'automobile lors de prises de photographies de celui-ci par les forces de l'ordre afin de constater une infraction. Cass. Crim. 12 avril 2005, D. 2005, p1885 : cet arrêt reconnaît l'automobile comme un lieu privé quand il s'agit de photographies de presse. D'où l'importance de l'appréciation des circonstances de l'espèce.

produit de la captation (§2).

§2/L'exploitation du produit de la captation : l'article 226-2 du code pénal

25. L'article précité puni des mêmes peines que l'article 226-1 le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit des images obtenues à l'aide des actes prévus à l'article 226-1 du code pénal. Il est intéressant de noter que la commission de l'infraction prévue à l'article 226-1 est une des conditions préalables. En outre, le délit prévu à l'article 226-2 comporte trois hypothèses d'exploitation de l'image captée illégalement : la conservation (A), la divulgation (B) et l'utilisation (C).

A/La conservation de l'image

26. La détention de l'image peut être personnelle. Dans ce cas la victime ne sait pas qu'une personne, auteure ou non de la captation, garde ces images. Il lui est donc impossible de se défendre contre cet acte. L'intérêt de cette incrimination peut néanmoins se manifester lorsque la personne ayant conservé l'image menace de la publier. En effet, elle aurait un caractère purement préventif.

La détention peut également se faire pour le compte d'autrui : l'auteur de la captation illicite la confie à une autre personne pour qu'elle la garde et la publie éventuellement. Comme dans le cas d'une détention personnelle, la victime ne sera au courant de l'existence des images que dans le cas d'une publication ou d'une menace d'exécuter un tel acte.

Le code pénal entrevoit également l'hypothèse de la divulgation en tant que telle par les termes « porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers » (B).

B/La divulgation des images

27. La loi pénale envisage en premier lieu la communication au public. Elle peut se faire par l'intermédiaire de n'importe quel média : presse écrite, télévision, projection de film... Cela interfère nécessairement avec la liberté de l'information voire la liberté de création. Ainsi, la presse a été à plusieurs reprises condamnée. Par exemple dans le cas où avait été publiée la photographie d'une personne prise, sans son consentement, de l'extérieur à travers la fenêtre fermée de son appartement⁴⁵.

Est également envisagée par le texte la communication à un tiers. Le législateur a souhaité donner une conception large de la notion de divulgation. Cela a été approuvé par la doctrine, tel M. Gassin qui explique que « ... le deuxième acte prévu au texte consiste dans le fait de porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers l'enregistrement ou le document. C'est la

⁴⁵ Cass. Crim., 25 avril 1989, Bull. Crim. n°165

divulgateur »⁴⁶.

Sont donc réprimées les divulgations faites auprès du public mais également à un tiers. Cela est d'autant plus important que généralement on ne souhaite cacher un secret qu'à certaines personnes déterminées. En outre, le Code pénal emploie le terme « utilisation » du produit de la captation (C).

C/L'utilisation de l'image

28. Toute utilisation de l'image obtenue illégalement est sanctionnée. Cette utilisation peut être publique, que ce soit par voie de presse ou au cours de réunions ou débats. Mais surtout l'utilisation peut être privée. Ce sera par exemple le cas de la personne qui affiche une photographie illégale dans une pièce privée d'un appartement. Les personnes qui entrent dans la pièce la voient et il y a alors communication à un tiers⁴⁷. Mais l'utilisation la plus répandue sur le terrain privé concerne la production de preuves dans le procès. Une partie peut en effet être tentée de recourir à des captations illégales pour prouver un fait. La jurisprudence en la matière concerne plutôt les enregistrements de conversations. Mais la même solution devrait être appliquée pour les images. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a longtemps été défavorable à ce mode de preuve obtenu illégalement au regard de l'article 226-1 1^{er} du Code pénal⁴⁸. Elle a cependant retenu la solution inverse dans un arrêt de 1993. Il s'agissait de l'enregistrement fait par une épouse, séparée de son mari, après des relations sexuelles, d'une conversation qu'elle avait eu avec ce dernier. L'enregistrement a ensuite été admis lors du procès pour le meurtre de leur fils afin de prouver la culpabilité du mari⁴⁹. Certes critiquée, cette position a été répétée par la Chambre criminelle⁵⁰ : « les juges répressifs ne peuvent écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient ainsi d'en apprécier librement la force probante dès lors qu'une telle preuve a été loyalement débattue »⁵¹.

Ainsi, nous avons pu constater que l'élément matériel des infractions portant atteinte à l'intimité de la vie privée par l'image comporte nombre d'éléments spécifiques. L'élément moral de telles infractions n'en comporte pas moins (section 2).

⁴⁶ R. Gassin, *Vie privée. Atteintes.*, Rép. D. de droit pénal, 1974, §116

⁴⁷ A. Chavanne, *La protection de la vie privée dans la loi du 17 juillet 1970*, Rev. Sc. Crim., 1971, p615

⁴⁸ Cass. crim. 17 juill. 1984, Bull. crim., n° 259 ; 23 juill. 1992, Bull. crim., n° 274

⁴⁹ Cass. Crim., 6 avril 1993, JCP 1993, II, 22144, note Rassat

⁵⁰ Cass. crim. 15 juin 1993, Bull. crim., n° 210, D. 1994, p613, note C. Mascala ; 13 octobre 2004, AJ Pénal 2004, p451, obs. Enderlin

⁵¹ N. Cazé-Gaillard, *Vie privée. Atteintes*, Rep. D. droit pénal, mai 2005, Chapitre 2, Section 1, Article 2, §2, 61

Section 2 : L'élément moral de l'atteinte à l'intimité de la vie privée

29. A l'instar de notre démarche concernant l'élément matériel, nous aborderons en premier lieu l'élément moral lors de la captation d'images (§1), pour nous consacrer en second lieu à l'utilisation du produit de la captation (§2).

§1/L'intention dans la captation d'images

30. Comme pour n'importe quelle infraction pénale, le délit de captation d'images portant atteinte à l'intimité de la vie privée doit avoir été commis dans une intention délictueuse. Celle-ci trouve sa source dans l'article 226-1 dans l'expression : « ... *volontairement* de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui... ».

31. Le projet de loi initial faisait figurer l'expression « ... en vue de porter atteinte à l'intimité de la vie privée ou de tirer profit d'une telle atteinte... ». L'auteur de l'acte devait avoir agi avec un tel mobile. Or, sauf exceptions⁵², le mobile n'est pas un élément constitutif de l'infraction pénale. C'est pourquoi M. de Grailly, alors rapporteur de la Commission des Lois, a tenu à ce que soit abandonnée toute référence au mobile, ce qui a été adopté⁵³.

Cependant, l'élément moral doit-il être entendu comme la seule volonté de commettre un acte que l'on sait illicite ? Il s'agit de la définition classique de l'élément moral. Jurisprudence (B) et doctrine (A) se trouvent divisées.

A/Débats doctrinaux

32. Une première branche de la doctrine considère l'intention comme la volonté de violer l'intimité de la vie privée (1^o), alors que la seconde estime qu'elle n'est que la simple conscience de commettre un acte illicite (2^o).

1^o L'intention ou la volonté de violer l'intimité de la vie privée

33. M. de Grailly avait proposé de remplacer l'exigence du mobile par l'expression : « quiconque aura frauduleusement porté atteinte à la vie privée d'autrui »⁵⁴. Mais M. Mazeaud a déposé un sous amendement afin de supprimer le terme « frauduleusement ». Le Garde des Sceaux avait accepté à condition de le remplacer par le terme « volontairement », car selon ce dernier « il est nécessaire de marquer l'intention »⁵⁵.

Pour la majeure partie de la doctrine, le délit suppose le dol général, la conscience de commettre un acte illicite, auquel il faut ajouter le dol spécial, la volonté de porter atteinte à l'intimité de la vie privée. Cela a pour conséquence de limiter considérablement le nombre situations dans lesquelles il y aura répression. Cette conception est partagée par M. Ravanas : « l'article 368 du Code pénal (ancien 226-1 du Code pénal) exige plus que la simple « conscience de commettre un acte

⁵² Par exemple en matière d'abus de biens sociaux (L241-3 4^o et 5^o du code commerce pour les SARL)

⁵³ Débats Ass. Nat., session ordinaire 1969-1970, 2^e séance du 28 mai 1970, p2072

⁵⁴ Ibid, p2072

⁵⁵ Ibid, p2072

illicite » : au dol général doit se juxtaposer un dol spécial... »⁵⁶.

Cette position n'est toutefois pas partagée par l'intégralité de la doctrine. En effet, une frange minoritaire de celle-ci considère que le dol général suffit (2°).

2°) *L'intention ou la conscience de commettre un acte illicite*

34. Une minorité d'auteurs considère que les termes de la loi n'impliquent qu'un dol général, la conscience de commettre un acte illicite. Cette vision a pour but de protéger plus efficacement l'intimité de la vie privée. Les auteurs qui soutiennent cette thèse s'inspirent du régime très sévère en matière de diffamation. Tel M. Levasseur qui écrit : « Il n'est pas nécessaire non plus, nous semble-t-il que cette atteinte ait constitué le but des agissements reprochés »⁵⁷.

Il nous semble plus juste d'exiger un dol spécial en plus du dol général. En effet, la simple exigence d'un dol général ne permettrait pas d'excuser la personne qui, par exemple, aura surpris une scène intime en voulant simplement photographier un paysage. De plus, cette position est partagée par la majeure partie de la doctrine.

Cependant, qu'en est-il de la jurisprudence (B) ?

B/Débats jurisprudentiels

35. A l'image de la doctrine, deux positions se sont côtoyées en jurisprudence. Ces positions reprennent évidemment les positions doctrinales énumérées précédemment.

1°) *L'intention ou la conscience de commettre un acte illicite*

36. Reprenant l'exigence d'un simple dol général, les juges ont pu qualifier toute image d'illicite en ne retenant que la conscience de commettre l'acte illicite sans qu'il y ait nécessairement volonté d'atteinte à l'intimité de la vie privée. Cette manifestation se retrouve plutôt dans les écoutes clandestines, mais révèlent la même conception. Par exemple, la Cour d'appel de Besançon a condamné un huissier au motif qu'il avait « dressé le procès-verbal du contenu de la conversation sans autorisation de l'un des interlocuteurs en sachant que ce document devait être utilisé [...] il avait nécessairement *conscience* d'utiliser sans autorisation une correspondance et par conséquent de *commettre un acte illicite* »⁵⁸. A cette conception de l'élément moral, s'oppose celle exigeant un dol spécial en plus du dol général.

⁵⁶ J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, p522, LGDJ, 1978

⁵⁷ G. Levasseur, La protection pénale de la vie privée, dans Etudes offertes à Pierre Kayser, tome II, PUF Aix-Marseille, 1979, p116

⁵⁸ CA Besançon, 5 janvier 1978, JCP, 1980, II, 19449, note D. Bécourt

2) L'intention ou la volonté de violer l'intimité de la vie privée

37. A l'instar de la doctrine, cette partie de la jurisprudence considère qu'il faut une intention de violer l'intimité de la vie privée. Pour ce faire, les juges doivent examiner les faits de l'espèce. Dès 1984, des juges ont pu considérer que des agents des forces de l'ordre captant l'image de l'auteur d'un excès de vitesse, à l'aide d'un cinémomètre, ne se rendent pas coupables du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée, l'élément moral faisant défaut⁵⁹.

38. Cependant, une question demeure : comment apprécier le dol spécial ? Dans un arrêt de 1989, l'on peut observer que cette exigence de dol spécial se trouve atténuée par une présomption découlant des faits et des moyens employés. En l'espèce, la photographie avait été prise avec un téléobjectif d'une position surélevée en face de l'immeuble de la victime. La partie défenderesse opposait qu'il fallait que le photographe ait eu l'intention de violer l'intimité de la vie privée de la victime. La Haute Cour a estimé qu'il y avait bien intention de porter atteinte à l'intimité de la vie privée du seul fait de la captation à l'insu de la victime se trouvant dans un lieu privé⁶⁰. Cela a d'ailleurs fait dire à M. Levasseur que « la réponse de la Chambre criminelle réduit l'élément moral à sa plus simple expression »⁶¹. Cependant, postérieurement, en matière d'écoutes clandestines cette-fois, la Cour de cassation a déduit le dol spécial d'une analyse plus poussée des faits : « les branchements clandestins ont, par leur conception, leur objet et leur durée, nécessairement conduit leur auteur à pénétrer dans la vie privée des personnes écoutées, ainsi qu'il ressort d'un rapport d'expertise relatant le contenu des enregistrements, et ont impliqué, à chaque fois, des atteintes à l'intimité que l'intéressé a eu la conscience et la volonté de commettre »⁶². Il apparaît clairement qu'il ne saurait y avoir de présomption mais bien une analyse des faits afin de déduire la présence ou non de l'élément moral, en témoigne un jugement de 1994, en matière de captation d'images. En l'espèce, il avait été estimé que l'autorité publique qui procède à l'identification d'un contrevenant au moyen d'un appareil photographique ne se rendait pas coupable du délit. En effet, les faits montraient bien qu'il n'y avait pas d'intention de porter atteinte à l'intimité de la vie privée⁶³.

Il semble que la position la plus raisonnable soit de considérer que le l'élément moral doit être rempli en présence d'un dol général accompagné d'un dol spécial. Ce dol spécial doit être apprécié au regard des circonstances de l'espèce, des faits, et non être présumé. En effet, la présomption qui résulterait de l'usage de certains moyens pour éventuellement commettre l'infraction se révélerait extrêmement sévère. Par exemple, pour les forces de police ou les huissiers dans l'exercice de leurs fonctions de collecte de preuves.

Désormais, il convient d'étudier l'élément moral de l'infraction de l'article 226-2 du code pénal (§2).

⁵⁹ T. pol. Paris, 25 mai 1985, Gaz. Pal. 1984, 2, 632

⁶⁰ Cass. Crim., 25 avril 1989, Rev. Sc. Crim., 1990, p78, obs. Levasseur

⁶¹ Ibid

⁶² Cass. Crim., 7 octobre 1997, D. 1997, p152

⁶³ T. pol. Cannes, 9 mai 1994, Gaz. Pal. 1994, 2, 635

§2/L'intention dans l'exploitation du produit de l'infraction

39. Dans le cadre de l'article 369 de l'ancien code pénal, l'élément intentionnel se manifestait par les termes « sciemment » et « volontairement »⁶⁴. La loi du 22 juillet 1982 portant réforme des dispositions générales du code pénal a supprimé ces deux termes pour l'article 226-2 : « Est puni des mêmes peines (celles de l'article 226-1) le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1 ». Cependant, cela n'exclut pas l'application du principe de l'article 121-3 du code pénal : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». Il convient donc de se demander comment est envisagé l'élément intentionnel dans le délit de l'article 226-2 du code pénal.

Aucune raison n'a été donnée dans les travaux préparatoires de la loi de 1992 pour expliquer la disparition desdits termes. Cependant l'infraction de l'article 226-2 est un délit de conséquence puisqu'il suppose la conservation ou la divulgation de tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1. Se rend donc coupable du délit prévu à l'article 226-2 toute personne qui a volontairement exploité une image si elle savait que celle-ci avait été obtenue en violation de l'article 226-1. N'est donc exigée que la conscience de commettre un acte illégal et non la volonté de porter atteinte à l'intimité de la vie privée. Le dol général est donc suffisant pour manifester l'intention.

La Cour de cassation caractérise d'ailleurs bien cette nécessité de connaître l'origine illicite des clichés et la volonté de publier malgré tout dans un arrêt portant sur les photographies de la dépouille mortelle de François Mitterrand⁶⁵.

Ainsi, l'élément moral se conçoit différemment, et avec raison, selon que l'on soit dans l'une ou l'autre infraction. S'il est vrai que ces conceptions ont suscité un débat relativement important, il n'en demeure pas moins que le contentieux pénal en la matière reste rare, cela n'enlève cependant rien à l'intérêt desdits débats. En effet, la caractérisation de l'élément moral, comme pour n'importe quelle autre infraction pénale, est centrale.

Nous avons donc pu étudier la protection contre l'atteinte à l'intimité de la vie privée. Notre Code pénal offre une protection relativement complète. En effet, la législation ainsi que la jurisprudence, avec l'aide de la doctrine, est parvenue à établir une défense efficace pour les personnes. Mais heureusement, comme nous l'avons vu, les règles en la matière ne sont pas un rempart impénétrable, et peuvent souffrir quelques inflexions qui s'avèrent nécessaires. Cependant, ces règles pénales sont relativement peu appliquées, les justiciables préférant une indemnisation pécuniaire par le biais du droit civil, moins restrictif que le droit pénal. Il s'avère donc nécessaire d'étudier les mécanismes qui viennent compléter le droit pénal. En outre, ces mécanismes s'appliquent à des matières particulières (presse, internet...). Dès lors, face à la réglementation

⁶⁴ « Quiconque aura *sciemment* conservé, porté ou *volontairement* laissé porter à la connaissance du public ou d'un tiers, ou utilisé publiquement... »

⁶⁵ Cass. Crim., 20 octobre 1998, Bull. crim. n°264

générale de protection que nous venons d'étudier, il convient d'étudier les manifestations des menaces que nous avons pu entrevoir précédemment, ainsi que les différents systèmes mis en place afin de les contrer (chapitre II).

Chapitre II : La manifestation de l'atteinte à la vie privée

40. L'étude de la protection pénale de l'intimité de la vie privée était un préalable nécessaire pour comprendre les différentes manifestations de l'atteinte. Ainsi, il nous est désormais possible d'envisager les atteintes par voie de presse (section 1), puis les atteintes par le biais des nouvelles technologies (section 2).

Section 1 : Les atteintes par voie de presse

41. L'observation de la pratique judiciaire en la matière nous autorise à tester l'efficacité du droit pénal pour sanctionner de telles atteintes (§1). Cependant, il est nécessaire de comparer la situation avec le droit civil, qui lui aussi protège les atteintes à la vie privée, afin d'en avoir un aperçu objectif (§2).

§1/L'efficacité du droit pénal

42. La question qu'il incombe de se poser à ce stade de notre étude est de savoir si le droit pénal est à même de sanctionner efficacement les atteintes à la vie privée. A l'évidence, il convient de répondre par la négative, eu égard au manque de célérité du procès pénal (A) et aux termes même des incriminations (B).

A/La lenteur du procès pénal

43. Cela n'est malheureusement pas un secret, le procès pénal est long, et même de plus en plus long. En effet, le délai moyen de traitement des affaires par les tribunaux correctionnels français est passé de 9,7 mois en 2002 à 10,6 mois en 2006⁶⁶. En cas d'appel, ce laps de temps est passé de 30,8 mois en moyenne à 31 mois. Or, l'article 6§1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme consacre le droit au procès dans un délai raisonnable. Loin de nous l'idée de mener une contestation de fond sur la lenteur de la justice en France, car ce n'est pas l'objet de notre étude. Simplement, dans notre société, où la moindre information peut faire le tour du monde en quelques secondes par le biais des nouvelles technologies, il nous semble que cette lenteur de la justice ne soit pas de mise. Pour être réellement efficace, la condamnation pénale devrait intervenir avant toute publication, sinon avant une trop large diffusion auprès du public. Or, il est évident que la lenteur de la justice pénale est incompatible avec cet idéal.

44. Cependant, cela n'enlève rien à la nécessité de la sanction pénale. Seulement, une procédure plus rapide s'avère nécessaire. Il est intéressant de noter à cet égard que le projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles du 3

⁶⁶ Annuaire statistique de la Justice, Edition 2008, p129

mars 2002 montre une volonté d'élargir la procédure de l'ordonnance pénale et de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)⁶⁷. Cependant, les infractions relatives à la presse restent néanmoins expressément exclues de l'application de la CRPC⁶⁸ et aucun changement ne se profile. De même, en matière d'ordonnance pénale, le projet de loi ne fait pas figurer l'atteinte à l'intimité de la vie privée ou les délits de presse dans la liste des infractions susceptibles d'application de cette procédure. Il n'est pas non plus projeté d'extension de la composition pénale⁶⁹. Si cela peut paraître regrettable, il n'en demeure pas moins que les mesures alternatives citées ont pour but de désengorger les tribunaux des délits les plus fréquents et présentant une simplicité certaine. Or, nous l'avons vu, le recours au droit pénal afin de sanctionner les atteintes à l'intimité de la vie privée n'est ni fréquent, ni simple.

Il en résulte que cette manifestation de l'inefficacité des juridictions pénales à sanctionner à *temps* les atteintes à l'intimité de la vie privée est inhérente aux juridictions pénales. C'est pourquoi les juridictions civiles seront préférées par les victimes. Les juridictions pénales n'interviennent donc pas, comme les juridictions civiles par l'action en référé, afin de prévenir le trouble suscité par la diffusion d'images illicites, mais bien pour sanctionner les manquements, une fois l'infraction constituée. Il s'agit là d'une importante manifestation de la fonction punitive de la sanction pénale, même s'il est vrai que l'emprisonnement n'est jamais prononcé.

Au demeurant, l'efficacité du droit pénal pour protéger la vie privée est sérieusement remise en cause du fait de l'étroitesse de l'incrimination (B).

B/Les restrictions dues à l'étroitesse de l'incrimination

45. Cette étroitesse se manifeste premièrement par le fait que seule *l'intimité* de la vie privée est protégée (1^o). En outre, sa protection par une infraction de conséquence à l'article 226-2 du code pénal emporte certaines restrictions (2^o).

1^o La protection de l'intimité de la vie privée se ulement

46. Lors des débats de l'Assemblée nationale concernant la loi du 17 juillet 1970, la Commission des lois avait proposé un sous-amendement visant à remplacer les mots « vie privée d'autrui » par les mots « intimité de la vie privée »⁷⁰. Le terme de vie privée semblait trop large pour nécessiter la sanction pénale. Cette limitation paraissait nécessaire afin de préserver la liberté de la presse et a donc été adoptée.

Il est donc apparu aux yeux du législateur que la sanction pénale ne devait intervenir que dans le cas où se trouvait atteinte une sphère plus réduite que la vie privée, l'intimité de la vie privée. Cela se manifeste également sur le plan civil puisque l'action en référé prescrite par l'alinéa 2 de l'article 9 du Code civil n'est possible qu'en cas d'atteinte à l'intimité de la vie privée⁷¹. Il en résulte qu'une certaine portion de la vie privée n'appelle pas de sanction, et ce, afin de préserver la liberté de

⁶⁷ Articles 20 et 21 du projet de loi disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/leg/pjl09-344.html>

⁶⁸ Article 495-16 du code de procédure pénale

⁶⁹ Article 41-2 du code de procédure pénale

⁷⁰ Débats Ass. Nat., 2^{ème} séance du 28 mai 1970, p2072

⁷¹ V. Infra « A/L'action en référé »

la presse. Nous ne reviendrons pas sur les notions de vie privée et d'intimité de la vie privée, mais il semble que cette restriction du champ de la protection s'avère nécessaire même si elle peut appeler à certains abus. Les personnes publiques en particulier doivent, en quelques sortes, concéder aux médias une certaine portion de leur vie privée en échange de leur notoriété. Mais il y a une limite, l'intimité de la vie privée, qui ne doit pas être dépassée.

Une seconde restriction est le fait que l'intimité de la vie privée soit protégée par une infraction de conséquence, l'article 226-2 du code pénal (2^o).

2^o La protection par une infraction de conséquence

47. La protection contre la conservation ou la diffusion d'images révélant l'intimité de la vie privée par une infraction de conséquence révèle certains travers.

En premier lieu, si la personne consent à la prise de photographies, il se peut qu'elle ne consente pas à leur exploitation. Donc, au regard de l'article 226-1 du code pénal, le consentement étant donné, la captation n'est pas illégale. Or, l'article 226-2 dudit code fait de la captation illégale de l'article 226-1 une condition préalable⁷². Par corolaire, la victime n'aura que le terrain civil pour voir sa vie privée protégée. Cela a d'ailleurs fait dire à M. Levasseur : « De même est-il regrettable que l'article 369⁷³ sur la publication et la divulgation ne soit pas applicable lorsque le document n'a pas été obtenu dans les conditions incriminées par l'article 368 du code pénal⁷⁴. Il est fâcheux que la personne qui a donné son consentement à son établissement n'impliquait pas le consentement à sa publication »⁷⁵. Cette critique à l'égard du législateur semble juste car elle manifeste une faille dans le système répressif. En effet, n'est pas pris en compte le fait que la personne dont l'image est captée a bien pu donner son consentement à ladite captation mais pas à sa publication. Cependant, un récent arrêt d'une Cour d'appel remet cela en cause. En l'espèce, après une rupture difficile, l'ex-compagnon d'une jeune femme avait diffusé des photographies extrêmement intimes la représentant durant leur vie commune. Ces photographies n'étaient pas illicites puisqu'elles avaient été prises avec son consentement. Or, la Cour confirme la condamnation de l'ex-compagnon indélicat⁷⁶. Cette décision, bien que louable, n'en est pas moins contraire à la lettre de l'article 226-2 du Code pénal. Or, la loi pénale est d'interprétation stricte.

48. En second lieu, il faut concilier l'article 226-2 avec une autre condition de l'article 226-1 : le lieu privé. En effet, le délit de ce dernier article ne se trouve pas constitué si la photographie a lieu dans un lieu public. Par conséquent, la personne dont l'image aura été captée sur un lieu public ne pourra pas poursuivre l'auteur pénalement si ce dernier la publie dans un journal accompagné de commentaires plus ou moins désobligeants. Ce « détournement » de l'image des personnes a été vu

⁷² Article 226-2 du code pénal : « ...tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1 ».

⁷³ Ancien article 226-2 du Code pénal

⁷⁴ Ancien article 226-1 du Code pénal

⁷⁵ G. Levasseur, La protection pénale de la vie privée, dans Etudes offertes à Pierre Kayser, tome II, PUF Aix-Marseille, 1979, p127

⁷⁶ CA Amiens, 15 avril 2009, www.lexisnexis.fr, JurisData n°2009-004306

par exemple dans une affaire où un couple avait été photographié dans la rue par un photographe professionnel, avec leur consentement, mais où la photographie en question avait été utilisée pour une campagne politique. Ainsi, la captation ayant été licite, le couple n'avait pu contester la légalité de l'utilisation de leur image⁷⁷, quand bien même ces derniers refusaient toute utilisation, surtout à des fins détournées.

Ainsi, du fait de la nature de l'infraction de l'article 226-2, il résulte que le droit pénal ne prendra pas toujours en compte un comportement qui pourtant mériterait sanction. Plus généralement, il semble que le droit pénal ne soit pas le terrain le plus efficace de protection de la vie privée. C'est pourquoi beaucoup préfèrent se tourner vers la voie civile, dont nous allons étudier les avantages (§2).

§2/L'efficacité du droit civil

49. Contrairement au droit pénal, le droit civil offre une voie rapide et efficace pour faire cesser l'atteinte (A). En outre, le droit civil n'est pas freiné par l'étroitesse des textes puisque un nombre considérable de situations peuvent être prises en compte lors d'un jugement au fond (B). Cependant, peut-on en déduire pour autant que le droit à l'image soit un droit absolu (C) ?

A/L'action en référé

50. La saisine du juge des référés procure aux victimes un avantage indéniable par les mesures provisoires qu'il peut prononcer. Il peut être saisi, au choix, sur deux fondements, l'article 9 du Code civil (1^o) ou l'article 809 du Code de procédure civile (2^o).

1^o Le référé de l'article 9 alinéa 2 du Code civil

51. L'article 9 dispose ainsi que « les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

52. La première condition de saisine est donc l'atteinte à l'intimité de la vie privée. Par conséquent, en principe, le juge des référés ne pourra être saisi pour une simple atteinte à la vie privée. Mais, les juges des référés ont souvent reconnu leur compétence pour de simples atteintes à la vie privée ou « par appréciation très extensive de l'intimité de la vie privée pour des faits que le juge du fond, eût-il été saisi, n'aurait pas nécessairement qualifié ainsi »⁷⁸. Partant, la première chambre civile de la Cour de cassation autorise la saisine du juge des référés pour « toute atteinte à la vie

⁷⁷ CA Toulouse, 26 février 1974, JCP, 1975, II, 17903

⁷⁸ M-N Louvet, Le juge des référés et la protection de la vie privée, Légicom 1999, p29

privée et à l'image »⁷⁹.

53. La seconde condition est celle de l'urgence. Pour sa part, M. Kayser a affirmé que l'atteinte à l'intimité de la vie privée fait « présumer l'urgence d'ordonner une mesure pour la prévenir ou la faire cesser, et il n'est pas nécessaire que le juge des référés fasse expressément état de l'urgence »⁸⁰. Confirmant ce raisonnement, la Haute juridiction, en 2000, a considéré que la condition de l'urgence est caractérisée par « la seule constatation de l'atteinte au respect dû à la vie privée et à l'image par voie de presse »⁸¹. M. J-C Saint-Pau n'hésite pas à qualifier cela de « présomption irréfragable d'urgence »⁸²

Aussi, en ce qui concerne la recevabilité de la demande, la victime n'a plus qu'à prouver l'atteinte à l'intimité de la vie privée, interprétée de façon très large et parfois même ignorée, sans avoir à prouver l'urgence.

54. Une fois ces conditions remplies, le juge des référés est susceptible de prononcer certaines mesures. La saisie est une mesure extrêmement grave, entravant la liberté de la presse. C'est pourquoi elle n'est ordonnée que si « l'atteinte à la vie privée présente un caractère intolérable et cause un dommage que l'allocation ultérieure de dommages et intérêts ne saurait compenser »⁸³. En conséquence, la saisie n'est prononcée que rarement. Cependant, même en cas de refus de saisie, le juge pourra accorder une provision sur dommages et intérêts sur le fondement de l'article 809 du Code de procédure civile. S'il est vrai que la saisie est rarement prononcée, il n'en va pas de même de la mise sous séquestre. Le séquestre est une « personne désignée par justice (ou par des particuliers) pour assurer la conservation d'un bien qui est l'objet d'un procès (ou d'une voie d'exécution) »⁸⁴. En réalité, la mise sous séquestre serait « un substitut inavoué de la saisie »⁸⁵. En effet, l'intérêt principal d'un périodique est de relater des faits d'actualité. Par conséquent, la mainlevée du séquestre n'aurait pas réellement de sens puisque le périodique serait dépourvu de son principal intérêt. Là encore, le séquestre ne se justifie qu'en cas d'atteinte intolérable⁸⁶. Contrairement à la lettre du texte, le juge des référés ne se fonde pas sur une atteinte à l'intimité de la vie privée, et ce, semble-t-il, pour parer aux difficultés d'interprétation de ce terme⁸⁷. Encore faut-il que la mesure soit susceptible de faire cesser le trouble. En effet, dans le cas contraire, de telles mesures ne peuvent être prononcées⁸⁸.

A pu également être prononcée l'interdiction de diffusion d'un film en raison des atteintes portées à l'intimité de la vie privée de la mère de la réalisatrice⁸⁹. Cependant, il est plus fréquemment ordonné la publication d'un encart dans le prochain numéro d'un magazine. Son rôle est d'informer le public que la victime a subi une atteinte à l'intimité de sa vie privée. Cette mesure sera préférée

⁷⁹ Civ. 1, 5 novembre 1996, Bull. n° 378, p. 265

⁸⁰ P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit, PUF Aix-Marseille, Economica, 2^{ème} Edition, 1990, n°191

⁸¹ Cass. 1^{ère} Civ. 12 décembre 2000, Bull. 2000, I, n°321, p208

⁸² J-C Saint-Pau, Les pouvoirs du juge des référés sur le fondement de l'article 9 alinéa 2 du Code civil, D. p2434

⁸³ CA Basse-Terre, 5 mai 1988, D 1990, p240

⁸⁴ R. Guillien et J. Vincent, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 15^{ème} édition, 2005, p570

⁸⁵ R. Dumas, Le droit à l'information, PUF, Collection Thémis, 1981, p558

⁸⁶ CA Paris, 14 mai 1975, D. 1975, p687

⁸⁷ JCl Civil Code, Articles 1382 à 1386, Fascicule 133-30

⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ, 5 décembre 2006, Bull. Civ. 2006, I, n°534

⁸⁹ Cass. 1^{ère} Civ, 16 octobre 1984, Bull. civ. I n°267

notamment quand la saisie n'est plus praticable en raison de la distribution de la publication⁹⁰.

Ainsi, le juge, saisi sur le fondement de l'article 9 du Code civil dispose de certaines mesures. Mais il peut également être saisi sur le fondement de l'article 809 du Code de procédure civile et prononcer d'autres mesures (2°).

2° Le référé de l'article 809 du Code de procédure civile

55. Il s'agit en réalité du référé de droit commun, selon lequel le Président peut prescrire, même en présence d'une contestation sérieuse, les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite ou prévenir un dommage imminent. Il pourra également, en l'absence de contestation sérieuse, accorder une provision.

56. Tirant les conséquences de la rédaction de l'article 809 du Code de procédure civile, la Cour de cassation ne fait pas de l'urgence une condition de saisine du juge des référés⁹¹. Quant au trouble manifestement illicite, la jurisprudence l'a défini de façon extensive. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a décidé qu'il se trouve constitué « soit par une atteinte intolérable, ou une intrusion injustifiée dans l'intimité de la vie privée d'une personne physique, soit par une agression dont la violence extrême ou à répétition délibérée mettant la personne visée dans l'impossibilité absolue de se défendre et de répondre aux attaques qui lui sont portées sauf à subir les effets de ce qui ne serait alors qu'une pure et simple persécution »⁹². Le dommage imminent peut également légitimer l'intervention du juge des référés afin d'éviter que ne se commette l'irréparable. L'imminence implique « non une simple crainte, une hypothèse, même raisonnable, ou une éventualité, mais une certitude ou un risque sérieux de survenance et une immédiateté ou une proximité de réalisation »⁹³.

57. L'article 809 dispose que le juge des référés ne pourra prendre que des mesures conservatoires ou de remise en état. Cependant, la Cour de cassation reconnaît une liberté de choix de la mesure la plus appropriée et ce, de façon très large⁹⁴. Aussi, les juges des référés ont pu prononcer des mesures de saisie ou de mise sous séquestre⁹⁵.

La victime peut également se voir attribuée une provision lorsque « l'obligation n'est pas sérieusement contestable »⁹⁶. L'octroi d'une provision anticipe une condamnation pécuniaire qui pourrait être prononcée sur le fond. Mais elle peut être définitive dès lors que la victime est satisfaite par son montant sensiblement égal à celui qu'elle aurait pu obtenir au fond. Dans cette hypothèse, la victime n'aura pas forcément intérêt à agir au fond.

Le juge des référés pourra assortir ses décisions d'une astreinte destinée à assurer l'efficacité de sa décision.

⁹⁰ V. par exemple CA Paris, 13 novembre 1986, D. 1987, p139

⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 26 octobre 1982, Bull. civ., III, n°207

⁹² CA Paris, 8 novembre 1985, D. 1986, p190, obs. R. Lindon

⁹³ CA Versailles, 2 octobre 1996, D. 1998, p79, note J-Y Dupeux

⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 9 mai 1990, Bull. civ., n°110

⁹⁵ TGI Paris, 24 février 1975, D. 1975, p438 ; TGI Paris, 25 mai 1987, Gaz. Pal. 1987, p473

⁹⁶ Article 809 du Code de procédure civile

Ainsi, l'action en référé procure un impératif de célérité, ce qui manquait au droit pénal. En outre, les mesures qui peuvent être prononcées, par leur diversité permettent de répondre de façon mieux adaptée aux caractéristiques des atteintes à la vie privée que le droit pénal.

Au demeurant, les avantages du droit civil se manifestent également lors des actions au fond car il prend en compte un nombre considérable de situations où la vie privée se trouve atteinte (B).

B/Le panel des situations prises en compte par le droit civil

58. L'abondance de la jurisprudence civile en matière de vie privée permet de réaliser une véritable typologie des circonstances portant atteinte au droit à l'image (1^o) ou au contraire n'y portant pas atteinte (2^o).

1^o Les images portant atteinte à la vie privée

59. Les images de personnes dans des lieux privés, prises et publiées sans leur consentement, portent, à l'instar du droit pénal, nécessairement atteinte à leur vie privée, et partant à leur droit à l'image. Cela avait été érigé en principe même avant la loi du 17 juillet 1970. Ainsi, deux décisions de 1965 condamnèrent des supports de presse pour avoir publié une photographie de Brigitte Bardot la représentant dans sa propriété⁹⁷. Postérieurement, il en a été jugé de même au sujet d'une image représentant le Préfet Bonnet dans sa cellule de prison : « Attendu que la prison est, par définition, un lieu privé dont l'accès est strictement réglementé... la saisie de l'image, même prise de l'extérieur, d'un homme incarcéré, constitue une intrusion dans la vie privée de celui-ci »⁹⁸. Cependant, l'atteinte peut aussi être réalisée dans un lieu public par exemple s'il y a un cadrage spécifique laissant la personne apparaître isolément⁹⁹. Par corolaire, le lieu privé n'est qu'un indice permettant de déterminer s'il y a ou non atteinte.

60. La vie sentimentale, conjugale ou amicale de la personne fait aussi parti du domaine de la vie privée. Les devantures de marchands de journaux suffisent à démontrer le nombre important de décision en la matière. En témoigne un arrêt de 2003 par lequel la Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui « pour retenir l'atteinte à l'image, après avoir souverainement estimé qu'une participation volontaire de la plaignante aux photographies n'était pas établie, a relevé que plusieurs avaient été prises au téléobjectif, les unes dans un club privé en compagnie de son époux et témoignant du désarroi et des émotions les plus intimes qu'elle éprouvait, les autres dans un jardin privé où elle se trouvait en compagnie de son frère et assorties du commentaire « Le jour du scandale, A. est là et console sa sœur »¹⁰⁰. Cependant, les juges se montrent moins strictes lorsque le demandeur a affiché de façon plus ou moins officielle sa relation. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles a estimé que lorsqu'un membre d'une famille princière affiche sa dernière liaison pendant

⁹⁷ T. Seine, 24 novembre 1965, JCP 1966, II, 14521, note Lindon

⁹⁸ TGI Paris, 13 octobre 1999, Juris-Data n°1999-1195 29

⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 12 décembre 2000, Bull. civ. I, n°322

¹⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 23 avril 2003, D. 2003, p1539, obs. A. Lepage

une manifestation officielle, la photographie du couple est parfaitement licite¹⁰¹.

Les relations amicales ont également pu être considérées comme relevant de la vie privée. Cela a été le cas lors d'une décision de 1976 mettant en cause des clichés de la Princesse Caroline de Monaco en compagnie des ses amies à la sortie d'une Faculté parisienne¹⁰².

La vie familiale doit également être protégée. A cet égard, la divulgation de l'existence, inconnue du public, de l'enfant naturel d'un prince, en l'absence de tout fait d'actualité ou débat d'intérêt général de nature à justifier la publication, constitue une atteinte à la vie privée¹⁰³.

61. L'intimité corporelle semble relever par essence de la vie privée. Par conséquent, l'image publiée « d'une femme sur une plage, les seins nus, marchant dans le mer, le corps presque entièrement hors de l'eau » est illicite¹⁰⁴. Cependant, par l'évolution des mœurs et le principe de licéité des images de groupe¹⁰⁵, lorsque celle-ci n'est pas centrée sur une personne en particulier mais sur toute une plage accessible à tous les estivants, et que la personne a choisi de paraître dénudée sans se préoccuper des autres, la publication est licite¹⁰⁶.

Il convient de faire une distinction pour les œuvres audiovisuelles. En effet, l'acteur peut être amené à tourner des scènes de nu. Mais, une fois son approbation définitive, il ne peut solliciter le retrait de telles scènes, sauf si un droit de regard lui a été consenti. C'est ainsi que l'actrice et chanteuse Carole Laure a pu faire retirer une scène montrant son pubis, « qui portait atteinte à son intimité en exposant au public et contre son gré le seul repli de chair qui lui restait à dissimuler et constitue l'ultime refuge de sa vie privée »¹⁰⁷.

62. Il en va de même des images révélant l'état de santé d'une personne. A par exemple été condamnée la publication de photographies de Chantal Nobel suite à un accident de la circulation¹⁰⁸.

Ainsi la vie privée et le droit à l'image semblent assez strictement encadrés. Mais il y a cependant des images qui ne portent pas atteinte à la vie privée même si, a priori, on pourrait en douter (2).

2) Les images ne portant pas atteinte à la vie privée

63. Tout d'abord il faut préciser que la révélation de faits anodins ne porte pas atteinte à la vie privée. Cela a été affirmé par un arrêt de la Haute juridiction de 2002 où était en cause la divulgation du lieu de résidence de Mme Grimaldi et des circonstances de sa rencontre avec son époux¹⁰⁹. Cette jurisprudence a été transposée aux cas où l'image présentait un caractère anodin. Par exemple, une

¹⁰¹ CA Versailles, 16 janvier 1998, D. 1999, p168, note C. Bigot

¹⁰² TGI Paris, 2 juin 1976, D. 1977, p364, note R. Lindon

¹⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 27 février 2007, D. 2007, p804

¹⁰⁴ CA Paris, 28 avril 1980, Gaz. Pal., 1, 37

¹⁰⁵ V. infra

¹⁰⁶ CA Nouméa, 13 septembre 1984, D. 1985, p206 note E. Agostini : En l'espèce la personne avait donné son consentement à la prise de la photographie mais pas pour la publication.

¹⁰⁷ TGI Paris, ord. ref., 14 mai 1974, D. 1974, p767, note R. Lindon

¹⁰⁸ CA Paris, 26 juin 1986, D. 1987, p136, note R. Lindon

¹⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 3 avril 2002, D. 2003, p1543, note Caron

photographie représentant Patrick Poivre d'Arvor, jugée « banale et anodine »¹¹⁰.

64. En ce qui concerne les images de personnes se trouvant sur un lieu public et intégrées à un groupe de personnes, deux impératifs opposés sont à prendre en compte. D'une part, le participant à une manifestation publique, n'entend pas forcément faire connaître largement son implication. Cette idée était présente dès 1986 dans la jurisprudence¹¹¹. Des décisions récentes partagent encore ce point de vue lorsque les photographies litigieuses sont cadrées sur des personnes aisément identifiables¹¹². La Cour de cassation avait déjà affirmé cela lors d'un arrêt de 2000 en disposant qu'il importait peu que la personne se trouvât dans un lieu public dès lors qu'elle apparaissait isolément grâce à un cadrage spécifique¹¹³. Toutefois, même lorsque la personnalité fait l'objet d'un cadrage spécifique, mais que la diffusion de l'image est justifiée par la légitime information du public¹¹⁴, le cliché ne sera pas jugé illicite¹¹⁵. D'autre part, l'on peut considérer que la participation à une telle manifestation manifeste la volonté de faire connaître ses opinions au public. Dès lors une image représentant une personne dans un cortège serait licite. C'est ce qu'a jugé la Cour d'appel de Paris le 12 mai 1995 en énonçant qu'« il est constant qu'une photographie prise à l'occasion d'une manifestation officielle et publique peut en principe être publiées sans l'autorisation des personnes représentées »¹¹⁶. Cette solution est également applicable à toutes les images générales de lieux sur lesquelles apparaissent des personnes identifiables. Par exemple, un arrêt de la Cour d'appel de Paris a pu exclure l'atteinte à la vie privée en affirmant que « Si nul n'a le droit d'individualiser une personne d'un groupe sans son consentement, il importe peu que le visage d'une personne participant à une scène de rue soit reconnaissable »¹¹⁷.

Ainsi, il convient pour le photographe de faire preuve de prudence puisque les vues générales de personnes se trouvant dans un groupe en un lieu public ne seront pas sanctionnées mais que les vues cadrées précisément le seront.

65. La révélation par l'image de l'activité professionnelle d'une personne anonyme et a fortiori d'une personne célèbre ne relève pas du domaine de la vie privée. En témoigne un arrêt de la Cour d'appel de Paris où était en cause la publication par un journal du portrait d'un exploitant de service de Minitel rose pour illustrer un article traitant de cette activité¹¹⁸. Cependant, certaines professions nécessitent l'anonymat, pour des raisons de sécurité notamment. Dans cette perspective, la loi pénale, par l'article 39 sexiès de la loi du 29 juillet 1881 proscrit la révélation de l'identité des fonctionnaires de police nationale, militaires de la gendarmerie nationale ou agents des douanes. Cependant, cette solution est rarement retenue sur le terrain civil, ainsi les juges considèrent licite l'image de policiers en train d'enquêter sur les lieux de l'attaque d'un fourgon blindé car reliée à un

¹¹⁰ CA Paris, 27 mars 2003, CCE janvier 2004, p38

¹¹¹ CA Paris, 14 juin 1985, D. 1986, p50, note R. Lindon

¹¹² CA Versailles, 31 janvier 2002, Juris-Data 2002-216790

¹¹³ Cass. 1^{ère} civ., 12 décembre 2000, Bull. civ. I, n°322

¹¹⁴ V. infra pour cette notion : Partie I/>Chapitre I/>Section 1/>§2/>1°) Le droit à l'information du public

¹¹⁵ TGI Paris, 13 janvier 2000, D. 2000, p272

¹¹⁶ CA Paris, 12 mai 1995, D. 1997, p71, note J-Y Dupeux

¹¹⁷ CA Paris, 21 décembre 1982, Gaz. Pal., 1983, I, 203

¹¹⁸ CA Paris, 3 mai 2001, CCE mars 2002, p34, note A. Lepage

événement d'actualité¹¹⁹.

Par comparaison avec le droit pénal, le droit civil prend en compte des domaines de la vie privée beaucoup plus larges. En effet, nous l'avons vu, le droit pénal ne vient à s'appliquer que quand se trouve atteinte l'intimité de la vie privée. Toutefois cela ne nous permet pas de dire que toute image représentant une personne porte nécessairement atteinte à la vie privée sur le plan civil, sans quoi la liberté de la presse s'en trouverait indéniablement réduite. Partant, cela nous mène à nous interroger sur la portée du droit à l'image (C).

C/L'absolutisme du droit à l'image remis en cause

66. Le droit à l'image est centré sur le consentement de la personne concernée et elle seule, ce qui plaide en faveur de l'absolutisme du droit à l'image (1^o). Cependant, l'information légitime du public peut venir perturber ce droit en l'absence de consentement (2^o).

1^o La nécessité du consentement de la personne

67. Comme pour tous les droits de la personnalité, « Chacun dispose sur son image d'un droit exclusif lui permettant de s'opposer à sa fixation, à sa reproduction ou à son utilisation sans son autorisation préalable »¹²⁰.

L'autorisation doit en outre être expresse. Cependant, « la preuve de cette autorisation n'est pas forcément écrite »¹²¹. Elle doit également être spéciale. Par conséquent, la personne peut limiter la diffusion à certains journaux. D'autre part, le consentement donné pour la prise de vue ne vaut pas nécessairement pour sa publication. Par exemple, la personnalité qui aura consenti à ce qu'un photographe amateur prenne une photographie d'elle peut s'opposer à sa diffusion¹²².

Toutefois, certains ont pu arguer que les personnes se trouvant sur un lieu public s'exposaient volontairement à la curiosité du public, donnant en quelque sorte une autorisation tacite à la diffusion de leur image¹²³. Mais, une jurisprudence constante tend à affirmer que « le seul fait de se trouver dans un lieu public tel une rue, même d'une station fréquentée par des personnalités, ne peut valoir autorisation de reproduction de son image »¹²⁴. Cependant, la Cour de cassation s'est placée en faveur de la possibilité d'un consentement tacite fondé sur l'appréciation des faits. La possibilité d'une telle autorisation avait déjà été émise isolément par quelques juridictions¹²⁵. La Haute juridiction a donc affirmé que « le consentement à la diffusion d'images de la personne ou de faits de sa vie privée peut être tacite ». En l'espèce, il s'agissait d'une personne filmée pour un documentaire, dont elle était l'objet, qui avait donné son consentement à la captation des images mais se prévalait du défaut de

¹¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2005, Juris-Data n°2005-029315

¹²⁰ CA Versailles, 15 mai 2008, Légipresse, I, p160

¹²¹ TGI Paris, 24 novembre 2003, Légipresse 2004, n°20 9, I, p23

¹²² Cass. 2^{ème} civ., 5 mars 1997, D. 1998, p474

¹²³ V. supra pour plus de précisions sur les photographies de personnes intégrées à un groupe sur un lieu public.

¹²⁴ TGI Nanterre, 20 mars 2009, Légipresse 2009, I, p56

¹²⁵ CA Bordeaux, 10 février 2003, JCP 2003, IV, 2991 ; TGI Paris, 27 septembre 2004, Légipresse 2005, I, p173

consentement pour la diffusion¹²⁶. Cette inflexion au formalisme du consentement, sans bouleverser l'absolutisme du droit à l'image, le consentement restant un élément nécessaire, en traduit néanmoins un infléchissement.

68. Reste une question : la nécessité du consentement s'étend-elle au-delà du décès de la personne ? Dans un premier temps, la jurisprudence a considéré que les héritiers étaient fondés à intenter une action au nom de la vie privée du défunt¹²⁷. Aussi, M. Beignier considère-t-il que « c'est faire jurer les mots »¹²⁸ que de concevoir la vie privée d'un mort. Partant, la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence pour affirmer que « le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit »¹²⁹. Cependant, l'héritier pourra tout de même s'opposer à la reproduction de l'image du défunt, mais à condition de subir un préjudice personnel, déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire et au respect dû aux morts¹³⁰.

Ainsi, la possibilité de consentement tacite à la diffusion d'une image représentant les traits d'une personne, tout comme l'extinction du droit à l'image au décès de son titulaire sont autant d'éléments qui plaident en faveur d'une relativisation de l'absolutisme du droit à l'image. Le non absolutisme du droit à l'image se manifeste de façon encore plus évidente lorsque ce droit se trouve confronté à la légitime information du public, puisqu'il permet de passer outre la nécessité d'une autorisation (2°).

2°) Le droit à l'information légitime du public

69. Ce droit est directement issu de la liberté d'expression, de sorte que devient légitime une atteinte au droit à l'image si elle est connectée à un événement d'actualité. Ainsi, la publication de la photographie d'une princesse, lors d'une cérémonie publique, qui a eu lieu deux mois auparavant, et montrant son état de grossesse avancé ne contrevient pas au droit qu'a celle-ci sur son image dès lors qu'il s'agit d'illustrer un article sur sa maternité imminente¹³¹.

Si la publication peut être justifiée par un tel événement, il n'en demeure pas moins que la proximité temporelle entre la publication et ledit événement joue un rôle important. Par exemple, pour illustrer un article sur le Pacte civil de solidarité (PACS), il n'est pas possible de publier une photographie représentant deux personnes participant à une manifestation de soutien prise dix mois auparavant¹³². En revanche, a été jugée licite la photographie reproduisant les traits de personnes manifestant contre le PACS et illustrant un article paru quelques jours après¹³³.

Cependant, le droit à l'information légitime du public pourra se trouver restreint du fait d'une atteinte à la dignité de la personne¹³⁴.

¹²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2006, D. 2006, p2702

¹²⁷ TGI Paris, ord. réf., 11 janvier 1977, (affaire Jean Gabin)

¹²⁸ B. Beignier, Droits de la personnalité, Que sais-je ?, PUF 1992, p61

¹²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 14 décembre 1999, JCP 2000, II, 10241 ; Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2004, Bull. civ. 2004, II, n°390

¹³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 22 octobre 2009, Bull. civ., octobre 2009, I, n°211

¹³¹ Cass. 2^{ème} civ., 19 février 2004, Bull. civ. II, n°72

¹³² CA Versailles, 31 janvier 2002, D. 2003, p1533, obs. C. Caron

¹³³ Cass. 2^{ème} civ., 11 décembre 2003, D. 2004, p2596, note. C. Bigot

¹³⁴ V. infra Titre II

Ainsi, le droit à l'information légitime permet de contrecarrer le droit à l'image sous certaines conditions.

70. Pour conclure cette section, nous pouvons affirmer que la presse, sans surprise, est un vecteur important, d'atteintes à la vie privée par l'image. Certaines mesures ont été prises afin de parer à cette évidence. Ainsi, le droit pénal incrimine certains comportements mais se trouve beaucoup trop restrictif pour sanctionner de telles atteintes. C'est donc tout naturellement que les victimes de ces agissements se sont tournées vers le droit civil, beaucoup plus attractif et par là même plus efficace. Cependant, le droit civil n'est pas une solution infaillible, en témoigne le nom absolutisme du droit à l'image.

En définitive, nous pouvons affirmer que les deux branches, la branche pénale et la branche civile, répondent à des finalités différentes. La première vise plutôt à sanctionner une atteinte déjà réalisée, d'où une résurgence de la fonction punitive de la peine pénale. La seconde se veut plutôt préventive, par l'action en référé, et réparatrice, par l'allocation de dommages et intérêts plus importants et surtout par le fait que l'atteinte déjà subie sera plus facilement caractérisable qu'en droit pénal, eu égard au nombre important de situations prises en compte.

Mais la presse est loin d'être le seul vecteur d'atteintes à la vie privée. En effet, les nouvelles technologies jouent un rôle important en la matière (section 2).

Section 2 : Les atteintes par le vecteur des nouvelles technologies

71. Les nouvelles technologies, en ce qu'elles facilitent la captation et la transmission de l'image, sont des voies privilégiées d'atteinte à la vie privée. Dans ce cadre, nous étudierons en premier lieu la vidéosurveillance (sous-section 1) pour ensuite étudier le phénomène sous l'angle de l'internet (sous-section 2).

Sous-section 1 : La vidéosurveillance

72. Après avoir vu le cadre régissant la vidéosurveillance (§1), il conviendra de nous intéresser à son efficacité (§2).

§1/La cadre juridique régissant la vidéosurveillance

73. Dans ce paragraphe, nous n'aurons pas la prétention d'énoncer un catalogue exhaustif des règles de cette matière. En revanche, il sera nécessaire d'en étudier les points principaux : les lieux de la vidéosurveillance (A), le rôle des commissions préfectorales (B), ainsi que les modifications apportées par le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (Loppsi II) (C).

A/ Les lieux de la vidéosurveillance

74. L'expérience nous démontre que les lieux privilégiés de la vidéosurveillance sont les espaces ouverts au public, cible de la vidéosurveillance urbaine (1⁹) et le milieu de l'entreprise (2^o).

1⁹ La vidéosurveillance urbaine

75. La loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995 modifiée par la loi du 21 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers donnent cinq justifications pour l'implantation d'un système de vidéosurveillance¹³⁵ nécessitant déclaration : la protection des bâtiments et installations publics et surveillance de leurs abords, la sauvegarde des installations utiles à la défense nationale, la régulation du trafic routier et constatation des infractions aux règles de la circulation, la prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol, la lutte contre le terrorisme.

76. Lorsque l'implantation projetée va avoir lieu sur un espace de voie publique, le déclarant et l'exploitant ne peuvent être qu'une autorité publique ou son concessionnaire. Sur ces termes, la circulaire du 22 octobre 1996¹³⁶ explique qu'il s'agit du préfet, du maire, des responsables d'établissements publics ou services publics et certains concessionnaires comme les sociétés concessionnaires d'autoroutes. La circulaire poursuit en affirmant que le « critère d'admission est la capacité à exercer un pouvoir de police, pour les systèmes ayant pour finalité la régulation du trafic routier ou la prévention d'infractions aux règles de la circulation ou la nécessité de sauvegarder la protection des bâtiments et installations publics et de leurs abords, ainsi que la sauvegarde des installations utiles à la défense nationale pour les autres »¹³⁷. D'ailleurs le Conseil d'Etat a jugé que les sociétés privées de surveillance et de gardiennage « ne peuvent se voir confier des tâches de surveillance sur la voie publique »¹³⁸.

Les caméras ne peuvent pas visualiser des espaces privés (halls d'immeuble, fenêtres de logements...). Si sur le champ de la caméra surveillant un espace public se trouve un espace privé, il sera demandé que des systèmes d'occultation empêchent toute visualisation spécifique des zones privatives.

77. Par ailleurs, la loi de 1995 impose de signaler par des panneaux l'usage d'un système de vidéosurveillance sur la voie publique. Ceux-ci doivent contenir : l'adresse et le lieu d'exploitation des images, le nom et le statut de l'exploitant du système, le numéro de téléphone de l'exploitant du système, la finalité du système par rapport à la loi, les conditions d'accès aux images, la date et le numéro d'autorisation, le référence à la loi et à son décret d'application. En outre, lorsque la vidéosurveillance a lieu sur la voie publique, de plus en plus de commissions préfectorales exigent que les panneaux soient traduits en anglais. Au surplus, ils doivent comporter un pictogramme représentant une caméra lorsqu'ils sont sur la voie publique. Evidemment, les panneaux doivent être

¹³⁵ Article 10 II de la loi de 1995 modifiée

¹³⁶ Articles 2-3-1 et suivants de la circulaire ministérielle du 22 octobre 1996, NOR : INTD9600124C

¹³⁷ Ibid

¹³⁸ CE, 29 décembre 1997, Commune d'Ostricourt, JCP 1998, n36, II, n°10139

en nombre suffisant, lisibles et bien placés.

78. L'accès aux images doit également être prévu. Il a pour principale finalité de prouver aux personnes qui se prévalent de ce droit que les images sont bien détruites dans le délai qui ne peut être supérieur à un mois. Si la personne est effectivement sur les images, l'exploitant doit les lui montrer sauf, précise l'article 9.3 de la circulaire de 1996, « sûreté de l'Etat, défense, sécurité publique, déroulement de procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles opérations, droit des tiers, c'est-à-dire la protection du secret de leur vie privée¹³⁹ ».

Le fait que l'objet de la vidéosurveillance ait pour cible la voie publique emporte certaines particularités. Il en va de même pour l'entreprise (2°).

2°) L'entreprise

79. L'image du salarié captée par vidéosurveillance est également strictement encadrée par la Loi. Tout d'abord, l'article L1122-4 du Code du travail pose un principe de transparence et dispose qu'« aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ». Il est indéniable que l'image constitue une information personnelle. A ce titre, le salarié devra être personnellement informé de la mise en place d'un dispositif de vidéosurveillance. Ainsi, en plus de l'affichage des dispositions relevant du règlement intérieur, devra être stipulé un avenant au contrat de travail¹⁴⁰.

En outre, l'alinéa 3 de l'article 2323-32 du Code précité énonce que le « comité d'entreprise¹⁴¹ doit être informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ». Il faut préciser que le système de vidéosurveillance nécessitant la consultation du comité d'entreprise s'entend de celui qui surveille l'activité du salarié. Ainsi, a été déclaré licite le système, qui n'avait pas été porté à la connaissance du comité d'entreprise, employé pour surveiller un entrepôt de marchandises qui n'enregistrait pas l'activité de salariés affectés à un poste déterminé¹⁴². En revanche, a été déclaré illicite un système de vidéosurveillance, non déclaré au comité d'entreprise, de la clientèle également employé pour surveiller les salariés¹⁴³.

Doit également être respecté le principe de proportionnalité de l'article 1121-1 du Code du travail selon lequel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». L'employeur doit donc justifier la mise en place du système par un intérêt légitime comme le risque particulier de vol ou l'exigence de sécurité renforcée.

Tout comme la vidéosurveillance urbaine, les images ne peuvent être conservées que

¹³⁹ Cons. constit., 18 janvier 1995, n°94-352, JO 21 janvier 1995, p1154, repris à l'article 14 du décret n°96-926 du 17 octobre 1996

¹⁴⁰ RPDS, n°530, 10 septembre 2009, cahier n°2, p24, n°15

¹⁴¹ L'article 2322-1 du Code du travail dispose que les entreprises de plus de 50 salariés ont l'obligation de constituer un comité d'entreprise.

¹⁴² Cass. Soc., 31 janvier 2001, JCP Entreprises 2001, 1145, note Puigelier

¹⁴³ Cass. Soc., 7 juin 2006, Bull. soc. 2006, V, n°206, p198

pendant un laps de temps limité et les zones filmées doivent être signalées par des panneaux.

80. Enfin, si le système de vidéosurveillance est implanté dans un lieu ouvert au public (magasin accueillant des clients...), celui-ci relève de la loi de 1995 et nécessite une autorisation de la commission préfectorale. En revanche, s'il s'agit d'un lieu privé, c'est-à-dire dont l'accès est soumis à autorisation (parking réservé au personnel d'une entreprise...), et que les images sont conservées dans des traitements informatisés ou des fichiers structurés permettant l'identification de personnes physiques, il y a lieu de procéder à une déclaration à la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (Cnil). Or, avec l'avènement de la vidéosurveillance IP¹⁴⁴, cette nécessité de déclaration devient le principe. La loi informatique et libertés de 1978 exige en outre que soit respecté le principe de proportionnalité, l'usage d'un tel système doit être justifié par exemple pour se prémunir du vol. En outre, s'il s'accompagne d'un dispositif biométrique (reconnaissance faciale...) il devra faire l'objet d'une autorisation de la Cnil et non plus d'une simple déclaration.

Il faut également rendre compte de l'activité des commissions préfectorales de vidéosurveillance à qui il revient d'autoriser le recours à la vidéosurveillance dans les établissements ouverts au public et la voie publique (B). Cela intéresse les entreprises privées dans la mesure où elles accueillent du public et a fortiori les voies publiques.

B/Le rôle des commissions départementale de vidéosurveillance

81. La commission départementale est composée cinq membres désignés pour trois ans et est présidée par un magistrat du siège ou un magistrat honoraire. Quant aux quatre autres membres il s'agit d'un membre du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, d'un maire désigné par la ou les associations départementales des maires ou, à Paris, un conseiller de Paris ou conseiller d'arrondissement désigné par le Conseil de Paris, d'un représentant désigné par la ou les chambres de commerce et d'industrie territorialement compétentes, d'une personnalité jugée compétente par le préfet ou, à Paris, par le préfet de police¹⁴⁵.

L'article 10 de la loi de 1995 modifiée par la loi de 2006 exige l'autorisation du représentant de l'Etat dans le département et, à Paris, du préfet de police après avis de la commission départementale. Cette autorisation est donnée pour une durée de 5 ans renouvelable. Un dossier, disponible sur le site internet du ministère de l'Intérieur¹⁴⁶, doit être transmis à la commission. La commission pourra questionner le déclarant avant sa réunion, voire l'auditionner lors de la réunion. Ce dossier devra être précis sur certains points tels que la justification de la nécessité de la vidéosurveillance et la justification de la compétence du déclarant (propriétaire, locataire, autorité publique, concessionnaire...). Il devra également décrire les moyens d'information du public, la liste

¹⁴⁴ <http://www.commentcamarche.net/faq/9242-utiliser-la-video-surveillance-en-entreprise> : « La vidéo surveillance d'entreprise sur IP (sur Internet) consiste à installer des caméras de surveillance sur un lieu de travail (bureau, magasin, entrepôt, etc.) reliées à un ordinateur. Principal avantage : la numérisation permet une grande souplesse de stockage et le système peut être géré à distance depuis n'importe quel ordinateur, PDA ou téléphone portable disposant d'une connexion Internet. »

¹⁴⁵ A. Bauer, F. Freynet, Vidéosurveillance et vidéoprotection, Que sais-je ?, PUF, 2008, p22

¹⁴⁶ http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_votre_service/vos_demarches/video-surveillance/annexe-1-notice-5133601/view

des personnes ayant accès aux images, etc¹⁴⁷ ...

La commission peut également procéder à des contrôles des installations pour s'assurer de la véracité de la déclaration et peut même retirer l'autorisation en cas de non respect des modalités définies lors de la déclaration. Cette sanction peut être assortie d'une peine de 45000 euros d'amende et de 3 ans d'emprisonnement. L'article 10 de la loi précitée dispose également que la commission peut être saisie pour toute difficulté relative au fonctionnement d'un système de vidéosurveillance.

Il faut en outre prendre en compte les apports de la Loppsi II (C).

C/ Les modifications apportées le projet de loi Loppsi II

82. La loi Loppsi a été adoptée en première lecture le 16 février 2010. Le projet comporte de nombreuses modifications concernant la vidéosurveillance en ses articles 17 et 18. L'objet de notre étude ne visera qu'à en exposer les principales orientations.

La première modification apportée par ce projet de loi est d'ordre sémantique puisque le terme vidéosurveillance va être remplacé par le terme vidéoprotection dans tous les textes législatifs et réglementaires.

Mais il faut manifestement porter notre attention sur le dernier alinéa du 1° de l'article 17 du projet. En effet, des entreprises privées pourront être habilitées à visionner des images de vidéosurveillance pour le compte des collectivités locales. Cette mesure a été largement critiquée par les députés de l'opposition, tel M. Pupponi, député-maire de Sarcelle (Val d'Oise) qui a déclaré que « La sécurité des équipements stratégiques doit relever de l'Etat »¹⁴⁸. Cependant, précise la loi, « lorsqu'une autorité publique n'exploite pas elle-même le système, les salariés de la personne privée qui y procèdent sous son contrôle et pour son compte ne peuvent pas avoir accès aux enregistrements des images prises sur la voie publique ».

En outre, le recours à l'implantation de systèmes de vidéosurveillance temporaire (4 mois maximum) sera élargi. En effet, les autorités publiques, après autorisation du préfet ou le préfet seul, et sans avis de la commission départementale le pourront en cas d'« exposition particulière à un risque d'actes de terrorisme », ce qui était déjà possible, ou de « tenue imminente d'une manifestation ou d'un rassemblement de grande ampleur présentant des risques particuliers d'atteinte à la sécurité des personnes et des biens ». Les termes employés, très évasif, restent à être défini et sont susceptibles d'abus de la part des autorités publiques, même si la commission départementale devra apporter son avis a posteriori.

La loi ajoute également la possibilité aux agents des douanes de visionner des images de vidéosurveillance urbaine. Cette possibilité était déjà acquise pour les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale. L'extension aux services des douanes semble légitime et aura sans doute des conséquences dans les aéroports¹⁴⁹.

¹⁴⁷ A. Bauer, F. Freynet, Vidéosurveillance et vidéoprotection, Que sais-je ?, PUF, 2008, p22

¹⁴⁸ Lettre d'information professionnelle et de débat sur la vidéosurveillance, n°11, mars 2010, p3

¹⁴⁹ Ibid, p2

Enfin, le projet de loi remplace la Commission nationale de la vidéosurveillance par la Commission nationale de la vidéoprotection. Celle-ci aura une « mission générale de contrôle de la vidéoprotection »¹⁵⁰. Elle sera rattachée au ministère de l'intérieur. Cependant, ce manque d'indépendance est critiqué. M. Alex Türk, président de la Cnil s'étonne d'ailleurs : "Nous disposons déjà de contrôleurs indépendants et reconnus, pourquoi créer une nouvelle autorité administrative dont en outre la composition dépend du ministère de l'intérieur ?"¹⁵¹.

Ainsi, nous avons pu voir que la vidéosurveillance est encadrée strictement, et que le projet de loi Loppsi II tente d'assouplir. Il convient donc désormais d'en étudier l'efficacité (§2).

§2/L'efficacité de la réglementation sur la vidéosurveillance

83. Le cadre strict en matière de vidéosurveillance urbaine entraîne, malgré les inflexions voulus par la loi Loppsi II, une certaine rareté du contentieux (A). En revanche, le milieu de l'entreprise est fréquemment le terrain des systèmes de vidéosurveillance illégaux (B).

A/Une efficacité certaine dans nombre d'hypothèses

84. Afin de prouver l'efficacité de la réglementation concernant la vidéosurveillance urbaine, il convient d'abord de se pencher sur la rareté du contentieux (1°) pour ensuite étudier le cadre de la preuve par la vidéosurveillance en matière policière (2°).

1° La rareté du contentieux

85. Le peu de contentieux en la matière résulte principalement de la réglementation elle-même, stricte. En outre, la sévérité des sanctions (trois ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende) s'avère plutôt dissuasive. Ainsi, il n'y a pas eu, à notre connaissance, de collectivités locales condamnées pour avoir capté illégalement des images représentant des scènes de vie privée.

En revanche, c'est l'intervention des personnes privées, moins raisonnables individuellement, qui pose parfois problème. Ainsi, un ingénieur retraité, spécialisé dans les systèmes de surveillance, avait installé une camera de vidéosurveillance donnant sur la voie publique et les résidences voisines. La Cour d'appel de Rouen l'a condamné à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et à 3000 euros d'amende¹⁵².

Le détournement de finalité peut également être craint. La retentissante affaire Treiber en est un exemple. En effet, des images représentant l'homme en cavale et provenant d'une camera de vidéosurveillance avaient été transmises à un magazine puis publiées¹⁵³. Il s'agissait en réalité d'un officier de police judiciaire qui avait transmis ces images. Bien qu'il n'y ait pas d'atteinte à la vie privée, il y a bien violation et recel du secret de l'enquête. Des sanctions disciplinaires voire pénales sont à

¹⁵⁰ Article 18 du projet Loppsi II

¹⁵¹ Cité par le journal Le Point sur : <http://www.lepoint.fr/actualites-societe/2010-03-24/comprendre-vidioprotection-que-dit-la-loi-concernant-les-etablisements/1597/0/437092>

¹⁵² CA Rouen, 5 février 2009, Juris-Data n°2009-005312

¹⁵³ Le Figaro Magazine, 17 octobre 2009

prévoir à l'encontre du policier¹⁵⁴.

Comme nous venons de le voir, le cadre de la vidéosurveillance urbaine, par sa rigueur, n'engendre que très peu de contentieux. En effet, les collectivités locales, entités agissant par définition pour le bien commun, ne commettent pas d'infractions à la législation. Cependant, l'intervention de personnes privées, parce qu'elles sont animées par des passions propres à l'Être humain, est susceptible de générer de sérieux problèmes. Cela est d'autant plus inquiétant que la loi Loppisi II prévoit le recours possible à des entités privées pour la vidéosurveillance urbaine.

Il faut désormais observer le régime de la preuve par la vidéosurveillance urbaine (2°).

2°) La preuve par vidéosurveillance

86. Comme nous l'avons dit précédemment, la vidéosurveillance n'entre pas dans le cadre de la loi de 1995 lorsque les lieux filmés sont privés. Par conséquent, aucune autorisation de la part du préfet n'est nécessaire. Cependant, l'usage d'un tel système doit être signalé. Ainsi, la Première chambre civile de la Haute cour a pu approuver la Cour d'appel qui avait retenue que des preuves obtenues grâce à l'installation d'un système de vidéosurveillance dans un hall d'immeuble, et signalé par des panneaux, par le bailleur en vue de l'expulsion, sans indemnité d'éviction, du preneur étaient licites¹⁵⁵. Au demeurant, il ne faut pas oublier, comme dit précédemment, que la Chambre criminelle a pu admettre à titre de preuve des enregistrements de conversation obtenus par des particuliers à l'insu de la personne objet de l'enregistrement, alors même qu'ils constituaient des atteintes à l'intimité de la vie privée¹⁵⁶. Cette jurisprudence, bien que critiquable, pourrait être transposée dans les hypothèses de vidéosurveillance illicites effectuées par des particuliers.

87. S'il est vrai que l'installation d'un système de vidéosurveillance par un propriétaire semble aisée, il n'en va pas de même par exemple pour l'enquête préliminaire effectuée par la police judiciaire. En effet, l'article 706-96 du Code de procédure pénale dispose que le recours à ce moyen dans un lieu privé doit être autorisé par le juge d'instruction, après avis du procureur de la République, qui rendra une ordonnance motivée et une commission rogatoire. L'article précité énonce en outre que seules les enquêtes préliminaires concernant les infractions prévues à l'article 706-73¹⁵⁷ dudit Code pourront faire l'objet de telles mesures. Aussi, la Cour suprême a pu considérer qu'un enregistrement de vidéosurveillance obtenu dans un parking souterrain clos d'une résidence privée, même avec l'autorisation du syndic de copropriété, ne saurait être admis en tant que preuve, en l'absence de toute autorisation du juge d'instruction. De plus, l'enquête en cause concernait des faits de recel de vol par habitude et d'usage de fausses plaques d'immatriculation en récidive¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Lemonde.fr du 3 décembre 2009 : http://www.lemonde.fr/societe/article/2009/12/03/photos-de-treiber-en-cavale-un-policier-de-dijon-en-garde-a-vue_1275464_3224.html

¹⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, D. 2009, p2344

¹⁵⁶ Cass. crim., 6 avril 1993, JCP 1993, II, 22144, note Rassat ; Cass. crim., 13 octobre 2004, AJ Pénal 2004, 451, obs C.S. Enderlin

¹⁵⁷ Cet article prescrit une liste limitative de crimes et de délits tels que le meurtre en bande organisée, le proxénétisme aggravé, la torture et les actes de barbarie, le trafic de stupéfiants...

¹⁵⁸ Cass. crim., 27 mai 2009, Rev. Sc. Crim. 2009, p899

Il faut également s'interroger sur la licéité des images lorsqu'elles ne sont pas captées par les services de police mais seulement transmises à ces derniers. L'article 5 de la loi renforçant la lutte contre les violences de groupe et la protection des personnes chargées d'une mission de service public prévoyait d'insérer dans le Code de la construction et de l'habitation un article permettant l'exploitation par la police ou la gendarmerie d'images issues des systèmes de vidéosurveillance prises dans les parties communes d'immeubles privés. Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel¹⁵⁹.

En outre, il faut noter que la loi du 21 janvier 1995 donne la possibilité aux agents de police et de gendarmerie d'être les destinataires des images de vidéosurveillance urbaine entrant dans le champ de la loi précitée.

Ainsi, nous avons pu voir que la preuve obtenue par vidéosurveillance paraît aisée à obtenir lorsque ce sont des particuliers qui mettent en place le système. A l'inverse, la procédure pénale freine considérablement la police judiciaire dans l'administration de telles preuves. Cela est parfaitement justifié puisque l'intérêt est de protéger les justiciables de la puissance publique. Par conséquent, il nous est possible d'affirmer que le cadre de la vidéosurveillance, dans les hypothèses que nous avons considérées, permet de concilier les intérêts en présence.

Cependant, il demeure un lieu où la réglementation reste partiellement inappliquée, et source d'un contentieux récurrent : l'entreprise (B).

B/Une efficacité relative en matière de vidéosurveillance en entreprise

88. L'obligation posée par le Code du travail d'informer et consulter le comité d'entreprise préalablement à l'installation d'un système de vidéosurveillance ne semble pas poser de réelles difficultés. Pourtant, cette obligation est au cœur d'une décision de la Cour de cassation de 2006. En l'espèce, un salarié travaillant depuis plus de 30 ans pour la société Carrefour avait été licencié pour faute grave. Il avait en effet été filmé en train de voler des marchandises par une caméra de vidéosurveillance destinée à détecter les vols perpétrés par les clients. La Cour d'appel avait admis la preuve fondant le licenciement. Mais la Cour de cassation, rappelant que le comité d'entreprise devait être averti et consulté préalablement à l'installation d'un système de vidéosurveillance, ce qui n'avait pas été fait, a déclaré qu'un tel moyen de preuve était illicite¹⁶⁰. C'est une solution constante de la Cour de cassation¹⁶¹.

Cependant, il faut noter que la portée de la réglementation du Code du travail reste réduite. En effet, au vu de la jurisprudence, elle n'a lieu de s'appliquer que pour contester la licéité de la preuve recueillie par le système de vidéosurveillance. C'est ainsi que la Cnil, par sa délibération n°2009-201 du 16 avril 2009 a pu condamner une société à une amende 10000 euros au nom du principe de proportionnalité affirmé dans la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978. En effet, les salariés étaient filmés en continu dans leurs bureaux, ce qui n'était pas proportionné au but poursuivi,

¹⁵⁹ Cons. constit., 25 février 2010, n°2010-604 DC, AJ DA 2010, p413

¹⁶⁰ Cass. Soc., 7 juin 2006, Bull. soc. 2006, V, n°206, p198

¹⁶¹ Cass. Soc., 15 mai 2001, D. 2001, p3015

la lutte contre le vol¹⁶². Ainsi, la Cnil est amenée à concurrencer le juge prud'homal.

Cette concurrence est bienvenue car, eu égard au développement technologique en la matière, et à l'obsession omniprésente du tout sécuritaire, le contentieux est amené à s'accroître.

Ainsi, nous avons pu voir que le cadre juridique de la vidéosurveillance est strict et ne se prête guère à l'interprétation, tant les dispositions semblent précises et claires. Par conséquent, l'on peut observer que dans la plupart des domaines (vidéosurveillance urbaine, preuve lors des enquêtes...) ce cadre s'avère efficace car relativement peu de contestations prennent naissance sur son fondement. En revanche, il apparaît clairement que cela n'est pas le cas dans le domaine de l'entreprise.

Mais il n'en demeure pas moins que la vidéosurveillance n'est pas la seule voie d'atteinte à la vie privée par l'image. Il faut également considérer l'internet (sous-section 2).

Sous-section 2 : L'internet

89. Le droit au respect de la vie privée et le droit à l'image se trouvent protégés même sur internet. En effet, la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 comporte des dispositions spéciales à cet égard (§1). Mais le droit pénal a également vocation à s'appliquer (§2). Enfin, il faut remarquer que le droit commun du Code civil trouve aussi à s'appliquer, d'ailleurs il sera plus souvent invoqué (§3).

§1/Un cadre juridique spécial pour protéger les données personnelles

90. La loi informatique et libertés protège la vie privée contre les traitements de données à caractère personnel (A). Elle confère donc des droits aux personnes qui en font l'objet (B), mais aussi des obligations pour leurs auteurs (C). Enfin, la Cnil, gardienne de la loi informatique et libertés est la gardienne de cette loi, par conséquent elle dispose de certains pouvoirs (D).

A/La notion de traitement de données à caractère personnel

91. L'article 2 alinéa 2 de la loi du 6 janvier 1978 dispose que constitue une donnée à caractère personnel « toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification, ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres ». L'image d'une personne constitue une donnée à caractère personnel¹⁶³.

Quant au traitement, le même article énonce qu'il s'agit de « toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé ». Le traitement peut être automatisé ou non rajoute l'article 2. La loi donne quelques exemples de traitements : « la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la

¹⁶² L. Marino, Vidéosurveillance eu travail : le principe de proportionnalité mis en œuvre par la Cnil, RDT 2010, p108

¹⁶³ L. Cadoux, Les informations personnelles issues de la voix et de l'image et la protection de la vie privée et des libertés fondamentales, rapport présenté à la Cnil, 12 décembre 2005, p61

consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ». Le recours à l'internet concernant des données personnelles constitue donc indubitablement un traitement.

En conséquence, tout traitement de données à caractère personnel nécessite le consentement de la personne concernée.

Il faut ensuite s'intéresser aux droits des personnes qui font l'objet de ces traitements (B).

B/ Les droits des personnes fichées

92. La loi informatique et libertés confère trois droits aux personnes fichées : le droit d'accès aux données, le droit de contestation et de rectification, et le droit d'opposition.

Selon l'article 39 I 4° de la loi du 6 janvier 1978 toute personne physique dispose d'un droit d'accès aux données la concernant. Le 5° du même article confère même la possibilité de « connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé ».

Certains fichiers sont susceptibles de faire l'objet d'un droit d'accès indirect. Il s'agit en particulier des fichiers concernant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique. L'intéressé pourra avoir un droit d'accès indirect, exercé par un membre de la Cnil pour son compte et saisi par lui.

L'article 40 de la loi précitée permet à toute personne d'exiger la mise à jour de ses données, voire leur suppression lorsqu'elles s'avèrent inexactes, incomplètes ou périmées, ou lorsque leur collecte, utilisation, communication ou conservation était interdite. Les héritiers peuvent également agir pour l'actualisation des informations relatives à une personne décédée.

Le droit consacré par l'article 38 de la loi informatique et libertés donne la possibilité de s'opposer au traitement pour motif légitime. Il peut être exercé sans frais lorsqu'il s'agit de données recueillies aux fins de prospection. Cependant, par exemple, un employé ne peut s'opposer au recueil de données à caractère personnel nécessaire pour respecter une obligation légale¹⁶⁴.

L'assurance du respect de la vie privée et du droit à l'image est également garantie par un certain nombre d'obligations (C).

C/ Les obligations des responsables de traitement

93. Le responsable de traitement doit respecter un principe de loyauté. Il est également tenu par une obligation de sécurité renforcée et doit nécessairement recueillir le consentement des personnes intéressées. Enfin, il doit déclarer tout traitement de données à caractère personnelles.

¹⁶⁴ Exemple cité dans : C. Féral-Schuhl, Cyberdroit, Dalloz, 4^{ème} édition, Collection Praxis Dalloz, 2006, p45

Le principe de loyauté implique tout d'abord, par l'article 6 de la loi de 1978 que les traitements des données à caractère personnel doivent être effectués pour une finalité déterminée, explicite et légitime. Ainsi, la Cnil a pu constater des manquements dans l'utilisation des fichiers de la Banque de France. Elle a donc fait savoir que ces fichiers ne devaient pas être détournés de leur finalité, en particulier pour constituer des listes noires de mauvais payeurs¹⁶⁵.

Ce principe induit également une règle de proportionnalité des traitements au regard des finalités recherchées. Par conséquent, la collecte des données doit être loyale et adéquate au regard des finalités. Les données, quant à elle, doivent être adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités. Il découle de cette règle un principe de sectorisation. Aussi, il a été considéré que la mise en œuvre et l'accès à partir d'un site internet, d'un fichier recensant des locataires mauvais payeurs devaient être limités au secteur des professionnels de l'immobilier. Une trop large diffusion constituerait une atteinte disproportionnée à la vie privée en raison du risque de détournement de finalité¹⁶⁶.

L'article 34 de la loi informatique et libertés impose une obligation de sécurité renforcée. En effet, le responsable de traitement doit mettre en œuvre les mesures techniques et d'organisation appropriées pour protéger efficacement les données contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte accidentelle, l'altération, la diffusion ou l'accès non autorisés, notamment quand les traitements comportent des transmissions de données dans un réseau, ainsi que contre toute forme de traitement illicite. Les dispositions prises à cette fin doivent être décrites dans la déclaration de traitement à la Cnil.

L'article 7 de la loi précitée impose quant à lui le consentement de la personne dont les données sont recueillies. A ce titre, l'article 32 I dispose que le responsable de traitement doit fournir à la personne une série d'informations : l'identité du responsable de traitement ou de son représentant, la finalité poursuivie, l'existence du droit d'accès, de contestation, de rectification et d'opposition, le caractère obligatoire ou facultatif des réponses et conséquences éventuelles d'un défaut de réponse, les destinataires des données, etc...

Cependant, l'obligation d'information se trouvera allégée si les données recueillies sont appelées à faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation¹⁶⁷. Par ailleurs, l'article 7 énonce une liste d'exception pour lesquelles le consentement n'est pas nécessaire en raison du respect d'une obligation légale du responsable de traitement, de la sauvegarde de la vie de la personne concernée, de l'exécution d'une mission de service public dont est averti le responsable ou le destinataire ou le responsable de traitement, etc...

Le responsable de traitement est obligé d'accomplir certaines formalités. En principe, il devra effectuer une déclaration à la Cnil. Cependant, l'explosion du nombre de « blogs » alimentés en photographies personnelles par leurs auteurs a posé problème. En effet, cette collecte d'information

¹⁶⁵ Cnil, avertissement, 21 avril 2005, <http://www.cnil.fr/dossiers/argent/actualites/browse/5/article/241/bloc-notes-ficp-fcc-plusieurs-banques-sont-rappelees-a-lordre-par-la-cnil/>

¹⁶⁶ CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect. réunies, 28 juillet 2004, n°262851, Lamy Droit de l'informatique et des Réseaux 2004, 559

¹⁶⁷ Article 8 III de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés

constitue un traitement de données à caractère personnel. Mais, la Cnil, par une délibération du 22 novembre 2005, a décidé que les « blogs » mis en œuvre par des particuliers dans le cadre d'une activité exclusivement personnelle seraient dispensés de déclaration¹⁶⁸. En outre, l'article 24 dispose que la déclaration pourra être simplifiée pour les traitements relevant des catégories les plus courantes et dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés. Il faut noter que la désignation d'un Correspondant informatique et libertés (CIL) dispense le responsable de traitement de déclaration.

Remarquons en outre que certains traitements doivent être autorisés par la Cnil. L'article 25 dresse huit catégories devant être autorisées, qui sont susceptibles de comprendre des images de personnes. Ce sera le cas par exemple des données génétiques, des données dites « sensible » visées à l'article 8 II 7° (opinions politiques, philosophiques...), etc...

Cette série de droits pour les personnes fichées et d'obligations pour les responsables de traitement donnent un cadre permettant le respect de la vie privée. Cependant, il faut également envisager l'action de la Cnil qui est la véritable gardienne de ce cadre (D).

D/ Les pouvoirs de la Cnil

94. La Cnil est investie de deux prérogatives : un pouvoir de contrôle (1°) et un pouvoir de sanction (2°).

1° Le pouvoir de contrôle

95. L'article 44 de la loi informatique et libertés donne des pouvoirs étendus de contrôle à la Cnil. En effet, elle peut procéder de sa propre initiative à la vérification des fichiers, au besoin par des contrôles (entre 6h et 21h) dans tous les locaux professionnels servant à l'exploitation des fichiers et aux matériels qu'il contient. Elle peut également demander communication de tous les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission quel qu'en soit le support et peut en prendre copie. Il lui est aussi possible d'avoir l'assistance d'un expert, et en cas d'opposition du responsable, une autorisation du président du TGI.

Ainsi, en 2008, 218 missions de contrôle ont été réalisées, soit une augmentation de 33% par rapport à l'année précédente¹⁶⁹.

La Cnil a également des pouvoirs de sanction dont il faut s'entretenir (2°).

2° Les pouvoirs de sanction de la Cnil

96. Les attributions de la Cnil en matière de sanctions figurent aux articles 45 à 49 de la loi

¹⁶⁸ Cnil, 22 novembre 2005, délibération n°2005-284, Lamy Droit de l'informatique et des Réseaux 2009, 565

¹⁶⁹ 29^{ème} rapport d'activité de la Cnil, 2008, p46

informatique et libertés dans un chapitre VII intitulé « Sanctions prononcées par la Cnil ».

Elle peut tout d'abord prononcer des avertissements à l'encontre des responsables de traitements qui ne respectent pas les prescriptions de la loi précitée. En 2008, la Cnil n'en a prononcé que 2¹⁷⁰. Elle peut également mettre en demeure le responsable de traitement de « faire cesser le manquement constaté dans le délai qu'elle fixe »¹⁷¹. Cette mesure est largement sollicitée puisqu'en 2008 la Cnil a adressé 126 mises en demeure¹⁷². Par la suite, si le responsable ne s'est pas mis en conformité, elle peut prononcer, après une procédure contradictoire, une injonction de faire cesser le traitement, si le traitement était simplement sujet à déclaration, ou procéder au retrait de l'autorisation, si le traitement était soumis à autorisation.

Surtout, la Cnil peut prononcer des sanctions pécuniaires, après procédure contradictoire, en cas de non respect de la mise en demeure. Le montant de ces sanctions peut aller jusqu'à 150000 euros. En cas de réitération du manquement, ce montant peut être porté à un maximum de 300000 euros, sans pouvoir excéder, toutefois, 5% du chiffre d'affaire hors taxe s'il s'agit d'une entreprise. Cependant, les juridictions pénales peuvent également être saisies car les manquements peuvent aussi constituer des délits¹⁷³. Se pose alors le problème du cumul des sanctions pour un même comportement, qui, selon la règle « non bis in idem », est interdit. Bien que la double saisine puisse constituer une entorse à la règle, le Conseil constitutionnel a admis la possibilité de la double sanction, sous réserve que le montant global n'excède pas celui de la sanction encourue la plus élevée¹⁷⁴. De plus, la loi dispose, afin d'écartier toute contestation possible que « lorsque la Commission nationale de l'informatique et des libertés a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce¹⁷⁵ »¹⁷⁶.

Il faut ainsi observer que le droit pénal prévoit un certain nombre de sanctions (§2).

§2/La protection des données personnelles imagées par le droit pénal

97. Tout d'abord il faut noter que les droits et obligations précités de la loi informatique et libertés sont assortis de sanctions pénales. L'article 226-18 sanctionne de cinq ans d'emprisonnement et 300000 euros d'amende la collecte de données personnelles effectuée de manière déloyale. L'article 226-18-1, quant à lui, sanctionne des mêmes peines la méconnaissance du droit d'opposition. L'article 226-17 réprime le non respect de l'obligation de sécurité renforcée que nous avons vu précédemment. Le défaut d'accomplissement des formalités préalables à tout traitement de données personnelles est sanctionné par l'article 226-16 des mêmes peines.

¹⁷⁰ Ibid, p48

¹⁷¹ Article 45 I de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978

¹⁷² 29^{ème} rapport d'activité de la Cnil, 2008, p48

¹⁷³ Infra « §2/La protection des données personnelles par la sanction pénale »

¹⁷⁴ Cons. constit., 28 juillet 1989, 89-260 DC et 30 décembre 1997, 97-395 DC citées par le Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, p. 331.

¹⁷⁵ Article 47 alinéa 3 de la loi informatique et libertés

¹⁷⁶ F. Mattatia, Cnil et tribunaux : concurrence ou complémentarité dans la répression des infractions à la loi informatique et libertés ?, Rev. Sc. Crim. 2009, p317

Ensuite, l'image et la vie privée sont protégées de manière générale par le droit pénal par le truchement de l'article 226-2 du Code pénal réprimant l'exploitation de l'image captée illégalement au regard de l'article 226-1 du Code pénal. Nous avons vu que l'infraction de l'article 226-2 comportait certaines lacunes du fait qu'il s'agissait d'une infraction de conséquence. En effet, pour constituer le délit, l'image doit obligatoirement être illicite au regard des conditions de l'article 226-1, notamment concernant l'absence de consentement. Ainsi, nous avons vu qu'une décision de la Cour d'appel d'Amiens n'avait pas tenu compte du fait qu'il s'agissait d'une infraction de conséquence, puisqu'elle avait condamné une personne qui avait pris des photographies intimes de sa compagne, avec son consentement, puis, pour se venger après leur rupture, les avait publiées sur un site internet¹⁷⁷. La décision, dont on comprend qu'elle puisse être louable dans son intention, n'en demeure pas moins contraire à la lettre de la loi pénale, loi qui est d'interprétation stricte. Cependant, un autre fondement aurait pu être invoqué : la protection des données personnelles.

Ainsi, le droit pénal prend en compte les spécificités des divulgations de données personnelles lorsqu'il s'agit d'images de personnes sur l'internet. En effet, l'article 226-19 punit de 5 ans d'emprisonnement et 300000 euros d'amende la mise ou la conservation en mémoire informatisée, sans l'accord de l'intéressé, de données personnelles faisant apparaître notamment ses opinions politiques, philosophiques, etc... Concrètement, la mise en mémoire consiste par exemple en la numérisation puis la publication par un jeune homme, sur un site internet, d'images pornographiques représentant son ancienne compagne accompagnées de commentaires relatifs aux mœurs de celle-ci¹⁷⁸. Quant à la conservation en mémoire, ce sera le fait de garder les données mise en mémoire sur un support informatique (clés usb, cd-rom, disque dur, etc...). Il s'agit d'un délit continu à l'égard duquel la prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à compter de la cessation des agissements¹⁷⁹. Ce texte semble beaucoup mieux adapté à la protection de l'image des personnes et de leur vie privée sur internet.

Il n'en demeure pas moins que le droit pénal reste rarement invoqué lorsqu'il y a atteinte à l'image des personnes et à leur vie privée. Le droit civil reste largement favorisé, pour les mêmes raisons que nous avons vues précédemment¹⁸⁰, et dont il convient de montrer quelques exemples pour s'en convaincre (§3).

§3/La priorité de la voie civile pour sanctionner les atteintes à la vie privée

98. Internet constitue certes un réservoir d'images quasiment inépuisable. Mais il ne constitue certainement pas un vivier dans lequel chacun pourrait puiser des images pour ensuite les publier. Il a donc été nécessaire pour les juges de rappeler que le fait que certaines photographies se trouvent sur des sites internet ne permet pas pour autant de s'en servir pour les reproduire librement. L'origine des clichés ne rend en rien licite leur reproduction sur un autre support¹⁸¹, en l'absence d'information

¹⁷⁷ CA Amiens, 15 avril 2009, JurisData n°2009-004306, cité supra « 2° la protection par une infraction de conséquence »

¹⁷⁸ T. corr., Privas, 3 septembre 1997, PA 11 novembre 1998, p19, note J. Frayssinet

¹⁷⁹ Crim, 4 mars 1997, Bull. crim n°83

¹⁸⁰ Supra « §2/L'efficacité du droit civil »

¹⁸¹ TGI Paris, 12 septembre 2000, JCP Entreprises 2002, p75, obs. C. Vivant

légitime du public. Il faut également une autorisation pour publier des images sur internet, c'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de Paris concernant la diffusion de photographies la représentant dénudée sur internet¹⁸². Cette affaire avait fait grand bruit car elle envisageait la responsabilité de l'hébergeur, prestataire technique. Il faut noter que l'atteinte au droit à l'image et à la vie privée a pu valablement être invoquée par une personne qui n'était pas une célébrité. En l'espèce, la demanderesse, ex-commise de bar, avait constaté que son ancien employeur continuait de diffuser des photographies la représentant pour le site internet de l'établissement¹⁸³.

Il faut aussi se pencher sur la mise en ligne de photographies déjà publiées. Bien souvent, les journaux diffusent sur leur site internet une sélection d'articles. Il convient donc de se demander si une telle démarche constitue une nouvelle publication. Dans la positive, il sera donc nécessaire d'apprécier à nouveau la licéité de l'image, comme c'est le cas pour une diffusion sur support papier. Il en a été décidé ainsi, puisque le TGI de Nanterre a précisé que la mise en ligne de numéros actuels ou anciens d'un hebdomadaire édité sur support papier constituait une nouvelle publication¹⁸⁴.

99. Ainsi, la souplesse du droit civil, par l'article 9 du Code civil, démontre qu'il est très bien adapté pour parer aux atteintes à la vie privée et à l'image sur internet, ce qui explique qu'il y soit recouru fréquemment. Cependant, le droit pénal comporte des dispositions tout aussi efficaces dans les dispositions de l'article 226-19 du Code pénal réprimant la conservation de données personnelles. Il est intéressant de noter que les articles 226-1 et 226-2 du Code pénal semblent moins bien adaptés au vecteur qu'est internet. En tout état de cause, force est de constater que le recours au droit pénal reste désavantageux, non seulement car les victimes ne sont généralement intéressées que par l'indemnisation de leur préjudice, mais aussi car l'internet est un moyen de communication extrêmement rapide. Or, nous l'avons vu précédemment, le droit pénal est loin d'être l'instrument le plus prompt à sanctionner des atteintes.

100. Plus généralement, l'on se rend compte que le droit pénal reste peu sollicité, car d'une efficacité relative en matière de presse et lorsque l'atteinte se fait par le biais d'internet.

101. En revanche, nous avons pu observer que le droit pénal se montre beaucoup plus performant pour sanctionner les atteintes accomplies par le truchement de la vidéosurveillance¹⁸⁵. Ce constat paraît finalement évident. En effet, nous avons dit précédemment qu'un des plus importants inconvénients du droit pénal était sa lenteur à sanctionner. Or, la presse, sur internet ou sur papier, mais également internet en général constituent de très puissants vecteurs de transmission et de propagation de l'information. La priorité doit donc être donnée à la brièveté de la procédure. Quant à la vidéosurveillance, elle s'inscrit dans une toute autre dimension, elle n'a pas vocation à être un moyen de diffusion. C'est pourquoi la rapidité de la sanction n'est pas en la matière un enjeu aussi crucial que pour la presse ou l'internet.

102. Ainsi, il convient d'observer une certaine circonspection quant à l'usage du droit pénal

¹⁸² CA Paris, 10 février 1999, RTD com. 1999, p396, note A. Françon

¹⁸³ CA Lyon, 27 janvier 2005, cité par V. Fauchoux, P. Duprez, JM Bruguière, Le droit de l'internet, loi, contrats et usages, Litec, 2009, n°305, p213

¹⁸⁴ TGI Nanterre, 12 juillet 2000, JCP Entreprises 2002, p75, obs. C. Vivant

¹⁸⁵ Hormis en matière de droit du travail où est à l'œuvre le Conseil de Prud'homme ou encore la Cnil, le droit pénal n'étant pas sollicité directement.

pour sanctionner les atteintes à la vie privée par l'image, le droit civil étant largement plus efficace.
Qu'en est-il de l'atteinte à la dignité de la personne humaine par l'image ? (Titre II)

Titre II : Les atteintes à la dignité de la personne humaine

103. La notion de dignité a récemment pénétré nombre de domaines du droit en commençant par les lois bioéthique de 1994. Comment est-elle parvenue jusqu'à la législation sur l'image ? La réponse à cette question doit nécessairement commencer par l'étude de la notion même de dignité humaine (chapitre I). Ce n'est que par la suite qu'il nous sera possible d'étudier le processus de pénétration de la notion par les manifestations de l'atteinte à la dignité par l'image (chapitre II).

Chapitre I : La protection de la dignité de la personne humaine

104. Avant d'entamer la consécration de la dignité en ce qui concerne l'image des personnes, il convient de s'intéresser à la notion de dignité prise isolément. En effet, eu égard à la complexité de cette notion, l'identification de ses sources (section 1) et l'étude de sa signification (section 2) apparaissent comme un préalable nécessaire.

Section 1 : Les sources de la protection de la dignité de la personne humaine

105. La consécration juridique du principe de dignité de la personne humaine n'a fait son apparition en droit français que tardivement (§2). En effet, « Qu'il s'agisse de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui consacre des droits naturels « inaliénables et sacrés de l'Homme » (Préambule), du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui consacre des droits-créances, ou de la Constitution du 4 octobre 1958 qui énumère des droits politiques et civiques, aucun de ces décalogues ne mentionne expressément, donc ne consacre, la notion de dignité. »¹⁸⁶. C'est donc le droit international et le droit européen qui s'y attelleront les premiers (§1).

§1/Les sources internationales

106. C'est au lendemain de la seconde guerre mondiale que le concept de dignité se voit reconnaître une dimension juridique. En effet, les barbaries du régime nazi consistant en une véritable négation du genre humain, impliquaient une réponse appropriée sur le plan juridique. Ainsi, a été érigée l'infraction suprême et imprescriptible de crime contre l'humanité¹⁸⁷, lors de la création des tribunaux internationaux de Nuremberg et de Tokyo. A travers cette infraction, c'est bien la dignité de la personne humaine que l'on a voulu protéger.

Par la suite, le 10 décembre 1948, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies (ONU) adopte et proclame la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH). Celle-ci fait expressément mention du principe de dignité de la personne humaine dès le premier alinéa de son préambule¹⁸⁸. Puis l'article premier réaffirme ce principe en postulant que « Tous les êtres humains

¹⁸⁶ P. Fraisseix, La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaine : de l'incantation à la « judiciarisation », RRJ 1999, IV, 1133, spec. 1141

¹⁸⁷ Charte des Nations-Unies du 26 juin 1945, Accord de Londres du 8 août 1945

¹⁸⁸ « Considérant que la reconnaissance de la *dignité* inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits

naissent libres et égaux en *dignité* et en droit ». Ce principe transcende nombre d'articles de la DUDH¹⁸⁹. Cependant, ce texte n'a qu'une portée déclarative, et ne crée donc pas d'obligations juridiques. Aussi, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale de l'ONU le 16 décembre 1966, affirme-t-il en son article 10 alinéa 1 que « Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect dû à la *dignité* inhérente à la personne humaine ». Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté le même jour par la même Assemblée reprendra également en son préambule l'idée de « *dignité* inhérente à la personne humaine ». Cette consécration est d'une force plus importante que pour la DUDH, puisque ces pactes sont invocables directement par les juridictions des Etats signataires.

Il faut également souligner que d'autres textes, de portée plus spécifique, consacrent le droit à la dignité. C'est par exemple le cas de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹⁹⁰ ou encore de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant¹⁹¹.

107. Au plan européen, il est intéressant de noter que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, dont la ratification a été rejetée par référendum en France en 2005, fait mention dès son article I-2 du « respect de la *dignité* humaine », et qu'un titre entier de la seconde partie du traité est intitulé « Dignité »¹⁹². Cet ajout aux normes européennes aurait été bienvenu puisque la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'en fait nullement mention. Cependant, bien que la Convention ne cite pas expressément la dignité, son article 2, au paragraphe 1, proclame le « droit de toute personne à la vie », et l'article 3 interdit la « torture » et les « peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Mais c'est la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui consacrera véritablement le droit à la dignité. Lors de deux arrêts de la CEDH du 22 novembre 1995, la Cour de Strasbourg postule que la dignité, comme la liberté, est un des fondements de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹³. Il faut également citer la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne qui dispose dans son préambule que « consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'Etat de droit ». Son Chapitre I est d'ailleurs dédié à la dignité. Le Traité de Lisbonne, en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2009, donne une force contraignante à la Charte, ce qui lui faisait défaut auparavant. Remarquons également que le libellé du Traité reprend l'article I-2 de la Constitution pour l'Europe.

Ainsi, la dignité de la personne humaine a pu être saisie très tôt par le droit international. Le droit européen a également suivi ce processus, quoique plus tardivement. Quant au droit interne, ce

égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. »

¹⁸⁹ L'article 3 proclame le droit à la vie, l'article 4 interdit l'esclavage, l'article 5 prohibe la torture et les peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants.

¹⁹⁰ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, préambule, alinéa 1^{er}

¹⁹¹ Convention internationale relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989, préambule, alinéa 1^{er}

¹⁹² Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Partie II, Titre I

¹⁹³ CEDH, 22 novembre 1995, C.R. c/ Royaume-Uni requête n°20190/92 et S.W. c/ Royaume-Uni, requête n°2016 6/92, AJDA juin 1996, p445

n'est que très récemment qu'il a pris en compte ce principe (§2).

§2/Les sources nationales

108. Le principe de dignité de la personne humaine, en droit interne, n'est pas consacré, du moins directement, par les textes constitutionnels. C'est donc le Conseil constitutionnel qui s'en est chargé (A). En revanche, la loi (B), comme la jurisprudence administrative et judiciaire (C) s'y sont attachées.

A/Les sources constitutionnelles

109. Bien que les textes constitutionnels n'y fassent pas expressément référence, certains sont d'avis que la Déclaration de 1789, lorsqu'elle proclame les « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme », renvoie à la notion de dignité¹⁹⁴. Cependant, nous nous rangerons du côté de l'avis de M. Fraisseix qui affirme que c'est précisément ce défaut de mention qui prive la dignité de toute consécration par un texte constitutionnel¹⁹⁵. Paradoxalement, le projet de Constitution du régime de Vichy, signé par le maréchal Pétain le 30 janvier 1944 mais jamais promulgué, en fait mention dès son article premier. En outre, le « Comité Vedel » avait proposé d'insérer cette notion dans un article 66 de la Constitution, mais cela n'a jamais vu le jour¹⁹⁶. Par la suite, le comité présidé par Mme Simone Veil a préconisé, dans son rapport remis au président de la République le 17 décembre 2008¹⁹⁷, d'insérer dans l'article 1^{er} de la Constitution le principe de dignité¹⁹⁸. A l'heure actuelle, la Constitution ne comporte toujours pas de référence explicite à la dignité humaine.

110. C'est donc le Conseil constitutionnel, dans le cadre des fameuses « lois bioéthiques », en 1994, qui a confirmé que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle »¹⁹⁹. Par la suite, le Conseil en est venu à réaffirmer l'importance de ce principe dans d'autres domaines comme la lutte contre les exclusions²⁰⁰ ou encore au sujet de la définition de l'infraction pénale d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en matière de lutte contre le terrorisme²⁰¹.

Ainsi, l'on s'aperçoit effectivement que la dignité humaine est reconnue comme un principe dont l'importance n'est plus à démontrer. En revanche, cette constitutionnalisation ne procède pas directement des textes mais de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

¹⁹⁴ V. Saint-James, Réflexion sur la dignité de l'être humaine en tant que concept juridique de droit français, D. 1997, p61

¹⁹⁵ P. Fraisseix, La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaine : de l'incantation à la « judiciarisation », RRJ 1999, IV, 1133, spec. 1141

¹⁹⁶ Proposition pour une révision de la Constitution, 15 février 1993, Rapport remis au Président de la République, Comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le doyen G. Vedel, Coll. Des rapports officiels, La documentation française, p75, n°32

¹⁹⁷ Redécouvrir le préambule de la Constitution, Rapport au président de la République, au nom du comité présidé par Mme Simone Veil, Paris, La Documentation Française, 2009

¹⁹⁸ V. à ce propos : J-P. Feldman, Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution et la philosophie des droits de l'homme, D. 2009, p1036

¹⁹⁹ Cons. constit., 27 juillet 1994, n°94-343-344 DC, J.O. du 29 juillet 1994, p11024

²⁰⁰ Cons. constit., 29 juillet 1998, n°98-403 DC, J.O. du 31 juillet 1998, p11710

²⁰¹ Cons. constit., 16 juillet 1996, n°96-377 DC, J.O. du 23 juillet 1996, p11108

La loi confère également au principe de dignité un statut privilégié (B).

B/La loi

111. Antérieurement à la consécration faite par le Conseil constitutionnel, la loi du 30 septembre 1986, révisée en 1989, relative à la liberté de communication se référait déjà à la dignité humaine. Son article premier prévoit que « La liberté de communication audiovisuelle est libre. L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise [...] par le respect de la dignité de la personne humaine »²⁰².

112. Mais c'est surtout après la décision du Conseil constitutionnel de 1994 que la dignité fait une véritable percée dans la législation française. On peut ainsi citer les dispositions du nouveau Code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 (quelques mois avant la décision du Conseil constitutionnel), qui dédit un chapitre entier à la répression des atteintes à la dignité de la personne²⁰³. Il y a également les lois sur la bioéthique du 29 juillet 1994, validées par le Conseil constitutionnel lors de la fameuse décision du 27 juillet 1994, qui ont inséré un article 16 dans le Code civil prohibant « toute atteinte à la dignité de celle-ci (la personne) et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». De même, le Code de la santé publique évoque la dignité du malade (article L1110-2) ou du mourant (L1110-5). L'article L115-1 alinéa 1 du Code l'action sociale et des familles dispose que « la lutte contre la pauvreté et les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la nation ». Cette irrigation du principe de dignité dans les branches du droit s'est poursuivie puisque la loi du 28 juillet 1981 relative à la liberté de la presse comporte, depuis la loi du 15 juin 2000 un article 35 quater, disposant que « La diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière, est punie de 15 000 euros d'amende ».

Ainsi, la notion de dignité de la personne humaine s'est dispersée peu à peu dans presque tous les domaines du droit. Mais il faut également tenir compte de la jurisprudence administrative et judiciaire dont les apports sont nombreux (C).

C/La jurisprudence administrative et judiciaire

113. Tout d'abord il faut traiter de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a bouleversé son interprétation de l'ordre public en y intégrant la sauvegarde de la dignité de la personne humaine aux côtés de la sécurité, de la salubrité et de la tranquillité. Il s'agit bien entendu des célèbres arrêts du 27 octobre 1995, Ville de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence²⁰⁴. Il a été décidé que l'interdiction du « spectacle de lancer de nain » était justifiée, même en l'absence de circonstances locales

²⁰² Loi n°86-1067, J.O. du 1^{er} octobre 1986 p11755, révisée par la loi n°89-25 du 17 janvier 1989, J.O. 18 janvier 1989, p728

²⁰³ Code pénal, Livre II, Chapitre V, Articles 225-1 à 225-24

²⁰⁴ CE Ass, 27 octobre 1995, Ville d'Aix-en-Provence, et du même jour Commune de Morsang-sur-Orge, Rec. p372

particulières, dès lors cette activité portait atteinte à la dignité de la personne humaine. Le recours à cette notion reste tout de même limité et exceptionnel²⁰⁵, même s'il y est parfois fait appel²⁰⁶.

La jurisprudence judiciaire se sert également de la notion de dignité humaine. Par exemple, pour des conditions indignes de rétribution²⁰⁷, en matière de protection des mineurs²⁰⁸ ou lors de la publication de photographies portant atteinte à la dignité²⁰⁹.

Ainsi, nous avons pu observer que la dignité de la personne humaine comporte tant des sources internationales qu'internes. Il nous appartient désormais de dessiner les contours de cette notion (section 2).

Section 2 : La notion de dignité de la personne humaine

114. Ici, nous n'aurons pas la prétention de définir précisément la notion de dignité de la personne, mais plutôt d'en montrer les principales orientations tant ce concept peut être considéré comme « flou » (§1). Aussi, nous nous attacherons à montrer les liens que cette notion entretient avec la vie privée (§2) et la liberté de création (§3).

§1/Un concept aux contours vagues

115. Nous l'avons vu précédemment, la notion de dignité de la personne humaine a progressivement innervé nombre de branches du droit, si bien qu'il nous a été permis d'en définir certaines composantes. Mais cela ne nous permet pas d'appréhender fondamentalement le contenu de la notion. Par conséquent, il n'est pas étonnant qu'elle ait pu être qualifiée de « concept mou »²¹⁰. Mais cette impossibilité pour le droit de définir la dignité humaine s'explique par le fait qu'il faille définir ce qui fait l'humanité d'un être humain. Or le droit hésite à définir de tels concepts²¹¹.

116. Il est donc nécessaire de se pencher sur les origines philosophiques de la dignité. Dès le XIII^{ème} siècle, Saint Thomas parlait de la dignité humaine. Pour lui, celle-ci est à rechercher dans la loi de la nature humaine, qui se trouve incluse dans un ensemble plus vaste et suprême, la loi éternelle. Ainsi, l'homme trouve sa dignité dans le respect, à travers son existence et ses actions, de l'ordre de Dieu. « L'homme participe à une organisation divine de l'univers où chaque être vivant est à une place déterminée et finalisée »²¹². Par la suite, Emmanuel Kant va insister sur l'acception humaniste de la dignité : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne

²⁰⁵ M. Canedo-Paris, La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé, RFDA 2008, p979

²⁰⁶ V. les exemples cités Ibid

²⁰⁷ CA Bordeaux, 7 janvier 1997, JCP, 3 décembre 1997, IV, n°2420, p384

²⁰⁸ Cass. crim, 5 avril 1995, Bull. crim. 1995, n°150, p420

²⁰⁹ Infra « Section 1 : La diffusion par la presse d'images portant explicitement atteinte à la dignité de la personne humaine »

²¹⁰ M-A. Hermitte, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, D. 1997, p185

²¹¹ B. Jorion, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, RDP, I, p217

²¹² H. Moutouh, Dignité de l'homme en droit, RDP, I, 1999, p161

que dans la personne de tout autre [...] comme une fin et jamais simplement comme un moyen »²¹³.

Il faut également souligner un point important de divergence entre Kant et Jean Pic de la Mirandole. Pour le premier, l'homme n'est libre qu'à condition de respecter sa propre dignité. Il n'est donc pas libre d'y porter atteinte²¹⁴. A l'inverse, pour Pic de la Mirandole, c'est dans la liberté que l'homme tient sa dignité. C'est donc à lui de définir ce qu'est sa dignité²¹⁵. L'on retrouve ce conflit de conception de la notion de dignité dans la jurisprudence. En effet, dans la jurisprudence du « lancer de nain », le Conseil d'Etat dispose que la dignité est un principe qui permet de protéger la personne contre elle-même, et ce, même si elle consent à l'atteinte à sa propre dignité²¹⁶. C'est la vision kantienne de la dignité que l'on retrouve. En revanche, la CEDH a affirmé qu'en matière de pratiques sexuelles sadoomasochistes, c'est le consentement de la personne qui trace la frontière entre le permis et l'interdit, la personne est libre de consentir à une atteinte à sa dignité²¹⁷. Il s'agit d'une résurgence de la conception de Pic de la Mirandole.

Dès lors, l'on peut clairement affirmer que la notion de dignité de la personne humaine est d'interprétation difficile. En effet, tant les philosophes que la jurisprudence sont hésitants. C'est ainsi que le législateur et la jurisprudence ont pu faire appel à ce concept afin de protéger la personne humaine, sans toutefois en donner une définition. Cependant, ce flou, en dépit de l'insécurité juridique corrélative et certaine, n'est-il pas souhaitable ? En effet, juger de la dignité d'un comportement ou d'une personne conduit indubitablement au jugement moral. Or, peut-on concevoir la moralité comme étant uniforme ? Il est indéniable que de telles conceptions sont propres à chacun et différentes d'époques en époques.

Il résulte de ce qui précède que pour avoir une idée de la notion de dignité, celle-ci doit être confrontée à d'autres droits et libertés. Aussi allons-nous étudier les rapports qu'elle entretient avec le droit au respect de la vie privée (§2) et la liberté de création (§3).

§2/Dignité et vie privée

117. Reprenant les propos de Edward J. Bloustein²¹⁸, Mme L. Yagil affirme que l'atteinte à la vie privée serait une atteinte à la dignité²¹⁹. Cette conception est d'autant plus convaincante que nombre d'auteurs considèrent que la dignité est « à l'origine des droits qui sont reconnus à l'homme, elle est le principe matriciel par excellence »²²⁰. Au titre de ces droits reconnus à l'homme figure le droit à la vie privée²²¹. Une atteinte à la vie privée serait donc une atteinte à la dignité.

²¹³ E. Kant, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, Delagrave, 1952, p150-151, cité par H. Moutouh, *Ibid*, p160

²¹⁴ E. Kant, *Doctrine de la vertu*, cité par B. Jorion, *Ibid*, p218

²¹⁵ J. Pic de la Mirandole, *Discours sur la dignité humaine*, cité par B. Jorion, *Ibid*, p218

²¹⁶ CE Ass, 27 octobre 1995, Ville d'Aix-en-Provence, et du même jour Commune de Morsang-sur-Orge, Rec. p372

²¹⁷ CEDH, 17 février 2005, K.A. et A.D. contre Belgique, requêtes n° 42758/98 et 45558/99, disponible sur le site internet de la CEDH :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=6&portal=hbkm&action=html&highlight=belgique&sessionid=51631337&skin=hudoc-fr>

²¹⁸ Edward J. Bloustein, *Privacy as an aspect of human dignity : an answer to Dean Prosser*, dans F.D. Schoeman (éd.), *Philosophical Dimensions of Privacy : An Anthology*, Cambridge University Press, 2007, p156 s.

²¹⁹ L. Yagil, *Internet et le droits de la personne*, éd. du Cerf, 2006, p67

²²⁰ B. Mathieu, *La dignité de la personne : Quels droits ? Quels titulaires ?*, D. 1996, p282 ; V. également M. Delmas-Marty, *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain*, Rev. Sc. Crim., 1994, p478 ; A l'inverse, d'autres contestent la supériorité de la dignité, en ce sens : M.L. Pavia, *Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental*, PA, mai 1994, p6

²²¹ V. *Supra* Introduction

Cependant, cela ne se vérifie pas en jurisprudence. En effet, il n'a jamais été jugé qu'une atteinte à la vie privée puisse constituer une atteinte à la dignité humaine. L'on retrouve alors toute la complexité du passage de la notion de dignité d'une dimension philosophique à une dimension juridique puisque le raisonnement selon lequel une atteinte à la vie privée serait une atteinte à la dignité se comprend aisément sur le plan philosophique, mais ne se retrouve pas sur le plan juridique. Toutefois, si, d'un point de vue strictement juridique, la dignité n'est pas ce principe d'où découleraient tous les droits, au nombre desquels on retrouve le droit au respect de la vie privée, il n'en demeure pas moins que la conception reprise par Mme L. Yagil (l'atteinte à la vie privée est une atteinte à la dignité) doit être comprise sous son acception philosophique pour être comprise dans toute sa portée. Bien évidemment, il en va de même pour les partisans de la thèse selon laquelle la dignité est un principe « matriciel ».

Cela nous permet d'observer les rapports entretenus par la dignité humaine et la liberté de création (§3).

§3/Dignité et liberté de création

118. La question qu'il convient de se poser en l'espèce est celle de savoir si une création artistique peut porter atteinte à la dignité du modèle. Certes, les images publiées par la presse doivent respecter le principe de dignité du sujet photographié, c'est la confrontation entre le droit à l'information légitime du public et la dignité²²². Mais la jurisprudence est beaucoup moins étoffée lorsqu'il s'agit de confronter la liberté de création à la dignité.

Tout d'abord, il faut souligner que le débat entre les deux matières, liberté de la presse et liberté de création ne sont pas si éloignés. A l'évidence, les deux principes découlent de la liberté d'expression. D'ailleurs, la CEDH a affirmé que « ceux qui interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique »²²³. Il paraissait donc logique de voir la liberté de création limitée par la dignité de la personne humaine.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris, en 2008, a été amenée à se prononcer. Les faits étaient les suivants : le photographe François-Marie Banier avait publié un recueil de photographies intitulé « Perdre la tête »²²⁴ dans lequel figuraient des anonymes ayant un aspect insolite. Les clichés avaient été pris sur le vif, sur la voie publique, et l'une des personnes représentées, sans son autorisation, se prévalait de la violation de son droit à l'image. La Cour rappelle que la liberté de création artistique, en tant qu'elle découle de la liberté d'expression, ne saurait être limitée par le droit à l'image. Mais surtout elle énonce la liberté de création doit primer *sous réserve de respecter la dignité*. Par la suite, elle constate que « le cliché litigieux ne présente aucun caractère dégradant et que, contrairement aux affirmations de l'appelante, sa photographie dans le recueil, qui ne comporte pas uniquement des images d'excentriques, de marginaux ou d'exclus, mais aussi de personnages célèbres, ne porte

²²² V. Infra « Section 1 : La diffusion par la presse d'images portant explicitement atteinte à la dignité de la personne humaine »

²²³ CEDH, 24 mai 1988, Muller c/ Suisse, cité par C. Bigot, La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image, D. 2009, p470

²²⁴ F.M. Banier, Perdre la tête, Martin d'Orgeval (éd.), Gallimart/Steidl, 2006

nullement atteinte à la dignité de l'appelante mais souligne la commune humanité des personnages »²²⁵.

119. Cependant, comme nous l'avons dit précédemment, apprécier la dignité revient à opérer un jugement de valeur. Or, souligne Mme A. Tricoire au sujet d'une décision similaire, concernant le même recueil de photographies, émise par le Tribunal de grande instance de Paris le 25 juin 2007, « on retrouve, dans l'appréciation de la dignité de la représentation artistique, une évaluation du mérite de l'œuvre, taboue en droit d'auteur (article L112-1 du Code de la propriété intellectuelle) »²²⁶.

Ainsi, sous réserve de la contradiction précédemment évoquée et qui nécessitera une acuité certaine de la part des magistrats, l'image émise par l'artiste doit respecter la dignité de la personne. Toutefois, ce conflit n'apparaît que de façon relativement marginale. Cependant, cela nous donne un aperçu de la nécessité pour ceux qui façonnent des images de respecter la dignité.

En outre, nous avons pu étudier l'étendue et l'importance de la notion de respect de la dignité. Désormais, il nous appartient d'étudier les manifestations de l'atteinte à la dignité par l'image (chapitre II).

Chapitre II : La manifestation de l'atteinte à la dignité de la personne humaine

120. Etant donné que nous avons observé la notion de dignité, il convient d'en étudier les applications concrètes. La tâche qui nous incombe est de savoir comment cette notion est parvenue à pénétrer la législation applicable aux images. Dans cette perspective, il est intéressant d'observer à quel point la presse est tenue par cette nécessité de respect de la dignité, ce qui a d'ailleurs été explicitement consacré par des textes (section 1). De plus, la dignité se trouve également implicitement consacrée par la loi réprimant le vidéolynchage (section 2).

Section 1 : La diffusion par la presse d'images portant explicitement atteinte à la dignité de la personne humaine

121. Dans l'étude qui va suivre, nous étudierons l'insertion de la notion de dignité au sein de la législation relative à l'image. Ce processus peut s'observer autant en droit pénal (§1) qu'en droit civil (§2). Ainsi, il nous sera possible de constater les différences et les similitudes relatives aux deux voies.

²²⁵ CA Paris, 5 novembre 2008, D. 2009, p470, obs. C. Bigot

²²⁶ A. Tricoire, Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image, D. 2008, p57

§1/L'émergence du principe en droit pénal

122. L'insertion de la notion de dignité en droit pénal, en ce qui concerne la publication d'images, est récente (A). De plus, cette consécration comporte certaines ambivalences qu'il convient d'éclaircir (B).

A/La consécration législative

123. L'article 35 quater de la loi de 1881 punit de 15000 euros d'amende « la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la *dignité* d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière ». Mais il n'en a pas toujours été ainsi, puisque c'est la loi du 15 juin 2000 qui a ajouté cette disposition, à la suite d'un débat jurisprudentiel.

124. En effet, auparavant, l'article 38 alinéa 3 de la loi de 1881 sanctionnait « la publication, par tous moyens de photographies, gravures, dessins, portraits ayant pour objet la reproduction de tout ou partie des circonstances d'un des crimes et délits prévus par les chapitres I, II, VII du livre II du Code pénal ». Une affaire est venue semer le trouble sur l'interprétation de cet article. En l'espèce, le ministère public avait engagé des poursuites contre les directeurs de publication de magazines et agences de presse pour avoir diffusé des clichés représentant des victimes de l'attentat terroriste du RER Saint-Michel le 25 juillet 1995. Les victimes étaient en état de choc, blessées ou partiellement dénudées. Mais les prévenus ont fait valoir que l'excessive généralité de l'article précité ne s'accommodait guère avec les articles 6§3 (droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation), 7 (principe de légalité des infractions) et 10 (liberté d'expression) de la Convention européenne des droits de l'homme. Les juges de première instance²²⁷, de même que ceux d'appel²²⁸, ont affirmé que la Convention européenne des droits de l'homme était incompatible avec la loi et que l'impératif de prévisibilité de la loi n'était pas rempli. Le point de friction se trouvait dans l'emploi par l'article 38 alinéa 3 du terme « circonstances » qui était trop général. Le ministère public forme alors un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Le 20 février 2001, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel et rejette le pourvoi²²⁹.

Mais entre temps, la loi du 15 juin 2000 était intervenue pour remplacer l'article 38 alinéa 3 par l'article 35 quater, écartant tout risque de « causer à l'autorité de la loi un tort même léger »²³⁰.

Les décisions sur le fondement de cet article sont extrêmement rares, ce qui rend l'étude des conditions de cette infraction difficile. Néanmoins, outre la nécessité d'une atteinte à la dignité, il a été jugé, dans la tristement célèbre affaire du « gang des barbares », que la victime devait être vivante au moment de la constitution du délit. En l'espèce, le cliché litigieux représentait Ilan Halimi aux mains de ses ravisseurs, le visage recouvert d'un adhésif, les poignets entravés, une arme sur la tempe.

²²⁷ TGI Paris, 10 septembre 1996, D. 1998, p82, obs. Derieux

²²⁸ CA Paris, 18 septembre 1997, Gaz. Pal., 1997, 2, p697

²²⁹ Cass. crim., 20 février 2001, Dr. Pén juillet 2001, p14, note M. Véron

²³⁰ P. Wachsmann, La Chambre criminelle, la Convention européenne des droits de l'homme et la loi sur la presse, D. 2001, p3001

L'article 48 8° de la loi de 1881 dispose que le Ministère public²³¹ ne pourra engager des poursuites que sur plainte de la victime. En outre, l'article 35 quater exige que la reproduction portant gravement atteinte à la dignité ait été réalisée sans l'accord de la victime. La publication ayant été réalisée plus de trois ans après le décès de l'intéressé, l'accord ou le désaccord n'a pu avoir lieu²³². Les membres de la famille de la victime ne pouvaient donc se porter partie civile car ne pouvaient être victimes directes de cette infraction.

Mais cette consécration du respect de la dignité des personnes représentées n'en est pas pour autant exempte d'ambiguïtés (B).

B/Les ambiguïtés relatives à la consécration

125. Nous avons évoqué précédemment le fait que l'emploi du terme « circonstances » avait été critiqué. Or, le nouvel article 35 quater utilise à nouveau ce terme, l'une des seules différences étant l'insertion de la notion de dignité. Il en résulte que l'on peut légitimement se demander si l'impératif de prévisibilité de la loi est enfin rempli.

Cette question est d'autant plus importante que, comme nous l'avons vu précédemment, la notion de dignité est largement empreinte d'incertitudes. D'autant que l'article 35 quater ne réprime que les reproductions portant « gravement atteinte à la dignité ». Doit-on en conclure que les atteintes simples à la dignité ne seront pas sanctionnées ? La délimitation entre les atteintes simples et graves ne semble pas aisée. La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur ce sujet.

Même s'il est vrai que la loi pénale est d'interprétation stricte, la CEDH décide constamment qu'une loi conférant un pouvoir d'appréciation ne se heurte pas à l'exigence de qualité de la loi, à condition que « l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir se trouvent définies avec une netteté suffisante eu égard au but légitime en jeu pour fournir une protection adéquate contre l'arbitraire »²³³. Cependant, la Cour reconnaît que le recours à des formules vagues est inévitable, voire préférable, pour que soient rendues possibles des évolutions jurisprudentielles²³⁴. Il en résulte que le recours à la notion de dignité pour limiter la liberté d'expression, en droit pénal, ne devrait guère poser de problèmes²³⁵.

Reste qu'il demeure tout de même, comme dans l'ancien texte, une inégalité entre les victimes de crimes ou délits et les victimes d'accidents ou de catastrophes naturelles par exemple. En effet, l'article 35 quater, tout comme l'ancien article 38 alinéa 3, ne protège que les victimes de crimes ou délits. Pourtant, les images représentant les victimes des deux types d'événements peuvent se montrer tout autant attentatoires à la dignité, songeons par exemple aux nombreuses photographies de victimes du tsunami de 2004 dans l'océan indien.

De plus, il n'est pas toujours sûr que la personne soit victime d'un crime, d'un délit ou d'un

²³¹ L'article 47 de la loi de 1881 dispose que seul le Ministère public peut exercer les poursuites.

²³² TGI Paris, 12 janvier 2010, Halimi c/ G. Ponson, *Légipresse*, février 2010, n°269, I, p35

²³³ CEDH, 27 mars 1996, Goodwin c/ Royaume-Uni, Recueil 1996-II, n°7, §31

²³⁴ Ibid, §33

²³⁵ V. en ce sens C. Ruet, *Expression par l'image et CEDH : confrontation des approches interne et européenne*, *Légipresse*, Janvier/Février 2003, n°198, II, p1

événement accidentel. Il faudra donc parfois attendre une décision définitive concernant le prétendu crime, délit ou événement accidentel pour connaître de la licéité de la publication.

Le droit civil prend également en compte l'obligation de respect de la dignité des personnes photographiées (§2). D'ailleurs il sera largement plus fréquemment sollicité.

§2/L'émergence du principe en droit civil

126. A la différence du droit pénal, la consécration opérée en droit civil s'est réalisée par le travail des juges (A). Mais, à l'instar du droit pénal, cette consécration comporte certaines ambivalences (B).

A/La consécration jurisprudentielle

127. Bien avant les décisions faisant expressément référence à la notion de dignité, l'on trouve quelques décisions mettant en cause des clichés particulièrement choquants et d'une particulière gravité. Par exemple, en 1983, le TGI de Paris statua sur une publication représentant le cadavre mutilé et dépecé d'une étudiante hollandaise de 25 ans tuée puis mangée par un étudiant japonais. Il fut décidé que cette publication, non justifiée par un souci légitime d'information, portait atteinte aux sentiments d'affliction des proches et qu'en conséquence, elle constituait un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 du Code de procédure civile. Le support de presse fut condamné à retirer sous astreinte les clichés et à 50000 francs de dommages et intérêts²³⁶.

128. C'est véritablement l'année 2000 qui marqua la consécration de la notion de dignité en droit civil. Tout d'abord, une décision du 20 septembre 2000 y fait expressément référence²³⁷. Mais c'est l'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2000, soit quelques mois après l'adoption de l'article 35 quater de la loi de 1881, qui marque la consécration du respect par l'image de la dignité. En l'espèce, il s'agissait de la publication de photographies du corps du préfet Erignac, peu de temps après son assassinat intervenu à Ajaccio le 6 février 1998. La Haute juridiction statua en ces termes : « Et attendu qu'ayant retenu que la photographie publiée représentait distinctement le corps et le visage du préfet assassiné, gisant sur la chaussée d'une rue d'Ajaccio, la Cour d'appel a pu juger, dès lors que cette image était attentatoire à la dignité de la personne humaine, qu'une telle publication était illicite, sa décision se trouvant légalement justifiée au regard des exigences tant de l'article 10 de la Convention européenne que de l'article 16 du Code civil... »²³⁸. Remarquons que, contrairement au droit pénal, la victime ne doit pas nécessairement être en vie pour que soit invoquée l'atteinte à la dignité.

Par la suite, le raisonnement a été repris. En l'espèce, il s'agissait de clichés d'une victime de l'attentat du RER Saint-Michel du 25 juillet 1995, le visage en pleurs, entourée de personnes la

²³⁶ TGI Paris, 30 novembre 1983, D. 1984, p111, note R. Lindon

²³⁷ TGI Nanterre, 20 septembre 2000, CCE décembre 2000, note A. Lepage

²³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 20 décembre 2000, D. 2001, p885

réconfortant. La Cour de cassation pose alors la maxime suivante, qui sera reprise dans les décisions postérieures : « Attendu que la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine »²³⁹. Ici encore, la Cour se fonde sur les articles 9 et 16 du Code civil et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Enfin, un arrêt du 12 juillet 2001 fait appel à la dignité de la personne par la formule précitée. Mais les seuls fondements qu'elle invoque sont les articles 9 du Code civil et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 16 est ainsi abandonné, ce qui semble justifié tant il est vrai que cet article s'inscrivait dans le contexte des lois bioéthique du 29 juillet 1994²⁴⁰. Notons toutefois que le fondement de l'article 16 a été repris par la Haute juridiction en 2004 s'agissant de la photographie d'un adolescent gisant sur la voie publique à la suite d'un accident de la circulation et publiée dans le magazine Paris-Match. Cependant, l'arrêt d'appel a été cassé pour défaut de base légale car la Cour n'avait pas suffisamment qualifié le droit du public à l'information, mais surtout parce que l'atteinte à la dignité n'avait pas été assez recherchée. Mme Isabelle Copart n'hésite d'ailleurs pas, à affirmer que l'« on peut penser que les juges se limiteront à sanctionner des photographies particulièrement indécentes, réservant l'atteinte à la dignité de la personne à des situations exceptionnelles ou à des victimes exceptionnelles. On est bien loin de la consécration d'un principe de dignité humaine, rempart efficace contre les dérives médiatiques »²⁴¹. En réalité, la Cour de cassation s'efforce de délimiter le champ de l'atteinte à la dignité en insistant sur la nécessité pour les juges du fond de caractériser clairement l'atteinte. En effet, dans un arrêt de 2006, la Cour a décidé, au sujet de clichés montrant l'évacuation d'un célèbre comédien par hélicoptère médicalisé, que la prise de telles images, dans un lieu public, ne pouvait pas être condamnée sur le fondement de l'atteinte à la vie privée, puisqu'en relation directe avec un événement d'actualité. Dès lors, elle estime que l'éventuelle illicéité de la représentation ne pouvait résulter que de l'atteinte à la dignité, d'où la nécessité de la qualifier²⁴².

De la même manière que pour le droit pénal, le droit civil n'est pas exempt d'ambiguïtés (B).

B/Les ambiguïtés relatives à la consécration

129. Comme en droit pénal, le problème est celui de la prévisibilité. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme, le 14 juin 2007²⁴³, a eu l'occasion de se pencher sur la question au sujet de l'affaire des photographies du préfet Erignac. En effet, l'hebdomadaire condamné par les juridictions internes faisait état du manque de prévisibilité par le recours aux articles 9 (vie privée et référé spécial) et 16 (dignité de la personne) du Code civil, 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (liberté d'expression) et 809 du Code de procédure civile (référé de droit commun)²⁴⁴. La

²³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2001, D. 2001, p1199

²⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2001, CCE novembre 2001, p26, note A. Lepage

²⁴¹ Cass 1^{ère} civ., 4 novembre 2004, D. 2005, p696, obs. I. Copart

²⁴² Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2006, RTD civ. 2006, p535, obs. J. Hauser, remarquons que le fondement de l'article 16 a été abandonné

²⁴³ CEDH, 14 juin 2007, Sté Hachette Filipacchi c/ France, JCP 2007, II, 1064, note Derieux

²⁴⁴ L'article 809 du Code de procédure civile a été invoqué devant le juge des référés, non devant la Cour de cassation.

Cour EDH rejette cette argumentation. Cependant, certains commentateurs²⁴⁵ ont souligné l'incohérence du recours à l'article 16 du Code civil. En effet, cet article, intervenu dans le cadre des lois bioéthiques de 1994, visait à la base à réprimer les atteintes à la dignité face aux avancées des sciences et de la médecine. L'on est bien éloigné de l'application qui est faite de cet article en l'espèce. Pourtant, la CEDH valide l'interprétation des juridictions françaises. Ainsi, « Avec cette décision de la Cour européenne, c'est un interdit absolu en matière d'image qui est validé : l'atteinte à la dignité humaine »²⁴⁶. Il est vrai cependant que la rédaction de l'article 16²⁴⁷ est plutôt générale. S'ensuit alors toutes les conséquences inhérentes à l'application en matière d'image, hautement subjective, de la notion de dignité : l'insécurité juridique. D'autant qu'il semble que les décisions récentes aient abandonné le fondement de l'article 16.

Le recours à l'article 9 du Code civil afin d'ordonner les mesures adéquates en référé, lorsque la victime est décédée, comme dans l'affaire Erignac, est lui aussi critiquable. En effet, il est de jurisprudence constante que la protection de cet article s'arrête au décès de la personne²⁴⁸. La CEDH ne s'est pas prononcée sur cette question. Pour contourner l'obstacle, les juges internes avaient fait appel à l'atteinte aux sentiments d'affliction des proches pour caractériser l'atteinte à la vie privée. Pourtant, la photographie avait été prise sur un lieu public et les proches n'y figuraient pas.

Ainsi, l'on peut observer que l'immixtion du principe de respect de la dignité en matière d'image possède un certain nombre d'imprécisions qui devraient être éclairées dans les années à venir. Cependant, il ne faut pas oublier que la notion de dignité elle-même est difficile à appréhender. Il en résulte que l'insécurité juridique est inhérente à l'application de cette notion. Néanmoins, l'instauration de la dignité comme ultime rempart du droit à l'information reste un bienfait.

Ainsi, il convient d'étudier les captations portant implicitement atteinte à la dignité de la personne humaine (section 2).

Section 2 : Les captations portant implicitement atteinte à la dignité de la personne humaine : le happy slapping

130. Le choix d'affirmer qu'il existe des atteintes implicites à la dignité par l'image résulte du fait que pour l'infraction que nous allons étudier, il n'est pas dit de façon claire qu'il y a atteinte à la dignité. Cependant, l'on peut considérer qu'il en va ainsi puisque la captation d'images mettant en scène une agression, appelée happy slapping (« joyeuse gifle ») ou vidéolynchage, ressemble à s'y méprendre à l'infraction de l'article 35 quater de la loi de 1881. Il apparaît donc nécessaire d'étudier dans un premier temps l'émergence du phénomène (§1), pour ensuite étudier la prise en compte spécifique par le législateur (§2).

²⁴⁵ G. Sauvage, Arrêt Erignac : quelle prévisibilité de l'application de l'article 16 du Code civil en matière de droit à l'image ?, RLDI 2007, n°32, 1073

²⁴⁶ G. Sauvage, Ibid

²⁴⁷ « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

²⁴⁸ . 1^{ère} civ., 14 décembre 1999, JCP 2000, II, 10241 ; Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2004, Bull. civ. 2004, II, n°390

§1/L'émergence du phénomène

131. Le happy slapping est « une pratique consistant à filmer l'agression physique d'une personne à l'aide d'un téléphone portable. Le terme s'applique à des gestes d'intensité variable, de la simple vexation aux violences les plus graves, y compris des violences sexuelles »²⁴⁹. La victime, souvent une femme ou un homme seuls, ne s'attendent généralement pas à l'imminence de l'assaut. L'enregistrement est le plus souvent réalisé au moyen d'un téléphone portable équipé d'une caméra puis diffusé sur le réseau Internet.

132. Le phénomène serait apparu au sud de Londres pour se répandre à travers l'Europe et les Etats-Unis. En décembre 2005, Chelsea O'Mahoney, 14 ans au moment des faits, fut condamnée à 8 ans de prison pour avoir filmé l'agression, fatale, de David Morley alors qu'il se trouvait au bord de la Tamise à Londres, par ses complices Reece Sargeant, 21 ans, Darren Case, 18 ans et David Blenman, 17 ans, qui, eux, furent condamnés à 12 ans de prison²⁵⁰. Chelsea O'Mahoney ne fera que 4 ans de prison²⁵¹. S'en sont suivi un grand nombre d'affaires au Royaume-Uni.

Le phénomène n'a pas tardé à se propager en France. En avril 2006, une enseignante de Porcheville est agressée et filmée par un lycéen de 20 ans. Les images ont ensuite été diffusées dans la cité du Val-Fourré à Mantes-la-Jolie, puis relayées par le journal le Parisien. L'auteur de la vidéo, réalisée avec un téléphone portable, écoperà d'un an de prison assorti d'un sursis de 6 mois, et l'agresseur d'un an ferme²⁵². Les agressions de ce type se sont multipliées, à tel point qu'il y aurait eu en France, en 2007, environ un cas par semaine²⁵³. A l'inverse, il semblerait, selon G. Barnsfield, professeur à l'université d'East London, que ce phénomène soit plutôt rare en Grande-Bretagne. Celui-ci révèle par ailleurs que cette pratique dénote « l'amoindrissement de l'empathie, du respect d'autrui, de la solidarité »²⁵⁴.

Même si le vidéolynchage fait désormais nettement moins la une des journaux, il est tout de même régulièrement pratiqué. En témoigne une récente affaire mettant en cause des lycéennes²⁵⁵. Ainsi, nous pouvons étudier le cadre juridique de cette infraction (§2).

²⁴⁹ http://fr.wikipedia.org/wiki/Happy_slapping

²⁵⁰ Journal britannique The Guardian du 24 janvier 2006 sur internet :

<http://www.guardian.co.uk/uk/2006/jan/24/ukcrime.topstories3>

²⁵¹ Journal (tabloïd) britannique The Sun du 25 mars 2010 sur internet :

<http://www.thesun.co.uk/sol/homepage/news/2906113/Happy-slap-killer-out-after-4-years.html>

²⁵² Journal Libération du 27 juin 2006 : <http://www.liberation.fr/societe/010122611-happy-slapping-a-porcheville-le-videaste-condamne-a-un-an-de-prison>

²⁵³ Journal Le figaro du 12 juin 2007 :

http://www.lefigaro.fr/france/20070612.WWW00000408_l_inquietant_boom_du_happy_slapping.html

²⁵⁴ Magazine L'Express du 4 mars 2006 : http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/souriez-vous-etes-frappe_482190.html

²⁵⁵ Journal La Provence du 24 avril 2010 : <http://www.laprovence.com/actu/region-en-direct/des-lyceennes-filment-une-agression>

§2/La prise en compte spécifique par le législateur

133. La loi du 5 mars 2007 est venue sanctionner spécifiquement le happy slapping. Ainsi, l'article 222-33-3 du Code pénal dispose qu' « est constitutif d'un acte de complicité des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne prévues par les articles 222-1 à 222-14-1 et 222-23 à 222-31 et est puni des peines prévues par ces articles le fait d'enregistrer sciemment, par quelque moyen que ce soit, sur tout support que ce soit, des images relatives à la commission de ces infractions. Le fait de diffuser l'enregistrement de telles images est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. Le présent article n'est pas applicable lorsque l'enregistrement ou la diffusion résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public ou est réalisé afin de servir de preuve en justice ». Nous nous intéresserons plus particulièrement à la captation des images, plutôt qu'au délit autonome de diffusion. Avant de détailler les éléments constitutifs de cette infraction (B), il semble judicieux d'observer le recours à la complicité pour sanctionner l'enregistrement des images (A).

A/La répression par le biais de la complicité

134. Afin d'expliquer au mieux le recours à une infraction nouvelle réprimant le happy slapping par le biais d'une « présomption légale de complicité »²⁵⁶ (2^o), il convient d'expliquer les raisons du non recours à des infractions autonomes existantes ou à la théorie de la complicité de droit commun (1^o).

1^o L'exclusion des infractions autonomes et de la théorie de la complicité de droit commun

135. En premier lieu, l'on peut remarquer que la diffusion d'images de violences pouvait déjà être sanctionnée par des infractions autonomes qui existaient déjà. En effet, Mme A. Lepage n'hésite pas à faire le rapprochement entre le happy slapping et les infractions des articles 227-24 du Code pénal et 35 quater de la loi de 1881²⁵⁷. La première incrimine la diffusion de messages à caractère violent ou pornographique ou portant gravement atteinte à la dignité humaine, lorsqu'ils sont susceptibles d'être vu par des mineurs. Quant à la seconde, nous l'avons vu, elle incrimine la diffusion de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit portant gravement atteinte à la dignité et réalisée sans l'accord de la victime. Il aurait également pu être fait usage de l'article 223-6 du Code pénal, sanctionnant la non assistance à personne en péril. L'applicabilité de cette infraction est cependant limitée par l'exigence d'une absence de risque sérieux pour soi-même ou pour les tiers.

136. En second lieu, il faut considérer qu'il aurait pu être possible de recourir à la complicité par provocation ou instruction de l'article 121-7 alinéa 2 du Code pénal afin de réprimer le « vidéaste ». Et même si la personne qui filme les violences n'organise pas l'agression, l'on pourrait considérer que le fait de filmer les violences pourrait être une forme de complicité par aide ou

²⁵⁶ S. Detraz, L'enregistrement d'images de violence : un cas de présomption légale de complicité, Dr. Pén. n°11, novembre 2007, Etude 23

²⁵⁷ A. Lepage, Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, CCE n°6, juin 2007, étude n°13

assistance de la part de la personne qui, sans être l'instigatrice de l'acte de violence, en est le témoin et profite de la situation pour enregistrer la scène. La jurisprudence classique retient que cette complicité par aide ou assistance nécessite un fait positif. Ainsi, ne peut voir sa responsabilité pénale engagée, au titre de la complicité, la personne qui laisse se commettre des violences²⁵⁸. Cependant, si l'attitude du spectateur ne se contente plus d'être passive, et se traduit par une véritable adhésion morale à la commission de l'infraction, il a pu être considéré qu'un tel comportement pouvait être constitutif d'une complicité par aide²⁵⁹. Ainsi, la Haute Cour reconnaît la complicité d'une personne, spectatrice, membre d'un groupe, à une scène de violence, « qui par sa seule présence dans le groupe d'agresseurs, et alors qu'elle adhère pleinement à l'intention délictueuse du groupe, a fortifié moralement les assaillants »²⁶⁰. Par analogie, l'on pourrait aisément considérer que l'enregistrement de la scène permettrait de caractériser l'adhésion à l'intention délictueuse du groupe du complice, tout en étant constitutif d'un encouragement pour les auteurs.

Ainsi, le droit pénal ne se trouvait pas totalement désarmé face au phénomène du violéolynchage. Mais le législateur a tout de même décidé de sanctionner ce comportement par le biais d'une présomption légale de complicité (2°).

2° Le recours à une « présomption légale de complicité »

137. L'article 222-33-3 du Code pénal dispose qu' « est constitutif d'un acte de complicité des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne [...] le fait d'enregistrer [...] ». Ainsi, le législateur a fait le choix de ne pas recourir à la complicité classique de l'article 121-7, mais plutôt à une « présomption légale de complicité ». Or, cette conception de la complicité bouleverse la conception classique²⁶¹. En effet, nous avons vu précédemment que la complicité devait présenter un caractère de causalité avec l'infraction principale : c'est la théorie de l'emprunt de criminalité. Mme C. Lacroix en déduit que « pour un individu témoin d'une agression, sans être lié d'aucune manière avec les auteurs, satisfaisant sa propre perversité et ses inclinations malsaines, enregistrer la scène est assimilé à la complicité »²⁶². Ce qui lui permet d'en conclure que « Cette assimilation n'est pas satisfaisante, la théorie de la complicité perd ainsi de son homogénéité »²⁶³.

Cependant, le recours à cette technique de la présomption de complicité se retrouve sous diverses formes au sein de la législation : « est considéré comme complice » (article L322-5 alinéa 2 du Code de commerce), « est tenu comme complice » (article L218-34 III du Code de l'environnement), « sont considérés comme complices » (article L122-4 du Code de la justice militaire). Mme C. Lacroix n'hésite cependant pas à affirmer que « Le choix le plus judicieux eu été la voie de la répression par le biais d'une incrimination autonome relative à l'exploitation des images de violence, en s'inspirant par exemple de la structure de l'article 227-23 du Code pénal relatif à

²⁵⁸ Cass. Crim., 22 juillet 1897, Bull. crim. 1897, n°255

²⁵⁹ Cass. Crim., 19 décembre 1989, Bull. crim. 1989, n°488

²⁶⁰ Cass. Crim., 20 février 1992, Dr. Pén. 1992, commentaire 194

²⁶¹ C. Lacroix, Happy slapping : prise en compte d'un phénomène criminel à la mode, JCP n°26, 27 juin 2007, I, 167

²⁶² C. Lacroix, Ibid

²⁶³ C. Lacroix, Ibid

l'exploitation de l'image d'un mineur »²⁶⁴.

Toutefois, le choix de recourir à la complicité plutôt qu'à une infraction autonome s'explique par le fait que la complicité permet de sanctionner le complice comme un auteur et de lui appliquer les circonstances aggravantes encourues par ce dernier²⁶⁵.

Ainsi, nous pouvons désormais envisager les éléments constitutifs de l'infraction de l'article 222-33-3 du Code pénal (B).

B/Les éléments constitutifs de l'acte de complicité de l'article 222-33-3 du Code pénal

138. L'acte de complicité a été textuellement construit comme une infraction à part entière. Il est donc possible d'y distinguer un élément matériel (1^o) et un élément moral (2^o).

1^o L'élément matériel de l'acte de complicité

139. L'élément matériel consiste à enregistrer une scène de violence. Quant aux violences, l'article 223-33-3 du Code pénal en donne une liste limitative : « les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne prévues par les articles 222-1 à 222-14-1 et 222-23 à 222-31 » du Code pénal. Il s'agit des tortures et actes de barbarie (222-1 à 222-6-2 du Code pénal), des violences stricto sensu, y compris les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner (222-7 à 222-14-1 du Code pénal), et des atteintes sexuelles telles que le viol (222-23 à 222-31 du Code pénal). Cette liste est limitative, sont ainsi exclues des infractions telles que la rébellion (433-6 du Code pénal) ou encore l'exhibition sexuelle (222-32 du Code pénal).

Ensuite, les images doivent être « relatives à la commission » de infractions précitées. La commission comprend non seulement l'étape de la consommation proprement dite mais aussi la tentative, c'est-à-dire le commencement d'exécution (121-5 du Code pénal). En revanche, sont exclues de l'article 222-33-3 du Code pénal la préparation de l'infraction et la période qui suit la consommation de l'infraction²⁶⁶.

A l'inverse de l'article 226-1 du Code pénal qui réprime la fixation ou l'enregistrement d'images, l'article 222-33-3 ne sanctionne que l'enregistrement. Par cette formule, il semblerait que le législateur ait voulu sanctionner plutôt une suite d'images, un film. Cependant, note S. Detraz²⁶⁷, le terme n'exclut pas la fixation d'images isolées. En outre, l'article ajoute que l'enregistrement peut avoir été réalisé « par quelque moyen que ce soit, sur tout support que ce soit ».

Il est également possible de distinguer un élément moral dans l'acte de complicité (2^o).

²⁶⁴ C. Lacroix, Ibid

²⁶⁵ Sénat, séance du 10 janvier 2009

²⁶⁶ Exemple : filmer la victime une fois les auteurs partis.

²⁶⁷ S. Detraz, L'enregistrement d'images de violence : un cas de présomption légale de complicité, Dr. Pén. n°11, novembre 2007, Etude 23

2) L'élément moral de l'acte de complicité

140. L'article semble exiger un dol général en disposant que l'enregistrement doit avoir été réalisé « sciemment ». Cela signifie que l'acte d'enregistrement doit être volontaire : l'agent doit avoir conscience de procéder à l'enregistrement de la scène de violence. La seconde exigence est qu'il doit avoir conscience que les images relatives à la commission de l'une des infractions énoncées par l'article 222-33-3 du Code pénal.

En second lieu, S. Detraz²⁶⁸ déduit de l'expression selon laquelle l'enregistrement n'est pas illicite lorsqu'il « résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public ou est réalisé afin de servir de preuve en justice », qu'à contrario il est exigé une mauvaise foi de la part du complice. La bonne foi ne serait ainsi caractérisée uniquement par l'une des deux circonstances. Ainsi, peuvent être exonérés les journalistes professionnels, les journalistes amateurs étant exclus. Ensuite, le journaliste doit agir « dans l'exercice normal » de sa profession. Doit donc être sanctionné le journaliste qui procéderait à un enregistrement à des fins étrangères à l'information du public. La seconde cause d'exonération concerne la situation dans laquelle l'enregistrement aurait été réalisé pour « servir de preuve en justice ». Il convient donc de rechercher si, au moment des faits, le prétendu complice était animé par cette intention.

Ainsi, nous avons vu les principaux éléments de l'acte de complicité érigé par l'article 222-33-3 du Code pénal. Il est aisé de constater que le législateur a, face à un « phénomène de mode » qui a mis en émoi la France entière, employé l'arme législative, à des fins de communication, alors que le droit pénal pouvait déjà sanctionner ce type de comportement. Cela est d'autant plus frappant que les juges n'ont, à notre connaissance, employé cet article qu'à seule occasion, et pour le délit autonome de diffusion d'images de violence et non l'acte de complicité. Dans cette affaire, les juges d'appel ont d'ailleurs exclu l'application de cet article en raison de la difficulté d'identification de l'auteur de la diffusion²⁶⁹. Au demeurant, les juges ne sont guère enclins à faire appel au nouvel article tant le droit pénal commun semble adapté²⁷⁰.

141. Pour conclure cette partie, l'on peut affirmer que le droit pénal offre une protection de l'image par le biais de la prohibition des atteintes à l'intimité de la vie privée dont l'efficacité peut être controversée. A cet égard, le droit civil, quant à lui, permet de pallier à ces insuffisances par sa flexibilité. C'est pour cette raison qu'il est largement plus couramment fait appel au droit civil qu'au droit pénal. Il faut également prendre en compte les atteintes qui peuvent être réalisées par le vecteur des nouvelles technologies. Là encore, le droit pénal semble en déclin, et le droit civil en pleine expansion. Si l'information légitime du public permet de passer outre la vie privée, la dignité de la personne humaine semble constituer l'ultime rempart de protection de l'image des personnes. Là encore, en matière de presse, le droit civil reste largement plus sollicité. En revanche, dans le cas du

²⁶⁸ S. Detraz, Ibid

²⁶⁹ CA Paris, 9 décembre 2009, CCE n°4, avril 2010, commentaire 37, note A. Lepage

²⁷⁰ V. T. corr., Versailles, 27 juin 2007, CCE n°11, novembre 2007, commentaire 137, note A. Lepage pour une application des articles 226-1 (atteinte à l'intimité de la vie privée, application controversée), et 223-6 alinéa 2 (non assistance à personne en danger) ; V. également CA Versailles, 24 octobre 2006, Juris-Data n°2006-317110 pour une application de la théorie classique de la complicité pour des faits similaires

happy slapping, le droit pénal trouve à s'appliquer, par l'effet de différents articles du Code pénal. Il est vrai cependant que la gravité des atteintes, nécessite une réponse pénale ferme.

142. Par corolaire, il nous est possible d'affirmer que la protection de l'image des personnes se trouve bien assurée par le droit en général, droit civil et droit pénal offrant une combinaison de boucliers complets. Qu'en est-il de l'image des bien ? (partie II)

Partie II : Les images portant atteinte aux biens

143. L'atteinte par le biais de l'image peut également affecter des biens. L'on pense ainsi d'abord aux images protégées par des droits de propriété intellectuelle (titre I). Ce sujet est devenu d'autant plus actuel que la loi HADOPI vient d'être adoptée. Mais il faut également s'intéresser aux biens qui ne sont pas protégés par la propriété intellectuelle (titre II). De ce point de vue l'évolution se situe plutôt sur le terrain de la jurisprudence.

Titre I : Les atteintes aux biens protégés par des droits de propriété intellectuelle

144. Avant d'étudier le véritable aspect pénal concernant ce type d'images par le biais de la contrefaçon (chapitre II), il convient d'observer dans un premier temps la protection conférée par la propriété intellectuelle afin de comprendre quels droits peuvent être mis en péril (chapitre I).

Chapitre I : La protection par les droits de propriété intellectuelle

145. La propriété intellectuelle permet de protéger un certain nombre de créations. Néanmoins, certaines ne s'adressent pas à la vue, comme la musique ou la composition d'un médicament. De plus, il faudra encore filtrer parmi les créations dont l'objet est de s'adresser à la vue par une sorte de volonté d'esthétisme. En effet, une marque nominale s'adresse bien à la vue, puisqu'elle peut être lue, mais il n'y a pas de volonté esthétique comme ce serait le cas pour une marque figurative. Il ne s'agit là que d'exemples. Dans une optique de regroupement, il faudra donc envisager la protection par le droit d'auteur (section 1), puis la protection par la propriété industrielle (section 2).

Section 1 : La protection par le droit d'auteur

146. Dans la présente section, il convient d'étudier l'objet du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit (§1). Cela nous permettra d'en étudier les titulaires ainsi que le contenu de ces droits (§2).

§1/Les conditions de la protection des œuvres de l'esprit

147. Le droit d'auteur permet la protection automatique d'œuvres, donc sans qu'il soit nécessaire d'effectuer un quelconque dépôt, pour autant qu'il s'agisse d'œuvres de l'esprit (A) originales (B), leur mérite ou leur destination n'étant pas pris en compte (C). En outre, l'article L112-2 du Code la propriété intellectuelle énonce une liste de ces œuvres (D).

A/L'existence d'une œuvre de l'esprit

148. Il n'existe pas de définition légale de l'œuvre de l'esprit. Cependant, il a été largement admis qu'il s'agissait d'une création intellectuelle et d'une création de forme.

149. On parle de création intellectuelle lorsqu'il y a un investissement intellectuel, une prise de distance par rapport au réel. Par corolaire, la mise en œuvre d'un tour de main, d'une compétence, d'un savoir faire technique n'est pas susceptible d'être protégé par le droit d'auteur. Ainsi, la Cour de cassation a estimé que la fragrance d'un parfum procède de la simple mise en œuvre d'un savoir faire²⁷¹.

150. Ensuite, l'œuvre de l'esprit doit être une création de forme. Par conséquent, elle doit être matérialisée ou extériorisée. En ce qui nous concerne, cela signifie que l'œuvre doit être perceptible par la vue.

Cette nécessité induit que le droit d'auteur ne peut porter sur des données ou les idées qui en sont à l'origine. D'ailleurs, selon une jurisprudence ancienne, l'idée d'une méthode d'apprentissage du solfège représentant les notes par des personnages n'est pas susceptible de protection. Seule la matérialisation sous une forme déterminée l'est²⁷².

Cependant, ce principe peut être atténué lorsque les idées sont suffisamment précises pour constituer une extériorité protégée. Aussi, le fait que Renoir, empêché par ses rhumatismes, ait donné des instructions à son élève pour réaliser une œuvre, pourvu qu'elles fussent assez précises, permet de conférer à Renoir la qualité de coauteur²⁷³.

151. Enfin, l'œuvre de l'esprit ne se caractérise pas par la recherche du beau. Les œuvres de Beaux-arts et de Belles-lettres ne sont pas les seuls à être protégés. Toutefois, le professeur Gautier précise que l'œuvre doit tout de même « comporter un minimum d'effet esthétique, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des Beaux-arts »²⁷⁴.

Pour être protégée, l'œuvre de l'esprit doit en outre être originale (B).

B/L'exigence d'une œuvre originale

152. L'originalité peut se définir comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur sur l'œuvre. Elle ne doit pas se confondre avec la nouveauté ni avec l'effort personnel de l'auteur. Cette originalité se manifeste tout particulièrement dans les œuvres plastiques par l'intervention directe du plasticien et dans les œuvres littéraires dans l'expression, la composition de l'œuvre. L'originalité est présumée.

Il faut également noter que la protection par le droit d'auteur n'est pas fonction du mérite ou de

²⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 13 juin 2006, D. 2006, p1741, obs. Daleau

²⁷² Cass. com., 29 novembre 1960, Bull. civ. 1960, n°3 89

²⁷³ Cass. civ., 13 novembre 1973, Renoir c/ Guino, D. 1974, p533, obs. C. Colombet

²⁷⁴ P-Y Gautier, Propriété littéraire et artistique, PUF, 3^{ème} édition, n°38, p64

la destination de l'œuvre (C).

C/L'absence de prise en considération du mérite ou de la destination de l'œuvre

153. L'article 112-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose explicitement qu'il ne faut pas tenir compte du genre artistique, de la forme d'expression, du mérite ou de la destination de l'œuvre.

Ainsi, le législateur a affirmé clairement sa volonté de ne pas faire dépendre l'œuvre de la subjectivité du juge. La non prise en compte du mérite de l'œuvre s'exprime tout particulièrement par la jurisprudence relative aux films à caractère pornographique. En effet, de tels films ont pu bénéficier de la protection par le droit d'auteur et le mérite, envisagé sous l'angle moral, n'a pas à s'immiscer dans cette appréciation, sauf en cas de perversions sexuelles ou de situations dégradantes pour la personne²⁷⁵.

Enfin, la destination, c'est-à-dire l'éventuelle fonction de l'œuvre ne doit pas être prise en compte.

Indépendamment de ces critères, le Code de la propriété intellectuelle a édicté une typologie des œuvres de l'esprit (D).

D/La liste des œuvres de l'esprit de l'article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle

154. L'article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle donne une liste des œuvres de l'esprit, protégeables à ce titre si elles sont originales. Ici, nous nous intéresserons plus particulièrement aux œuvres dont la perception par la vue est l'objet principal, c'est-à-dire les œuvres plastiques. Les arts plastiques sont définis comme « ceux qui sont producteurs ou reproducteurs de volumes, de formes »²⁷⁶. Dans le cadre de l'article précité, cela concerne « les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; les œuvres graphiques et typographiques ; les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie, les œuvres des arts appliqués ; les illustrations, les cartes géographiques, les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, l'architecture et aux sciences ». Certaines précisions méritent d'être apportées.

155. A l'instar de M. Bruguière et de M. Vivant nous regrouperons les œuvres de peinture, sculpture, gravure et lithographie dans la catégorie des œuvres « d'art pur »²⁷⁷. Ces derniers les définissent d'ailleurs comme « celles qui sont essentiellement animées d'un souci esthétique, ou devraient l'être »²⁷⁸. Bien que cela ne fasse aucun doute, les ready-mades, tel l'urinoir de Marcel Duchamp, signé sous le pseudonyme R. Mutt, sont à ranger dans cette catégorie. Par opposition, le Code de la propriété intellectuelle vise les œuvres des arts appliqués. Il s'agit des œuvres qui se

²⁷⁵ Cass. crim., 6 mai 1986, Bull. crim. 1986, n152, p395

²⁷⁶ Petit Larousse, V°, « Plastique »

²⁷⁷ J-M. Bruguière et M. Vivant, Droit d'auteur, Précis Dalloz, 1^{ère} Edition, 2009

²⁷⁸ J-M Bruguière et M. Vivant, Ibid, p104, n°116

trouvent au service d'une fonction utilitaire. Or, la question est précisément de savoir si la fonction utilitaire est séparable de sa forme. En effet, le droit d'auteur ne saurait protéger une forme exclusivement fonctionnelle, cela revient au droit des dessins et modèles. C'est donc sur l'originalité que porte tout le débat. Ainsi, A. Lucas et H-J. Lucas affirment-ils ceci : « Que la forme ait un résultat utilitaire est indifférent, qu'elle ait une finalité utilitaire ne l'est pas »²⁷⁹. Qu'il s'agisse d'œuvre « d'art pur » ou d'arts appliqués, c'est donc bien la recherche par le créateur d'une préoccupation d'ordre esthétique qui donne droit à la protection par le droit d'auteur.

156. L'article L112-2 9° vise « les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues ». La protection de ces œuvres a, par le passé, été controversée²⁸⁰. Désormais, leur protection est acquise, les photographies sont entrées dans le droit commun du droit d'auteur par le biais de la réforme de la loi du 3 juillet 1985. L'originalité s'apprécie à partir de certains éléments comme « Le cadrage, l'instant convenable de la prise de vue, la qualité des contrastes de couleurs et de reliefs, le jeu de la lumière et des volumes, enfin le choix de l'objectif et de la pellicule ainsi que le tirage »²⁸¹. Cependant, la recherche de l'originalité risque de conduire le magistrat à rechercher l'esthétique de la photographie, ce qui est proscrit par l'article L112-1 du Code de la propriété intellectuelle. Les juges ont donc tendance à se montrer indulgent dans leur appréciation de l'originalité, ce qui est critiqué par certains auteurs²⁸².

157. Le Code de la propriété intellectuelle envisage les œuvres architecturales à deux reprises : « les plans, croquis » (L112-2 12° et L122-3 alinéa 3) et les « ouvrages relatifs à l'architecture » (L112-2 12°). Il n'y a donc aucun doute quant à la possibilité de protection des plans architecturaux, pourvu qu'ils soient originaux²⁸³.

158. Ledit Code mentionne également par deux fois les créations du secteur géographique aux articles L112-2 11° et 12°. Leur caractère utilitaire n'empêche pas leur protection par le droit d'auteur. Là, l'originalité se manifeste par exemple par le graphisme accompagnant la représentation des informations, le choix des couleurs ou des symboles²⁸⁴.

159. Les œuvres audiovisuelles, protégées visées par l'article L112-2 6° sont diverses. En effet, peuvent être protégées les œuvres cinématographiques, qu'il s'agisse de films de fiction, documentaires, etc... Les films du domaine télévisuel relèvent également des œuvres audiovisuels. Il s'agit des feuilletons, des documentaires, des séries, et émissions y compris celles de télé-réalité²⁸⁵.

Ainsi, avons-nous vu le mécanisme de protection par le droit d'auteur. Il convient donc d'envisager le sort de l'auteur (§2).

§2/L'auteur

160. Les auteurs, qu'ils soient seuls ou plusieurs (A), bénéficient de certains droits (B).

²⁷⁹ A. Lucas et H-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec Traités, 3^{ème} édition, 2006, p108

²⁸⁰ V. J-M Bruguière et M. Vivant, *Ibid*, p110 et 111

²⁸¹ CA Paris, 11 juin 1990, RIDA 1990, n°146, p293

²⁸² J-M. Bruguière et M. Vivant, *Ibid*, p112

²⁸³ CA Versailles, 15 février 2001, RIDA 2003, avril, p448

²⁸⁴ CA Paris, 4 juin 1992, D. 1992, p245

²⁸⁵ A propos de l'émission de télé-réalité *Pop Stars*, CE, 30 juillet 2003, *Légipresse* 2003, III, 141

Cependant, ces droits ne sont pas exempt d'exceptions (C).

A/L'unicité ou la pluralité d'auteurs

161. Les auteurs d'œuvres de l'esprit originales peuvent être seuls (1°) ou plusieurs (2°).

1° L'auteur unique

162. Il peut d'agir d'une personne physique, dans quel cas ce sera celui qui aura transposé sa personnalité dans l'œuvre. L'article L113-1 du Code de la propriété intellectuelle pose en faveur des personnes physiques une présomption simple selon laquelle l'auteur est réputé être celui (ou ceux) sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. Lorsque c'est une personne morale qui exploite l'œuvre, elle bénéficie d'une présomption de titularité des droits, ce qui lui permettra éventuellement d'intenter une action en contrefaçon. Mais si une personne physique revendique l'œuvre, elle tombera. La personne morale devra alors faire la preuve qu'il s'agit, soit d'une œuvre collective, soit que l'auteur lui a cédé ses droits.

163. L'auteur salarié du secteur privé est investi ab initio des droits d'auteur, le contrat de travail n'emportant pas cession implicite des droits au profit de l'employeur. Par conséquent, l'article L131-3 dispose que la cession des droits pourra se faire par écrit et ne pourra porter que sur les droits patrimoniaux. En ce qui concerne l'auteur agent public, l'article L111-3 alinéa 3 l'investit ab initio des droits d'auteur pour les œuvres qu'il réalise pendant son service. Cependant, l'article L121-7-1 limite ses droits moraux puisqu'il dispose que l'agent ne peut pas s'opposer à la modification de l'œuvre dans intérêt du service (sauf atteinte à l'honneur ou à la réputation), ni exercer son droit de repentir et de retrait (sauf accord de l'autorité hiérarchique). Les droits patrimoniaux se trouvent également limités, l'article L131-3-1 dispose que si l'œuvre ne fait pas l'objet d'une exploitation commerciale, il y a cession de plein droit des droits d'exploitation dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public. Le même article énonce que s'il y a exploitation commerciale, la personne publique a un droit de préférence et la cession des droits donne lieu à versement d'un juste prix.

Après avoir vu les principaux points concernant l'auteur unique, il convient d'aborder le cas où les auteurs sont plusieurs (2°).

2° La pluralité d'auteurs

164. L'article L113-2 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle définit l'œuvre de collaboration comme celle à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques. En conséquence, chaque coauteur doit avoir fait un apport formel original. Ne doit pas donc pas être considéré comme tel le client qui s'est borné à fournir des instructions au photographe et ne concourt

ni à la composition du sujet, ni au choix des éclairages, des cadrages, des angles de prise de vue²⁸⁶. En outre l'œuvre doit procéder d'une inspiration commune et d'une concertation entre les coauteurs. Chacun doit avoir une certaine liberté, mais, notent MM. Bruguière et Vivant, « la collaboration n'est cependant pas exclusive d'une certaine hiérarchie²⁸⁷, qui fait qu'un salarié pourrait très bien être coauteur »²⁸⁸. Selon l'article L113-3, l'œuvre est la propriété commune des coauteurs, il s'agit en réalité d'une indivision (mais qui n'obéit pas aux règles de Code civil). Par conséquent, tout acte d'exploitation de l'œuvre commune nécessite l'accord unanime. Toutefois, l'article L113-3 alinéa 4 pose la possibilité d'une exploitation séparée des contributions, à condition que celles-ci relèvent de genres différents, que l'exploitation séparée ne concurrence pas l'exploitation de l'œuvre commune et qu'il n'y ait pas de convention contraire. A titre d'exemple, l'article L113-7 pose la présomption selon laquelle les œuvres audiovisuelles sont des œuvres de collaboration entre l'auteur du scénario, de l'adaptation, du texte parlé, le réalisateur, etc... Remarquons également que l'action en contrefaçon peut être exercée par un seul auteur mais qu'il devra appeler les autres à la cause, sans qu'il soit nécessaire de recueillir leur accord.

165. A côté des œuvres de collaboration, l'article L113-2 alinéa 3 vise les œuvres collectives. Il s'agit d'une œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous son nom. Ainsi, l'œuvre collective permet de reconnaître la qualité d'auteur ab initio à une personne physique ou morale qui prend l'initiative de la création. Le trait caractéristique de ce type d'œuvre est qu'il y a une fusion des contributions et une perte de leur identité. Cependant, les contributeurs peuvent procéder à une exploitation séparée de leurs contributions s'il s'agit de véritables œuvres et ne concurrence pas l'œuvre collective. En outre, les contributeurs gardent un droit moral sur leurs créations. Il a été jugé par exemple qu'une histoire de France en bande dessinée constituait une œuvre de collaboration²⁸⁹. De même pour un titre de journal²⁹⁰.

166. Enfin, le Code de la propriété intellectuelle fait état en son article L113-2 alinéa 2 de l'œuvre composite. Celle-ci est définie comme « l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ». Il s'agit par exemple de la création publicitaire intégrant une photographie existante²⁹¹. Est considéré comme auteur de l'œuvre nouvelle celui qui a réalisé l'agencement des différents éléments du nouvel ensemble²⁹². Mais l'auteur de l'œuvre composite doit recueillir l'autorisation de l'auteur de l'œuvre préexistante.

Puisque nous connaissons désormais les titulaires des droits d'auteurs, il convient donc d'observer la teneur de ces droits (B).

²⁸⁶ CA Paris, 26 mars 1992, D. 1993, p84, obs. Colombet

²⁸⁷ CA Paris, 4 mai 1987, Juris-Data n°1987-023981

²⁸⁸ M. Vivant et J-M. Bruguière, op. cit., p231, n°313

²⁸⁹ CA Paris, 6 mars 1981, D. 1982, p46, obs. Colombet

²⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997, D. 1998, p190, obs. Colombet

²⁹¹ CA Versailles, 28 avril 1988, D. 1988, p165

²⁹² Cass. 1^{ère} civ., 15 février 2005, Bull. civ. 2005, I, n°85, p 75

B/Les droits des auteurs

167. Ces droits se divisent en deux catégories : les droits moraux de l'auteur (1°) et les droits de nature patrimoniale (2°).

1° Les droits moraux de l'auteur

168. C'est par l'article L111-1 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle visant des attributs d'ordre intellectuel et moral que l'auteur jouit de droits moraux sur son œuvre. Ils comportent quatre prérogatives : le droit de divulgation, le droit de repentir et de retrait, le droit à la paternité et le droit au respect de l'œuvre. Toute atteinte à l'un de ces droits pourra être considérée comme une contrefaçon. Les droits moraux sont perpétuels, inaliénables et imprescriptibles.

169. Le droit de divulgation, selon l'article L121-2, est la possibilité pour l'auteur de porter son œuvre à la connaissance du public. Seul l'auteur en a la faculté. L'arrêt de principe en la matière est l'arrêt Camoin rendu par la Cour d'appel de Paris le 6 mars 1931. Le peintre Camoin, jugeant ses toiles indignes, les lacéra et les jeta dans une poubelle. Un chiffonnier les récupéra et les morceaux furent revendus. Une toile fut par la suite reconstituée puis acquise par le poète Carco, qui les mit en vente à Drouot. La Cour décida que « La propriété littéraire et artistique comporte pour celui qui en est titulaire un droit qui n'a rien de pécuniaire, mais qui, attaché à la personne même de l'auteur ou de l'artiste, lui permet, sa vie durant, de ne livrer son œuvre au public que de la manière et dans les conditions qu'il juge convenables »²⁹³. Précisons en outre que ce droit s'épuise par la première communication ou publication et qu'il revient à l'auteur de choisir le mode de divulgation.

170. Ensuite, l'article L121-4 porte sur le droit de retrait et de repentir. Ce droit donne la possibilité à l'auteur, lorsqu'a été conclu un contrat d'exploitation, de le rompre. Mais ce droit ne pourra être invoqué que pour des raisons d'ordre intellectuelles ou morales. Les juges l'analysent comme le droit de rompre unilatéralement le contrat²⁹⁴. Cela est largement dérogoratoire au principe de force obligatoire du contrat. C'est pourquoi l'article L121-4 exige de la part de l'auteur une indemnisation préalable du cessionnaire. Au surplus, ce même article confère au cessionnaire un droit de préemption si l'auteur remet son œuvre dans le circuit économique. En outre, ce droit se trouve limité par la théorie de l'abus de droit. Ainsi, constitue un abus du droit de retrait le fait pour un auteur salarié de bandes dessinées, licencié par son employeur et éditeur, de s'opposer à la réédition de ses albums au seul motif que le taux retenu pour calculer ses droits était insuffisant²⁹⁵.

171. Quant au droit à la paternité, il est défini par l'article L121-1 : « l'auteur jouit du droit au respect de son nom et de sa qualité ». Ainsi, l'auteur peut exiger que son nom et sa qualité figurent sur l'œuvre à chaque fois qu'elle est reproduite ou représentée. Concrètement, il s'agira par exemple du crédit photo dans les magazines comportant des photographies. De même, l'auteur a droit au

²⁹³ CA Paris, 6 mars 1931, D.P. 1931, 2, p88, note Nast

²⁹⁴ TGI Paris, 15 décembre 1993, Juris-Data n°1993-048 25

²⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, JCP 1991, II, 21760, note Pollaud-Dulian

respect de ses qualités, c'est-à-dire ses grades, distinctions, titres²⁹⁶. Le droit moral permet aussi « de s'opposer à ce que lui soit attribuée une œuvre qui n'émane pas de lui »²⁹⁷. Ce droit a également une dimension négative : il peut exiger de rester anonyme ou de se dissimuler sous un pseudonyme. Mais il est libre de mettre fin à l'anonymat et de revendiquer la paternité.

172. Enfin, le même article vise le droit au respect de l'œuvre. Elle ne doit pas être dégradée, dénaturée, mutilée voire détruite, même par celui qui a acquis des droits d'exploitation ou a acheté le support matériel de l'œuvre. Il en va ainsi par exemple pour la colorisation d'un film²⁹⁸. Des limites doivent cependant être apportées dans l'hypothèse où l'auteur a concédé un droit d'adaptation ou encore si certaines contraintes techniques imposent des altérations minimales.

Ainsi, l'accord de l'auteur ou de ses héritiers est nécessaire pour toutes ces prérogatives, sous peine de contrefaçon. Au demeurant, l'auteur jouit également de droits patrimoniaux sur son œuvre (2°).

2° Les droits patrimoniaux de l'auteur

173. A l'instar de l'article L122-1 du Code de la propriété intellectuelle, nous envisagerons les droits de reproduction et de représentation sous le giron du droit d'exploitation. Le droit de suite visé à l'article L122-8 fera l'objet, quant à lui, d'une étude à part.

174. Le droit d'exploitation comprend tout d'abord le droit de reproduction. L'article L122-3 définit la reproduction comme « la fixation de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public ». S'ensuit une énumération non limitative de ces moyens de fixation : « imprimerie, dessin, gravure, photocopie, moulage... ». La reproduction concernée par l'exclusivité doit permettre de communiquer l'œuvre au public, la fixation ne suffit pas.

La reproduction doit être distinguée de la représentation, qui est l'exécution de l'œuvre directement devant un public. L'article L122-2 en donne une définition large en son premier alinéa en indiquant qu'il s'agit de la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque. Puis il en donne quelques exemples : « par récitation publique, l'exécution lyrique... par télédiffusion ». Le droit de représentation s'applique à chaque fois que l'œuvre touche un nouveau public.

175. Enfin il convient d'aborder le droit de suite conféré par l'article L122-8. A l'inverse d'autres auteurs, les créateurs d'œuvres plastiques ou graphiques ne tirent de profit qu'en vendant l'œuvre originale. Ce droit attribue à l'auteur ou à ses héritiers un pourcentage sur le prix de vente du support matériel de l'œuvre. Mais, l'article R122-5 du même Code ajoute que le droit de suite n'est pas exigible si le prix de vente n'excède pas 750 euros. L'article R122-6 fixe l'assiette du prélèvement. Il est égal à 4% du prix de vente lorsqu'il n'excède pas 50000 euros. Le taux est ensuite dégressif, par tranches, pour atteindre 0,25% concernant les œuvres dont le prix est supérieur à 500000 euros, tout

²⁹⁶ CA Paris, 27 septembre 1996, D. 1997, p94, obs. Colombet

²⁹⁷ T. corr. Paris, 9 mai 1995, RIDA janvier 1996, p282

²⁹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1991, D. 1993, p197, note Raynard

en ne pouvant dépasser 12500 euros.

176. Le principe est que le monopole ainsi conférés par le droit d'exploitation dure pendant 70 ans à partir du 1^{er} janvier suivant la mort de l'auteur. Les titulaires du droit d'exploitation sont les ayants droit de l'auteur. Quant au droit de suite, il n'est transmis qu'aux héritiers ab intestat et s'applique pour la même durée.

Mais il faut souligner que les droits patrimoniaux peuvent souffrir des exceptions (C).

C/Les exceptions au monopole de l'auteur

177. Les exceptions figurant à l'article L122-5 du Code de la propriété intellectuelle que nous allons évoquer doivent, lorsqu'elles sont invoquées, respecter le triple test²⁹⁹ : elles doivent être spéciales, ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni constituer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Ledit article énumère préalablement les exceptions que nous allons étudier, parmi lesquelles nous étudierons celles qui se rattache le plus à l'image. Il s'agira de l'exception de représentation privée (1°), de l'exception de copie privée (2°), de l'exception de courte citation (3°), de parodie (4°), et des exceptions mises en place par la loi du 3 août 2006 relative aux droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information (DADVSI). La loi tant décriée du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet n'a fait que modifier légèrement le 8° de l'article précité concernant l'exception de représentation à des fins de conservation et de recherche dans des établissements ouverts au public tels que les bibliothèques, archives, etc... Les incidences de cette modification semblent minimales puisque la loi n'a fait que s'adapter aux moyens de consultation des documents dans de tels établissements via des terminaux dédiés à cela.

1°) L'exception de représentation privée

178. L'article L122-5 parle de « représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ». Il s'agit d'une exception au droit de représentation. Or, ce dernier est défini comme « la communication de l'œuvre au public » (L122-2). MM. Vivant et Bruguière en tirent la conséquence suivante : « En l'absence de cet élément essentiel (le public), point vraiment nécessaire de traiter cette représentation privée et gratuite comme une exception... »³⁰⁰. Ceux-ci parlent d'une limite interne du droit d'auteur plutôt que d'une véritable dérogation. Quant au cercle de famille, il a pu être défini comme « le cercle familial ou d'amis constitué par la réunion de parents, d'alliés ou de personne ayant des relations habituelles »³⁰¹. Ainsi, le président d'une cinémathèque universitaire organisant des projections de films sans l'autorisation nécessaire ne peut invoquer l'exception³⁰². La représentation doit en outre être gratuite.

Ensuite, le Code mentionne l'exception de copie privée (2°).

²⁹⁹ Cela ne figure pas dans le texte car le texte fait une énumération des exceptions, ce qui remplit nécessairement la condition.

³⁰⁰ M. Vivant et J.-M. Bruguière, op. cit., p391, n°583

³⁰¹ CA Grenoble, 26 février 1968, RIDA 1968, juillet, p164

³⁰² CA Paris, 16 septembre 1994, Juris-Data n°1994-022 587

2) L'exception de copie privée

179. Le 2° de l'article L122-5 réserve le bénéfice de cette exception au copiste qui poursuit un usage privé de la copie, et non collectif. L'usage est dit privé lorsqu'il est réservé à un petit groupe de personnes, comme quelques « copains »³⁰³ ou « le cercle familial »³⁰⁴.

Mais il y a des régimes spéciaux. Par exemple, l'exception ne joue pas pour les copies d'œuvres d'art, selon l'article, si elles sont destinées à des fins identiques à l'œuvre originale. De même, le téléchargement sur internet est soumis à un régime spécial³⁰⁵.

L'application de cette exception comme pour les autres, doit en outre respecter le test en trois étapes. Sur ce point, un arrêt de cassation du 28 février 2006 se révèle intéressant. Il s'agissait d'une personne qui avait acheté un DVD et qui désirait en faire une copie privée, mais qui n'y est pas parvenue à cause des mesures techniques de protection. La Cour d'appel avait admis que le test en trois étapes était rempli, et prohibait les mesures techniques de protection incompatible avec l'exercice de l'exception³⁰⁶. La Haute Cour casse l'arrêt en refusant d'admettre que le test est rempli. En effet, elle retient que l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre s'apprécie à l'aune des risques créés par « l'environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur, et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique »³⁰⁷. Les mesures techniques de protection se trouvent ainsi légitimées.

Traisons maintenant de l'exception de courte citation (3).

3) L'exception de courte citation

180. L'exception figure à l'article L122-5 3°a) est soumise à certaines conditions. Tout d'abord, le nom de l'auteur et la source de la citation doivent être indiqués. Ensuite, nous dit la loi, la citation doit être courte par rapport à l'œuvre citante. Il a ainsi été jugé que l'utilisation d'un extrait de film d'une durée de 17 minutes dans une émission de 58 minutes était abusive³⁰⁸. En outre, la citation doit être courte par rapport à l'œuvre citée, elle ne peut être que partielle. C'est ainsi que lors de la réalisation d'un reportage télévisé sur une exposition des œuvres du peintre Utrillo, la Cour de cassation refusa le bénéfice de l'exception. En effet, le reportage comportait une prise de vue, non autorisée par l'ayant droit de l'auteur, reproduisant plusieurs œuvres dans leur intégralité³⁰⁹.

Enfin, le Code de la propriété intellectuelle exige que les citations soient justifiées par « le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique, ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ». Le but de la citation est donc véritablement d'instaurer un dialogue et non de

³⁰³ CA Montpellier, 10 mars 2005, JCP 2005, II, 10078, note Caron

³⁰⁴ CA Paris, 22 avril 2005, JCP 2005, 10126, note Geiger

³⁰⁵ V. Infra, « Le peer-to-peer »

³⁰⁶ CA Paris, 22 avril 2005, RIDA janvier 2006, p374

³⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 28 février 2006, RTD Com. 2006, p370

³⁰⁸ TGI Paris, 14 septembre 1994, RIDA 1995/2, p407

³⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 2003, D. 2004, p200, obs. N. Bouche

s'approprier le travail d'autrui. Ainsi se trouve exclu la finalité commerciale de la citation, notamment lorsqu'elle est entreprise dans une publicité³¹⁰.

Une autre exception est l'exception de parodie (4°).

4°) L'exception de parodie

181. Selon le 4° de l'article précité, l'auteur ne peut interdire « La parodie, le pastiche et la caricature compte tenu des lois du genre ». L'on parle plus communément d'exception de parodie. En premier lieu, il faut une intention humoristique de l'auteur. Cela n'a pas été reconnu concernant la reprise de la photographie de Che Guevara : « Le seul fait de transformer le visage d'un homme politique en celui d'un singe, accompagné d'un slogan « Cultural (R)évolution » et d'un pendentif singulier n'a rien de burlesque et n'a pas pour but de faire rire »³¹¹. Il en a été décidé de même au sujet de la reprise des personnages de la bande-dessinée Tintin pour une œuvre inspirée des travaux d'Hergé³¹². En second lieu, la reprise déformée ne doit pas créer de risque de confusion avec l'œuvre parodiée. Ainsi, dans l'arrêt précité, a-t-il été décidé que par « la similitude des traits des personnages de Tintin, Milou et du capitaine Haddock avec ceux dessinés par Hergé et le risque de confusion en résultant, le tribunal a à juste titre rejeté l'exception de parodie au motif que les vignettes concernées se caractérisent par la volonté de leurs auteurs d'être au plus près de l'œuvre d'Hergé, ce qui exclut le nécessaire démarquage que doit présenter l'œuvre de parodie par rapport à l'œuvre première et qui doit être facilement perceptible par le lecteur »³¹³.

Mais, ce droit de parodie ne doit pas dégénérer pour contrevenir aux « lois du genre ». Les limites en sont l'atteinte à l'honneur et à la considération et la diffamation³¹⁴.

Il ne faut pas oublier qu'à côté de ces exceptions « traditionnelles », la loi DADVSI en a rajouté d'autres (5°).

5°) Les exception de la loi DADVSI

182. La loi DADVSI a mis en place un certain nombre d'exceptions codifiées à l'article L122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Parmi celles-ci, l'on retrouve l'exception d'exploitation dans un but d'information immédiate visée à l'article L122-5 9°. L'instauration de cette exception fait écho à l'affaire Utrillo³¹⁵. Elle permet de concilier droit à l'information du public et droit d'auteur en disposant que l'auteur ne peut interdire « La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur ». Mais cette exception est circonscrite puisqu'elle est

³¹⁰ CA Paris, 12 septembre 2001, CCE 2002, commentaire 40, note Le Stanc

³¹¹ CA Paris 13 octobre 2006, RTD Com 2007, p358, obs. F. Pollaud-Dulian

³¹² CA Versailles, 17 septembre 2009, n°08/04297

³¹³ Arrêt précité

³¹⁴ CA Paris, 22 novembre 1984, D. 1985, p165, obs. Lindon

³¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 2003, précité

réservée à certaines œuvres et pour certains médias. De plus l'article poursuit en affirmant que l'exception « ne s'applique pas aux œuvres notamment photographiques ou d'illustration, qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information ». Cette « exception à l'exception s'explique néanmoins par la volonté de protection du photojournalisme³¹⁶. Enfin, il est ajouté que « Les reproductions ou représentations qui, notamment par leur nombre ou leur format, ne seraient pas en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivi ou qui ne seraient pas en relation directe avec cette dernière donnent lieu à rémunération des auteurs... ». Est ainsi invoqué le principe de proportionnalité, qui devrait normalement conduire à un retour au principe de l'autorisation. Or, le texte impose le paiement d'une rémunération, ce qui semble être une résurgence de la licence légale.

183. Figure également une exception pédagogique à l'article L122-5 3° e) selon laquelle l'auteur ne peut interdire « La représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération... » Sont écartés certains types d'œuvres (les œuvres pédagogiques, les partitions de musique et celles réalisées pour une édition numérique de l'écrit). L'exception ne peut jouer que dans un but précis : l'enseignement, devant un certain public, ce qui exclut l'exploitation commerciale. Enfin, l'exception ne joue qu'en faveur de l'exploitation d'extraits d'œuvres moyennant une rémunération, là encore l'on retrouve les traces de la licence légale.

La loi DADVSI met en place d'autres exceptions comme l'exception de copie technique, l'exception au profit des personnes souffrant de handicaps, etc...

Ainsi, nous avons pu observer la protection conférée par le droit d'auteur sur les œuvres. Mais il faut également se pencher sur la propriété industrielle (section 2).

Section 2 : La protection par la propriété industrielle

184. La propriété industrielle protège également des éléments qui s'adressent en priorité à la vue. Il s'agit principalement de la marque figurative (§1) et des dessins et modèles (§2), dont il faut comprendre les modes de protection.

³¹⁶ Intervention de Mme Blandin, JO Sénat CR, 4 mai 2006

§1/La protection de la marque figurative

185. La protection de la marque figurative fait l'objet de conditions de fonds, relatives à son apparence même (A), et de conditions de forme relatives au dépôt et à l'enregistrement (B).

A/Les conditions de fond de la protection d'une marque figurative

186. Bien évidemment, avant d'étudier les conditions de protection de la marque figurative, qui d'ailleurs sont communes à toutes les marques (2°), il convient de savoir ce qu'est une marque figurative (1°).

1° Le domaine des marques figuratives

187. En premier lieu, l'article L711-1 c) du Code de la propriété intellectuelle fait une énumération de signes pouvant constituer une marque figurative : « les dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, logos, images de synthèse, les formes [...], les dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs ». Il faut en outre préciser que les dessins ou les formes peuvent être protégés par le droit d'auteur ou le droit des dessins et modèles.

En second lieu, il faut s'intéresser plus particulièrement aux marques constituées par des formes. L'article précité dispose que peuvent être une marque valable « les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service ». La marque tridimensionnelle peut ainsi être constituée par la forme du produit ou de son emballage ou accompagner un produit ou la prestation d'un service. Mais il ne faut pas confondre la marque figurative avec le modèle. En effet, le modèle « trouve en quelque sorte sa fin en elle-même, alors que la marque à trois dimensions n'est qu'un point de ralliement de la clientèle autour d'un produit ou d'un service signalé par la forme déposée comme marque »³¹⁷.

188. En troisième lieu, le Code de la propriété intellectuelle prévoit le dépôt des « dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs ». Tandis que la combinaison est un ensemble formé par plusieurs couleurs, la disposition peut être faite de couleurs disposées dans une forme. La doctrine s'est longtemps posé la question de savoir si une couleur unie pouvait être déposée à titre de marque. En effet, le danger résidait dans le fait qu'il suffirait de déposer les trois couleurs fondamentales pour rendre l'usage de la couleur impossible pour présenter un produit, ce qui est bien évidemment inacceptable. La loi du 4 janvier 1991 met fin au doute en disposant que les nuances de couleur, infinies, peuvent constituer des marques. Il s'agit par exemple du « Jaune Kodak » ou du « Rouge Coca-Cola ». En dernier lieu, il faut noter que le dépôt d'un portrait en tant que marque est possible. Mais, il sera possible de se fonder sur les droits de la personne sur son image pour s'y opposer (L711-4 g) du Code de la propriété intellectuelle). Enfin, il faut se demander si les descendants de personnages historiques peuvent s'opposer à l'usage du portrait de leur ancêtre en guise de marque. MM. J. Azéma et J-C. Galloux font valoir que le temps pourrait faire « en quelque sorte « tomber dans le domaine public » le portrait des hommes illustres de façon à permettre de les adopter comme

³¹⁷ J. Azéma, J-C. Galloux, Droit de la propriété industrielle, Précis Dalloz, 6^{ème} édition, 2006, p772, n°1402

marque, même sans autorisation »³¹⁸ avant d'enjoindre à la prudence dans un domaine où « une délicate casuistique peut surgir »³¹⁹.

Puisque nous savons en quoi consiste la marque figurative, il convient désormais d'observer quelles sont les conditions de protection (2').

2) Les conditions de protection

189. Tout d'abord, le signe choisi doit être licite. Cela induit, nous dit l'article L711-3 b) du Code de la propriété intellectuelle, que le signe ne doit pas être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Par exemple, la marque dénommée « Chanvrette » accompagnée du dessin d'une feuille de cannabis a été jugée contraire à l'ordre public³²⁰. Ensuite, des textes interdisent l'emploi de certains signes. Par exemple, des conventions internationales proscrirent l'emploi des mots « Croix Rouge » et de son emblème à titre de marque. De même le a) de l'article L711-3 interdit l'utilisation de symboles de l'identité et de la souveraineté des pays comme les armoiries, les drapeaux, etc... Enfin, selon le c) de l'article L711-3, le signe ne doit pas être déceptif. Le signe choisi ne doit pas être susceptible de tromper le public sur la nature, la qualité ou la provenance du produit ou du service. Il en a été jugé ainsi pour l'emploi du terme « Bel'Mortreau » pour des saucisses ne provenant pas de cette localité³²¹.

190. L'article L711-1 du Code précité indique que la marque doit être distinctive. La marque doit permettre d'identifier un produit ou un service, c'est sa caractéristique essentielle. Pour ce faire, le signe doit être perçu comme un indicateur d'origine du produit ou du service. Ainsi, un pictogramme n'ayant vocation qu'à assurer une aide informative à l'observance d'un traitement médicamenteux n'est pas distinctif³²². En outre, la distinctivité s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés, selon l'article L711-2. Par exemple, le mot « Orange » est distinctif pour des services de télécommunication mais pas pour désigner des agrumes³²³. Pour une marque figurative, la représentation d'une pomme pour désigner des soutiens-gorge est valable³²⁴. Il faut noter que c'est au moment de l'enregistrement de la marque que le caractère distinctif de la marque sera apprécié.

191. De cette exigence de distinctivité découle le fait que le signe ou la dénomination générique ou usuelle ne saurait constituer une marque. Il en résulte que la marque « e-learning » pour désigner une formation sur internet est dépourvue de caractère distinctif³²⁵. De plus, la marque ne doit pas être descriptive, c'est-à-dire exclusivement composée d'une dénomination désignant une caractéristique du produit ou du service. Ainsi, la marque « dermo-esthétique » pour des soins de peau est descriptive³²⁶. Enfin, ne sont pas distinctifs, selon l'article L711-2 c) « les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, conférant à ce dernier sa valeur substantielle ». Cette règle concerne surtout les marques figuratives. En somme, la forme d'un

³¹⁸ Ibid, p776, n°1408

³¹⁹ Ibid, p776, n°1408

³²⁰ CA Rennes, 12 mars 2002, PIBD n°743, III, 247

³²¹ Cass. Com., 30 novembre 2004, PIBD 2005, n°802, III, 116

³²² CA Versailles, 12 octobre 2006, Juris-Data 2006-323591

³²³ Exemple tiré du cours de Master 1 de Propriété Intellectuelle dispensé par M. le Professeur J. Larrieu

³²⁴ TGI Paris, 11 juillet 1984, PIBD 1985, III, p80

³²⁵ TGI Nanterre, 19 novembre 2001, http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=292

³²⁶ TGI Paris, 16 mai 2007, Propr. Industr., 2008 commentaire 5, note A. Gicquel-Donadieu

objet qui est « imposée par la nature » ne saurait être distinctive. Il en sera décidé ainsi par exemple pour la forme d'une bouteille de Champagne car sa forme est traditionnelle et « naturelle ». Il en sera décidé autrement pour la forme d'une bouteille de Perrier puisque le conditionnement de l'eau n'impose pas une telle apparence³²⁷. De même, dès lors que la forme d'un objet répond à une nécessité technique, la marque figurative tridimensionnelle ne sera pas valide, comme cela a été décidé à propos de la brique du jeu de Lego³²⁸. Au surplus, l'intérêt du produit ne doit pas se résumer entièrement à sa forme. Ainsi, la marque « Pantone 314 » constituée par la seule nuance de bleu Pantone 314, qui est la caractéristique du pastis commercialisé sous l'appellation « Grand Bleu », en plus d'être descriptive, confère sa valeur substantielle au signe choisi³²⁹.

192. Enfin, aux termes de l'article L711-4, la marque doit être disponible, personne ne doit avoir de droit antérieur sur le signe. L'article L711-4 dresse une liste des antériorités opposable. Il peut s'agir d'une marque déjà enregistrée, ou notoirement connue, d'une enseigne, d'un nom commercial, d'une dénomination ou raison sociale, etc... Il convient de préciser que cette liste n'est pas exhaustive, de sorte que les noms de domaines peuvent constituer des antériorités opposables. Néanmoins, cette opposabilité est limitée par les principes de territorialité et de spécialité. Le premier implique que n'est opposable que le droit antérieur reconnu sur le territoire français. Le second, en revanche, prescrit qu'il faut apprécier la disponibilité secteur commercial par secteur commercial. Par conséquent, une marque peut être employée pour désigner un produit ou un service même si ce signe est déjà utilisé pour désigner des produits ou services différents. L'exemple traditionnel concerne la marque « Mont Blanc », qui désigne à la fois des stylos et des crèmes dessert.

Ainsi convient-il désormais d'observer les conditions de forme de la protection de la marque figurative (B).

B/Les conditions de forme de la protection d'une marque figurative

193. Selon l'article L712-1 du Code de la propriété intellectuelle, « la propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement ».

Ainsi l'intéressé, son représentant s'il s'agit d'une société, pourront déposer un dossier de demande d'enregistrement à l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI) à Paris ou dans un des centres régionaux. Il sera généralement fait appel aux services d'un avocat.

Le dossier comporte un cadre pour représenter la marque figurative. S'il s'agit d'une marque en trois dimensions il faudra y coller une reproduction plane. En outre, la représentation doit être en couleur s'il la marque est en couleur. Une brève description peut accompagner la reproduction.

Ensuite, le déposant doit indiquer la classe de produits et services pour lesquels il désire déposer sa marque, parmi une liste de 45. Cette indication n'a toutefois qu'un rôle administratif et fiscal.

Une fois le dossier déposé, l'INPI procédera à l'examen de la validité de la marque, sur la

³²⁷ Exemples tirés du cours de Master 1 de Propriété Intellectuelle dispensé par M. le Professeur J. Larrieu

³²⁸ CA Versailles, 26 septembre 1996, Juris-Data n°199 6-045637

³²⁹ CA Aix-en-Provence, 5 avril 2007, Juris-Data n°200 7-336787

forme et sur le fond. Notons cependant que l'examen des conditions de fond ne concerne pas la disponibilité de la marque. C'est d'ailleurs pour cette raison que les tiers auront un délai de 2 mois à compter de la publication du dépôt de la demande au Bulletin Officiel de la Propriété Industrielle (BOPI) pour former opposition auprès du directeur de l'INPI. Il existe également des procédures permettant de formuler de simples observations jusqu'à la revendication de propriété fondée sur une fraude des droits d'un tiers ou de la violation d'une obligation légale ou conventionnelle.

Enfin, si la marque est valable, elle pourra être enregistrée. Elle sera inscrite au registre national des marques, et un certificat d'enregistrement sera délivré au déposant. L'enregistrement se clôturera par une publication au BOPI. Cette procédure confèrera au titulaire de la marque un droit de propriété sur le signe qui sera réputé acquis à compter du dépôt du dossier. Ce droit sera valable pour 10 ans, renouvelable indéfiniment.

Nous avons donc pu détailler les conditions de protection de la marque figurative. Il faut donc voir qu'elle est la protection accordée pour les dessins et modèles (§2).

§2/La protection des dessins et modèles

194. Le droit des dessins et modèles vise à protéger, selon l'article L511-1 du Code de la propriété intellectuelle, « l'apparence d'un produit, ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux ». Toutefois, l'apparence d'un produit visant uniquement un effet technique est exclue des dessins et modèle, mais sera brevetable. Les dessins et modèles font l'objet d'une protection qui leur est propre (A). Cependant, ils pourront également être protégés par le droit d'auteur et le droit des marques (B).

A/Les conditions de protection des dessins et modèles

195. A l'instar de notre étude portant sur la protection des marques figuratives, il conviendra d'observer d'abord les conditions de fond de la protection (1^o) pour ensuite aborder les conditions de forme (2^o).

1^o Les conditions de fond de la protection des des sins et modèles

196. Tout d'abord, le dessin ou modèle doit être nouveau. Ce caractère est défini à l'article L511-3 comme la circonstance qu'aucun dessin ou modèle identique ne doit avoir été divulgué au public à la date de présentation de la demande d'enregistrement ou à la date de priorité. L'article poursuit en disposant qu'un dessin ou modèle est considéré comme identique lorsque ses caractéristiques ne diffèrent que par des détails insignifiants. Mais se pose la question de savoir si une transposition de la forme connue d'un secteur d'activité dans un autre. En la matière, un exemple emblématique a été donné par la jurisprudence de la High Court du Royaume-Uni en 2007. Une société avait déposé en tant que modèle des boules destinées à être insérées dans le tambour des machines à laver pour assouplir le linge et réduire le temps de séchage. Postérieurement, une autre société décide de déposer un modèle similaire mais pour un tout autre usage : les massages, les

articles pour animaux. La seconde société arguait que le second modèle de boules était nouveau puisqu'il ne relevait pas de la même classe de produits. La High Court en a décidé autrement en affirmant à juste titre que la transposition à un autre secteur d'activité ne pouvait constituer la nouveauté³³⁰. La jurisprudence française suit le même raisonnement³³¹.

197. L'article L511-2 ajoute que le dessin ou modèle doit présenter un caractère propre. Quant à l'article L511-4, il précise qu'un « dessin ou modèle a un caractère propre lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt [...]. Pour l'appréciation du caractère propre, il est tenu compte de la liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou modèle ». Cela appelle trois remarques.

Pour commencer, il est fait référence à l'observateur averti. L'observateur averti n'est pas un profane, il possède de véritables connaissances dans le domaine en question, sans nécessairement être un professionnel dans le domaine considéré. Par exemple, « l'observateur averti, qui n'est pas l'homme de l'art, doit s'entendre d'un utilisateur doté non d'attention moyenne mais d'une vigilance particulière, que ce soit en raison de son expérience personnelle ou de sa connaissance étendue du secteur concerné »³³².

Il est ensuite fait appel à l'impression visuelle d'ensemble suscitée par le dessin ou modèle, qui doit différer de celle suscitée par tout autre dessin ou modèle antérieur. La référence à l'impression permet, contrairement à la nouveauté, une certaine dose de subjectivité de la part du juge. En outre, il ne faut pas considérer chacun des éléments du modèle ou du dessin de façon isolée mais avoir une vision d'ensemble. En somme, le dessin ou modèle doit révéler, par rapport aux créations divulguées antérieurement, des différences suffisamment prononcées pour être « propre ». En définitive, c'est l'effort créatif qui est exigé. De sorte qu'il a pu être jugé « que l'importance du motif du cœur décoratif confère à la chaussure une impression visuelle qui lui permet de se démarquer des modèles antérieurs et qui révèle tout à la fois l'effort créatif de l'auteur et lui confère un caractère propre qui le distingue des autres modèles »³³³.

Est ensuite énoncé un principe directeur pour l'appréciation du caractère propre, il faut tenir compte de la liberté laissée au créateur. En effet, l'apparence de certains dessins et modèles peut être en partie fonction de contraintes techniques, ce qui implique que la liberté du créateur ne s'exprime qu'à un faible degré. Par exemple, l'appréciation du caractère propre de deux modèles de bicyclettes devra tenir compte de variations moins flagrantes que s'il s'agissait d'apprécier le caractère propre de deux bijoux. Pour autant, les deux modèles de bicyclettes pourront se voir reconnaître un caractère propre.

Il reste que la protection des dessins et modèles est soumise à des conditions de forme particulières (2°).

³³⁰ High Court of Justice, 19 juillet 2007, cite par D. Cohen, Le droit des dessins et modèles, Economica, 3^{ème} édition, 2009, p71, n°263

³³¹ CA Paris, 31 janvier 2007, n°05/22610 disponible sur Dalloz.fr

³³² TGI Paris, 15 février 2002, PIBD 2002, p377

³³³ CA Paris, 17 janvier 2003, PIBD 2003, p299

2) Les conditions de forme de la protection des dessins et modèles

198. Le dépôt devra être effectué à l'INPI, à défaut au greffe du tribunal de commerce du domicile du déposant si celui-ci ne se trouve pas à Paris. La demande ne pourra être rejetée que dans les hypothèses où les formes prescrites n'auront pas été respectées ou elle est attentatoire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

La validité du dépôt entraînera publication au BOPI et mention au Registre national des dessins et modèles. Ils seront ainsi protégés pour une durée de 25 ans.

L'étude du droit des dessins et modèles révèle également que le droit des marques et le droit d'auteur peuvent s'appliquer (B).

B/Le cumul de protection

199. En effet, le droit d'auteur peut protéger le dessin ou le modèle (1^o), de même que le droit des marques (2^o).

1) La protection par le droit d'auteur : le principe d'unité de l'art

200. Certaines législations étrangères opèrent une distinction entre les créations relevant de l'art industriel (vêtements, meubles...) et celles relevant de l'art pur (peintures, sculptures...). Mais le droit français rejette cette distinction et considère qu'il n'existe qu'un seul art. Il s'agit du principe d'unité de l'art³³⁴, qui englobe tous les dessins et modèles qu'ils soient industriels ou purement artistiques. Selon le Bâtonnier Pouillet, l'on ne peut imposer au juge le rôle d'un critique d'art, qui consisterait à apprécier ce qui est artistique et ce qui ne l'est pas³³⁵.

D'ailleurs l'article L112-1 du Code de la propriété intellectuelle se fait l'écho de cette théorie en disposant que « les dispositions du présent livre protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres quelle qu'en soit la destination ». Et l'article L513-2 du même Code d'affirmer que l'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété « sans préjudice des droits résultant de l'application d'autres dispositions législatives, notamment des livres I^{er} et III (relatifs aux droits d'auteur) ».

Il en résulte que celui qui bénéficie de la protection du droit des dessins et modèles bénéficie également de la protection conférée par le droit d'auteur, qui existe du seul fait de la création, sous réserve d'originalité. Ainsi, un modèle de « doudoune » s'enfilant comme un pull-over, ce modèle présentant une apparence nouvelle et résultant d'un processus créatif qui porte l'empreinte de la personnalité de son auteur (originalité), est protégeable par le droit d'auteur³³⁶.

Ce principe d'unité de l'art présente de grands intérêts sur le plan pratique. En effet, la protection conférée par le droit d'auteur dure toute la vie de l'auteur jusqu'à 70 ans après son décès, contre 25 ans pour la législation spécifique aux dessins et modèles. Le droit d'auteur peut donc être

³³⁴ F. Greffe et P. Greffe, JCI Marques – Dessins et modèles, Fasc. 3110 : Domaine d'application des différentes lois, I/Cumul des dispositions du Livre V avec celles du Livre I du Code de la propriété intellectuelle, 2007

³³⁵ E. Pouillet, Traité théorique et pratique des dessins et modèles : Marchal et Godde, 5^{ème} édition, 1911, n°64

³³⁶ CA Paris, 16 janvier 2002, Propr. industr., 2002, commentaire 34, F. Greffe

invoqué après l'expiration du délai de protection accordée par le Livre V du Code de la propriété intellectuelle. De même, il sera utile d'invoquer la protection par le droit d'auteur si le créateur a négligé de déposer le dessin ou le modèle.

Il faut également préciser que le droit des marques peut également protéger le dessin ou le modèle (2°).

2° La protection par le droit des marques

201. Un dessin ou un modèle déposé à titre de dessin ou modèle, en plus de pouvoir bénéficier du droit d'auteur pourra bénéficier, si les conditions sont remplies, de la protection à titre de marque. L'avantage procuré par le dépôt en tant que marque est considérable puisqu'en plus de pouvoir fonder une demande supplémentaire en cas d'action en contrefaçon, la marque confère une protection à durée indéfinie tant qu'elle est renouvelée. Cela semble assez aisé en matière de dessins.

En revanche, lorsqu'il s'agit de déposer des modèles, ou des formes, selon l'expression du droit des marques, il convient d'être plus prudent. En effet, nous avons vu précédemment qu'au titre de l'article L711-2 c), au sujet des conditions de validité de la marque, le signe, pour être distinctif, ne doit pas être exclusivement constitué par une forme conférant à ce dernier sa valeur substantielle. Or, c'est précisément la forme du modèle qui motive le dépôt en tant que modèle. Il est clair que cet article vise à éviter les cumuls de protections injustifiés³³⁷. Pour autant, des formes peuvent être déposées à titre de marque, même si l'appréciation de la distinctivité se fera de façon restrictive³³⁸. Par exemple, la forme du célèbre « Rubik's Cube » a pu être déposée à titre de marque communautaire tridimensionnelle³³⁹.

Ainsi, nous avons pu voir les dispositifs de protection accordés par la propriété intellectuelle tant pour les œuvres de l'esprit que pour les marques figuratives ou les dessins et modèles. A la suite de ce préalable nécessaire, il convient d'étudier la manière dont cette protection peut être mise à mal par la contrefaçon (chapitre II).

³³⁷ S. Durrande, Droit des marques, D. 2007, p2833

³³⁸ S. Lipovetsky, Une marque communautaire 3D à deux vitesses : l'esthétique au service de la marque de luxe ?, D. 2008, p1367

³³⁹ CA Paris, 7 avril 2006 cité par S. Lipovetsky, Ibid

Chapitre II : La manifestation de l'atteinte à des droits de propriété intellectuelle

202. Puisque nous avons étudié les moyens de protection envisagés par la propriété intellectuelle, il convient de voir comment seront attaqués les droits conférés par la propriété littéraire et artistique (section 1), le droit des marques (section 2) et le droit des dessins et modèles (section 3).

Section 1 : La contrefaçon d'œuvres de l'esprit

203. La caractérisation des actes de contrefaçon est un préalable important (sous-section 1) mais non suffisant puisqu'il faut également traiter de la méthode d'appréciation de ces actes de contrefaçon par le juge (sous-section 2).

Sous-section 1 : La caractérisation des actes de contrefaçon

204. A l'instar des éléments classiques de l'infraction pénale, notre démarche analytique se divisera entre l'élément matériel de la contrefaçon (§1), et son élément moral (§2). Quant à l'élément légal, il réside dans les articles L122-4³⁴⁰, L335-2 alinéa 1^{er}³⁴¹, et L335-3³⁴² du Code de la propriété intellectuelle.

§1/L'élément matériel de la contrefaçon

205. Tout d'abord, il faut souligner que nous n'envisagerons que l'atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur. En effet, même si nous avons affirmé que l'atteinte aux droits moraux de l'auteur pouvait constituer un acte de contrefaçon³⁴³, ce qui est dans le sens de la jurisprudence actuelle³⁴⁴, il n'en demeure pas moins que la question est controversée³⁴⁵. Certes, l'article L335-3 vise indistinctement la « violation des droits de l'auteur ». Mais il faut concilier cette affirmation avec le principe d'interprétation stricte des lois pénales et celui de légalité des délits et des peines. Or, aucun texte n'expose explicitement la violation du droit moral à une sanction pénale. Du reste, MM. Bruguière et Vivant font valoir qu'il y a une incohérence à cette « poursuite si l'on tient l'action en contrefaçon pour une défense de la propriété »³⁴⁶.

Ainsi, la contrefaçon se caractérise principalement par l'atteinte au droit de reproduction de l'œuvre conféré à l'auteur (A), mais elle peut également se manifester par une atteinte au droit de représentation (B).

³⁴⁰ L122-4 : « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ».

³⁴¹ L335-2 alinéa 1^{er} : « Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit ».

³⁴² L335-3 : « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Est également un délit de contrefaçon la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel définis à l'article L122-6. Est également de contrefaçon toute captation totale ou partielle d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle en salle de spectacle cinématographique ».

³⁴³ V. Supra, Titre I >Chapitre I/>Section I/>§2/>B/>1°) Les droits moraux de l'auteur

³⁴⁴ Crim, 22 mai 2002, 2^{ème} arrêt, CCE 2002, commentaire 150, observations Caron

³⁴⁵ J-M. Bruguière et M. Vivant, Droit d'auteur, Précis Dalloz, 1^{ère} Edition, 2009, p704, n°1052

³⁴⁶ Ibid, n°1052

A/L'atteinte au droit de reproduction

206. Tout d'abord, il conviendra d'observer les caractéristiques générales de la contrefaçon (1^o). Cela nous permettra de mieux appréhender ses éléments particuliers, notamment lorsqu'elle se produit sur internet (2^o), mais aussi au regard du délit nouveau de captation en salle de cinéma (3^o).

1^o Généralités sur la reproduction d'images protégées

207. Selon l'article L122-3, « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. Elle peut s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique. Pour les œuvres d'architecture, la reproduction consiste également dans l'exécution répétée d'un plan ou d'un projet type ».

208. La reproduction illicite, c'est-à-dire sans l'autorisation de l'auteur, peut être réalisée à l'identique ou par imitation. La reproduction à l'identique ne doit pas être appréciée trop strictement. Ainsi, le coloriage d'un dessin à l'origine réalisé au crayon en constitue la reproduction³⁴⁷. Ajoutons également que la reproduction même partielle peut être sanctionnée. Ainsi en est-il de la reprise dans un journal d'une photographie de film sans l'autorisation du titulaire des droits d'exploitation³⁴⁸. La contrefaçon par imitation pose davantage d'interrogations quant à son appréciation³⁴⁹.

209. Quel que soit le procédé de reproduction, la contrefaçon devrait théoriquement supposer la communication au public. Pourtant, certains s'accordaient pour dire que la fabrication d'ouvrage puisse constituer une contrefaçon³⁵⁰. Le temps semble leur avoir donné raison puisqu'il a été jugé que le simple dépôt à la Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) était un acte de contrefaçon³⁵¹. Concernant des œuvres imagées, il n'y eu, à notre connaissance, aucune décision similaire mais l'on peut se demander si, par exemple, la simple prise d'une photographie d'une peinture pourrait constituer une contrefaçon. A l'évidence, la position ne semble pas tenable au regard de l'exception de copie privée. D'ailleurs, la Cour de cassation estime qu'il y a reproduction de l'œuvre dès lors qu'il y a communication au public des traits caractéristiques originaux de la création³⁵².

210. Peut-on alors se fonder sur la tentative de contrefaçon ? Il est un principe en droit pénal selon lequel en matière de délits, la tentative n'est punissable que si une loi le prévoit expressément. Or, la loi ne prévoit pas un tel comportement (sauf pour la tentative de contrefaçon de monnaie ayant cours légal en France, selon une jurisprudence séculaire³⁵³). Néanmoins, la directive relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle du 26 avril 2006, devrait résoudre le problème puisqu'elle envisage la tentative de contrefaçon.

³⁴⁷ CA Pau, 10 octobre 2005, Propr. Intell., 2006, n°1 77, observations Lucas

³⁴⁸ Civ 1^{ère}, 3 juin 1997, D. 1998, p166, note Daverat

³⁴⁹ V. Chapitre II/Section I/> Sous-section II/L'appréciation de la contrefaçon

³⁵⁰ E. Pouillet, Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, par G. Maillard et C. Claro, Paris, Marchal et Billard, 3^{ème} édition, 1908

³⁵¹ CA Grenoble, 18 janvier 2001, RIDA 2001, n°189, p3 62, observations Kéréver

³⁵² Cass. civ 1^{ère}, 16 juillet 1987, JCP 1987, IV, 311

³⁵³ Cass. crim. 2 juin 1853, D. 1853.5.225

211. Il faut ensuite envisager la sanction de la contrefaçon. L'article L335-2 punit la contrefaçon de 3 ans d'emprisonnement et de 300000 euros d'amende. La peine est portée à 5 ans d'emprisonnement et 500000 euros d'amende si le délit a été commis en bande organisée. Notons par ailleurs que la contrefaçon est une faute civile pouvant donner lieu à réparation.

Désormais, nous pouvons nous attacher à traiter d'éléments particuliers de la contrefaçon. Par exemple lorsqu'elle est effectuée sur internet (2°).

2° Internet et la contrefaçon

212. En premier lieu, il faut traiter de la reprise d'images protégées par le droit d'auteur par l'internaute (a) pour ensuite s'intéresser au cas plus particulier du peer-to-peer (b).

a. Les images protégées sur internet

213. La situation que nous allons envisager sera celle où l'internaute télécharge une image prise sur un site internet pour ensuite l'exposer sur son propre site. Le cas où ce dernier télécharge une image, provenant d'une source licite, pour la stocker sur son ordinateur sans la diffuser est tenu en échec par l'exception de copie privée. D'où la nécessité d'insister sur la licéité de la source. Il peut en effet être déduit de l'affaire Aurélien D. que la licéité de la source est une condition supplémentaire de l'exception de copie privée³⁵⁴. Comme a pu le souligner Mme Castet-Renard, « la copie (ainsi réalisée) est « contaminée » par l'illicéité et ne saurait être couverte par l'exception de copie privée »³⁵⁵.

Ainsi, dans l'hypothèse du téléchargement puis de l'exposition de l'image, il a pu être jugé que le puisement d'une image sur le site de l'AFP puis sa rediffusion sur un autre site internet constituait une contrefaçon par reproduction³⁵⁶. Il en a été de même pour la reproduction non autorisée d'œuvres d'Hergé sur un catalogue diffusé sur internet par l'organisateur d'une vente aux enchères³⁵⁷.

Il résulte de cela que l'internaute ne pourra reproduire une image sur son site internet que si elle est libre de droits (licences Creative Commons ne restreignant pas le droit de reproduction, images tombées dans le domaine public...), s'il en est l'auteur, ou s'il y a été autorisé par l'auteur. Dans cette dernière hypothèse, le Forum des droits sur l'internet met à disposition des internautes un formulaire téléchargeable de demande d'autorisation³⁵⁸.

214. Enfin, comment ne pas prendre en compte la vocation internationale d'internet ? A l'évidence, il faut se pencher sur cet aspect. Ce sera donc sous l'angle du droit international privé qu'il faudra envisager cela. A cet égard, un jugement mettant en cause la société Google mérite d'être cité.

³⁵⁴ Cass. crim., 30 mai 2006, D. 2006, 2676, note E. Dreyer

³⁵⁵ C. Castet-Renard, Droit de l'internet, Cours, Montchrestien, 2010, p264, n°581

³⁵⁶ TGI Paris, réf, 3 janvier 2000, Légipresse 2000, n°170, I, p39

³⁵⁷ TGI Paris, 21 mars 2003, CCE 2003, commentaire 45, note Caron

³⁵⁸ <http://www.foruminternet.org/particuliers/fiches-pratiques/createurs-de-sites/ai-trouve-des-images-sur-l-internet-puis-je-les-utiliser-pour-illustrer-certains-textes-de-mon-site.html>

En l'espèce, une société de gestion collective, la Société des Arts visuels et de l'Image Fixe (SAIF), reprochait à la société Google de montrer sans autorisation, via son moteur de recherche « Google Images », des images de son répertoire. La SAIF avait donc assigné la société en contrefaçon par reproduction, représentation et atteinte au droit moral devant le TGI de Paris. Ladite société n'avait pas contesté la compétence de cette juridiction. En revanche, celle-ci arguait qu'en application de l'article 5 §2 de la Convention de Berne, la loi applicable était celle du lieu du fait générateur du dommage au titre de la *lex loci protectionis* retenue par ce texte. Cela impliquait l'application de la loi américaine puisque le siège de la société Google se situe aux Etats-Unis, de même que la technologie du moteur de recherche. Faisant écho à la jurisprudence « Waterworld » de la Cour de cassation³⁵⁹, les juges français ont donné raison à la société Google. Ces derniers ont donc appliqué la loi américaine qui comporte une exception aux droits de l'auteur inconnue en France, le « fair use ». Ainsi, selon l'article 107 du Copyright Act, « Pour déterminer si l'usage d'une œuvre dans un cas particulier, est un usage légitime (« fair use »), les facteurs à considérer sont les suivants : les but et les caractéristiques de l'usage, notamment si la nature de l'usage est commerciale ou s'il poursuit des objectifs économiques non lucratifs ; la nature des œuvre protégées ; l'étendue et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'œuvre protégée dans son ensemble ; l'incidence de l'usage sur le marché potentiel ou sur la valeur de l'œuvre protégée ». Les juges ont estimé que les conditions du « fair use » étaient remplies, même pour celle pour la première condition car ils ont considéré que l'usage du moteur de recherche était libre pour tout internaute³⁶⁰.

Désormais, il faut observer la prise en compte par le droit d'un phénomène : le peer-to-peer (b).

b. Le peer-to-peer

215. Il permet le téléchargement (download) et la mise à disposition (upload) de fichiers tels que des films sur internet. Son principe est de mettre directement en liaison un internaute avec un autre qui possède le fichier convoité. Il existe deux méthodes pour parvenir à ce résultat. La première consiste à utiliser un ou plusieurs serveurs centralisés orientant l'internaute vers un autre possédant le fichier demandé. La seconde est la méthode décentralisée, chaque internaute est une sorte de mini serveur et ne possède aucun serveur fixe.

Les sociétés éditrices de logiciels de peer-to-peer fournissent les moyens de la contrefaçon. Les juridictions étrangères ne retiennent pas leur responsabilité. En témoigne par exemple un arrêt de la Cour d'appel d'Amsterdam opposant Kazaa, société distributrice d'un logiciel de peer-to-peer, à la Buma Sterma, l'équivalent de la SACEM aux pays bas. Les juges néerlandais ont estimé que la société Kazaa ne pouvait être tenue pour responsable de l'utilisation faite par les internautes de son logiciel et qu'en outre elle n'avait pas la faculté technique de contrôler le contenu des échanges³⁶¹. Il

³⁵⁹ Cass. Civ., 30 janvier 2007, D. 2008, p1507, observations P. Courbe

³⁶⁰ TGI Paris, 20 mai 2008, SAIF c/ Sté Google Inc., RTDCom 2008, p556, observations F. Pollaud-Dulian

³⁶¹ Cour d'appel Amsterdam, 28 mars 2002, cite par C. Castet-Renard, Droit de l'internet, Cours, Montchrestien, 2010, p265, n°583

en a été jugé de même par le Cour du district central de Californie concernant les logiciels Kazaa Media Desktop, Grokster et Morpheus³⁶². Néanmoins, la Supreme Court of the United States a pu engager la responsabilité de sociétés éditrices de logiciels sur le fondement qu'elles avaient incité à des actes de contrefaçon par le biais de la publicité faite pour leurs logiciels³⁶³.

Le juge français ne se montre pas aussi clément. En effet, il dispose de l'article L335-2-1 du Code la propriété intellectuelle punissant de 3 ans d'emprisonnement et de 300000 euros d'amende la distribution d'un logiciel « manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvre ou d'objets protégés » ainsi que le fait « d'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire », à l'usage d'un tel logiciel. En présence de ce type de logiciel, l'article L336-1 permet une action par voie de référé.

216. Quant à la responsabilité des utilisateurs de logiciels de peer-to-peer, l'actualité législative récente a apporté beaucoup de changements. En effet, la loi visant à favoriser la diffusion et la protection de la création sur l'internet, plus communément appelée loi HADOPI, a été définitivement adoptée le 12 juin 2009. Elle met en place une Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur l'Internet (HADOPI). Elle est composée en majeure partie par des magistrats et est habilitée à obtenir les adresses IP conservées par les opérateurs de télécommunication. Elle ne peut agir que sur saisine des ayans droits dont les œuvres ont été piratées, des agents assermentés, des organismes de défense professionnelle et des sociétés de perception et de répartition des droits. L'article 6 de cette loi consacre une obligation de protéger son accès à internet. Le texte initial prévoyait que la commission de protection des droits de l'HADOPI puisse adresser des messages électroniques puis une lettre recommandée en guise d'avertissement. En cas de persistance, il était prévu une suspension de l'abonnement à internet pouvant aller de trois mois à un an. Dans sa décision du 10 juin 2009 le Conseil Constitutionnel a décidé qu'une autorité administrative indépendante ne pouvait être habilitée à suspendre un accès internet, et ce, au nom de la liberté de communication des pensées et des opinions (article 11 de la DDHC de 1789) et de la présomption d'innocence (article 9 de la DDHC de 1789)³⁶⁴. En réaction à cette censure, une loi HADOPI 2 a été adoptée le 28 octobre 2009. Celle-ci prévoit le dispositif judiciaire qui faisait défaut à la loi d'origine. Désormais, lorsque l'HADOPI aura constaté l'infraction, le juge pénal pourra être saisi. La loi prévoit une voie simplifiée par le biais de l'ordonnance pénale et devant le Tribunal correctionnel siégeant à juge unique. La suspension de l'abonnement pourra ainsi être prononcée.

En dépit de la volonté louable de la part du législateur de vouloir endiguer le phénomène de la contrefaçon sur internet, la loi nouvelle a fait l'objet de nombreuses critiques. Il est surtout reproché à cette loi d'être inefficace tant il est aisé de masquer son adresse IP³⁶⁵. En outre, une étude statistique menée par l'Université de Rennes I met également en doute l'efficacité de la loi. Tout d'abord, il est mis en évidence que la loi ne s'adresse qu'à un seul moyen de téléchargement illégal, le peer-to-peer. Ainsi, depuis l'adoption de la loi, seuls 15% ont arrêté de télécharger par la voie du peer-to-peer. Parmi eux, les deux tiers se sont tournés vers d'autres formes de téléchargement comme le streaming

³⁶² Cour du district central de Californie, 25 avril 2003, cité Ibid

³⁶³ Supreme Court of the United States, 27 juin 2005, MGM Studios et al. Vs Grokster Ltd et al., cite Ibid

³⁶⁴ Cons. Constit., 10 juin 2009, n°2009-580 DC, AJDA 2009, p1132

³⁶⁵ V. http://www.laquadrature.net/wiki/HADOPI_inefficacite_technique

(lecture en flux continu) ou le téléchargement direct par des sites d'hébergement de fichiers, non repérables par l'HADOPI³⁶⁶.

La loi HADOPI a également mis en place un délit nouveau de captation en salle de cinéma (3).

3) Le délit nouveau de captation en salle de cinéma

217. La loi HADOPI a introduit un alinéa 3 à l'article L335-3 du Code de la propriété intellectuelle, passé relativement inaperçu. Ainsi, constitue le délit de contrefaçon « toute captation totale ou partielle d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle en salle de spectacle cinématographique ». Cette nouvelle incrimination vise à endiguer la pratique du « camcording », pratique qui consiste à filmer la projection à l'aide d'un caméscope pour ensuite la diffuser sur internet. Ces reproductions, généralement de mauvaise qualité, sont appelées « screeners ». Cette infraction appelle plusieurs remarques.

Tout d'abord, il a été souligné que cette pratique était tout simplement une reproduction illégale, punissable par le biais de la contrefaçon classique. D'ailleurs le Professeur Pollaud-Dulian n'hésite pas à affirmer avec raison que « L'utilité de la disposition n'est pas aveuglante » et que « Le goût du législateur pour le pointillisme est à la fois une mauvaise méthode en général et méconnaît la structure synthétique du droit d'auteur français, ce qui est bien dommage »³⁶⁷. En réalité, il ressort des débats parlementaires que cette mesure visait à réprimer la contrefaçon « en amont »³⁶⁸. En effet, l'article réprime sur le fondement de la contrefaçon, dès la captation et ce, sans qu'il y ait forcément eu une diffusion de l'œuvre. Comme pour le piratage d'œuvres cinématographiques via le peer-to-peer, l'exception de copie privée semble exclue (bien que pour le peer-to-peer il y ait également une diffusion concomitante de fichiers téléchargés). Or, la pratique du « camcording », du moins avant la loi DADVSI venant subordonner l'exception de copie privée à diverses conditions, n'était réprimée qu'en cas de diffusion, sans qu'il soit fait état d'une infraction à la chronologie des médias³⁶⁹. Ainsi, c'est bien l'exploitation de l'œuvre par sa reprise sur internet que la contrefaçon veut réprimer car c'est bien cette rediffusion qui porte préjudice aux titulaires des droits d'auteur, volonté confirmée par l'existence même de l'exception de copie privée. Pourtant, cette nouvelle infraction s'oppose à cette conception. Y a-t-il un changement de conception de la contrefaçon ?

Ensuite, il faut remarquer que la captation peut être « totale ou partielle ». Ainsi, la prise d'une seule photographie est passible de trois ans d'emprisonnement et de 300000 euros d'amende. Cela est-il réellement justifié ? Aux Etats-Unis, une jeune femme filmant l'anniversaire de sa sœur à l'aide d'un caméscope a passé deux nuits en garde à vue. En effet, parmi les images enregistrées figuraient

³⁶⁶ S. Dejean, T. Pénard, R. Suire, Une première évaluation des effets de la loi HADOPI sur les pratiques des internautes français, mars 2010 disponible à l'adresse suivante : <http://www.marsouin.org/IMG/pdf/NoteHadopix.pdf>

³⁶⁷ F. Pollaud-Dulian, Téléchargement illicite. Suspension d'accès à Internet. Droit d'auteur des journalistes., RTDCom 2009, p730

³⁶⁸Assemblée Nationale, deuxième séance du jeudi 2 avril 2009 : http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2008-2009/20090214.asp#P7576_1555

³⁶⁹ TGI Meaux, 21 avril 2005, cité par le blog Dalloz, 9 septembre 2009 : <http://blog.dalloz.fr/2009/09/les-flous-du-delit-de-captation/>

quelques minutes dans un cinéma montrant brièvement un film. La jeune femme a été accusée de contrefaçon devant le juge du Comté de Cook. Heureusement, celle-ci a été relaxée, ce qui ne l'a pas empêchée de porter plainte contre l'exploitant de la salle de cinéma, ancien demandeur, pour indemnisation de son préjudice moral³⁷⁰. De plus, le développement des « smart phones » pouvant réaliser des photographies ainsi que des vidéos pourrait poser de sérieux problèmes.

218. Se pose également la question de la complicité. En effet, la mise en place d'un système de « camcording » peut facilement être décelée ne serait-ce qu'en surveillant la salle de cinéma ou en effectuant une fouille à l'entrée (quoiqu'illégale dans la plupart des cas). Par conséquent, l'exploitant de cinéma pourra-t-il être tenu pour complice s'il n'effectue pas ce type de diligence ?

En définitive, la création de cette nouvelle infraction semble poser plus de questions qu'elle n'en résout et frappe par son inutilité, comme le souligne le Professeur Pollaud-Dulian³⁷¹. Finalement, la connotation de cette mesure semble plutôt politique qu'utilitaire, il aurait ainsi été question de « donner un signe aux exploitants de salles » de cinéma, comme le faisait valoir le rapporteur du projet de loi HADOPI 2, M. Franck Riester³⁷².

Ainsi convient-il de se consacrer à l'atteinte au droit de représentation (B).

B/L'atteinte au droit de représentation

219. L'atteinte peut-être réalisée par exemple par le peer-to-peer. En effet, l'opération ascendante (upload) consistant à mettre à disposition un fichier, simultanément au téléchargement (download), constitue une contrefaçon non seulement par reproduction mais aussi par représentation³⁷³.

220. Il faut également mentionner les hyperliens ou liens hypertextes. Ceux-ci permettent de renvoyer, à partir d'un site, à un autre site, comportant éventuellement des images. En quelques sortes, « Le procédé, fort utile, n'est pas sans évoquer, à l'échelle du Web, le rôle joué par les notes de bas de page dans la tradition éditoriale ; sauf que, actif en ligne, le lien fait l'économie de la démarche matérielle du lecteur »³⁷⁴. En ce sens, le lien hypertexte ne sera illégal que s'il « crée une exploitation distincte de celle initialement souhaitée par l'auteur »³⁷⁵, il ne doit pas y avoir de transformation ni de masque (celui qui a posé le lien ne doit pas faire passer le message pour sien), sous peine de condamnation³⁷⁶. L'hyperlien peut également permettre l'accès à des œuvres contrefaites. En ce cas, la complicité de contrefaçon pourra être retenue contre celui qui a posé le lien³⁷⁷.

221. Une autre pratique relativement similaire mais différente dans ses effets est celle du « hotlinking ». Dans cette hypothèse il ne s'agit plus de renvoyer simplement à un autre site internet.

³⁷⁰ Chicago Sun Times du 30 juin 2010 : <http://www.suntimes.com/news/roeper/2447824.CST-NWS-roep30.article>

³⁷¹ F. Pollaud-Dulian, op. cit.

³⁷² Assemblée Nationale, deuxième séance du jeudi 2 avril 2009 : http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2008-2009/20090214.asp#P7576_1555

³⁷³ TGI Vannes, 29 avril 2004, Légipresse 2004, III, p180, note Robin

³⁷⁴ P. Gaudrat, Hyperlien et droit d'exploitation, RTDCom 2006, p104

³⁷⁵ F. Sardain, La contrefaçon du fait des liens hypertextes, CCE 2005, Etude 21

³⁷⁶ M. Vivant, Lamy Informatique et Réseaux, 2008, n°2 507

³⁷⁷ CA Aix-en-Provence, 10 mars 2004, Gaz. Pal. 2005, p633, obs. Barbry et Fiévée

Le « hotlinking » consiste à afficher directement une image sur son propre site internet sans toutefois la reproduire et l'héberger sur son site. L'image est donc affichée depuis son serveur d'origine et non à partir du serveur qui héberge la page où l'image est insérée. Les conséquences peuvent être importantes puisque chaque fois qu'un internaute affiche une page contenant une image, ce dernier utilise la bande passante attribuée au site. Or, le « hotlinking » sollicite la bande passante du site d'origine et non celle du site affichant l'image par ce moyen. Par conséquent, cette pratique peut conduire à un surcoût pour le responsable du site originel. Là encore, il y a contrefaçon par atteinte au droit de représentation³⁷⁸.

Puisque nous avons vu quels pouvaient être les éléments matériels de la contrefaçon, il convient d'étudier l'élément moral de la contrefaçon (§2).

§2/L'élément moral de la contrefaçon

222. Lors d'une instance civile, la bonne foi est indifférente³⁷⁹. En revanche, au pénal, selon le principe de l'article L121-3 du Code pénal, « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». Par conséquent, le délit de contrefaçon est intentionnel. Certains se sont indignés de cette disparité « compte tenu notamment du caractère purement procédural du droit d'option de la victime », du fait que la présomption d'innocence doit jouer également devant les juridictions civiles et qu'il y aurait une atteinte à l'égalité des armes car l'élément moral varie selon la nature de la juridiction³⁸⁰. A l'inverse, d'autres considèrent que cette distinction est parfaitement fondée³⁸¹ car « L'atteinte au droit privatif constitue la contrefaçon, qui n'est pas réductible au concept de faute dommageable de la responsabilité civile »³⁸². Cette position semble parfaitement raisonnable puisqu'en effet, « au pénal [...] il s'agit de prononcer une peine pécuniaire ou privative de liberté, ce qui n'a rigoureusement rien à voir avec la voie civile »³⁸³.

223. Cependant, il y a une présomption de mauvaise foi en droit pénal quant à la contrefaçon. En effet, les ressemblances font présumer de la mauvaise foi. C'est donc le dol général, volonté de commettre un acte interdit par la loi pénale, en l'occurrence l'exploitation non autorisée d'une œuvre, qui est présumée³⁸⁴. Cette présomption a d'ailleurs été affirmée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation³⁸⁵.

Cette présomption pèse sur l'auteur ou les coauteurs de l'infraction. Pour tous les autres, c'est-à-dire pour les complices, il faudra apporter la preuve de la mauvaise foi. Il pourra s'agir par

³⁷⁸ Blog de CoPeerRight Agency, société spécialisée dans la protection des droits d'auteur : <http://www.contrefaconnumerique.fr/2009/02/11/quand-la-contrefacon-numerique-affecte-les-blogueurs/>

³⁷⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 29 mai et 26 juin 2001, Propr. Intell. 2001, p71, obs. Sirinelli : la contrefaçon est « caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété qui y sont attachés ».

³⁸⁰ P.-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, Collection droit fondamental 6^{ème} édition, PUF, p844, n°763

³⁸¹ A. Lucas et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 3^{ème} édition, 2006, p680, n°973

³⁸² F. Pollaud-Dulian, Le droit d'auteur, Economica, 2004, p737, n°1244

³⁸³ J.-M. Bruguière et M. Vivant, Droit d'auteur, Précis Dalloz, 1^{ère} Edition, 2009, p712, n°1060

³⁸⁴ S. Durrande, L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau Code pénal, D. 1999, p319

³⁸⁵ Cass. Crim., 13 décembre 1995, RIDA 1996, n°169, p279, obs. Kéréver

exemple de celui qui aura « activement participé à la confection et à la réalisation » du site internet³⁸⁶.

L'auteur de l'infraction devra donc prouver sa bonne foi. Il pourra le faire en arguant que deux esprits peuvent se rencontrer sur un même élément caractéristique, source d'inspiration commune. La jurisprudence appelle cela la rencontre fortuite ou la réminiscence³⁸⁷. Il pourra également plaider l'erreur de fait et beaucoup plus rarement de droit, par exemple pour l'exploitant étranger de salles n'ayant pas demandé l'autorisation des auteurs de la musique des films diffusés, relaxé en raison du fait qu'il avait pu croire de bonne foi que l'autorisation du producteur suffisait³⁸⁸. L'erreur de fait doit, quant à elle, être excusable³⁸⁹, ce qui implique que le défendeur doit avoir accompli certaines diligences comme, par exemple, avoir effectué des recherches avant d'exploiter l'œuvre³⁹⁰.

Nous savons désormais ce qui peut constituer un acte de contrefaçon, encore faut-il savoir de quelle manière cet acte sera apprécié par le juge (sous-section 2).

Sous-section 2 : L'appréciation de la contrefaçon

224. La question qu'il convient de se poser est celle de savoir comment le juge, saisi pour de potentiels faits de contrefaçon, devra analyser les images qui lui sont soumises pour dire si oui ou non il y a contrefaçon. Son appréciation devra passer par certains principes (§1) qu'il faut nuancer selon le genre des œuvres (§2).

§1/Les principes gouvernant l'appréciation de la contrefaçon des œuvres en général

225. Le juge devra ainsi procéder par comparaison. Celle-ci ne pourra porter que sur la forme de l'œuvre. Ainsi, la contrefaçon ne pourra pas être établie en présence d'une simple similitude de thèmes traités dans deux œuvres télévisuelles³⁹¹. Concrètement, le juge devra « rechercher et faire l'addition finale de tous les points de ressemblance caractéristique entre les œuvres en présence »³⁹². En réalité, il reviendra souvent à un expert d'apprécier les ressemblances.

226. Comme nous l'avons vu, la contrefaçon peut être réalisée par reproduction à l'identique ou par imitation. C'est principalement dans ce dernier cas que les difficultés peuvent naître. Dans cette hypothèse, le juge devra apprécier en fonction des ressemblances et non des différences³⁹³. Ainsi, il faudra d'abord apprécier les ressemblances, pour ensuite passer aux différences. Par ailleurs, le risque de confusion ne doit pas être confondu avec la ressemblance car il est étranger au droit d'auteur et propre au droit des marques³⁹⁴.

Ces principes d'appréciation seront différemment employés selon le genre des œuvres (§2).

³⁸⁶ TGI Saint-Etienne, 6 décembre 1999, RIDA 2000/2, p389

³⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 12 décembre 2000, RIDA avril 2001, 347

³⁸⁸ Cass. Crim., 20 mars 1944, D. 1945, p247

³⁸⁹ CA Paris, 17 mai 1975, RTDCom 1977, 503, obs. Desbois

³⁹⁰ TGI Paris, 23 mai 2001, RIDA 2002/1, p308

³⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, D. 1993, p184, note Daverat

³⁹² P.-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, Collection droit fondamental, 4^{ème} édition, PUF, p705, n°423

³⁹³ Cass. 1^{ère} civ, 4 février 1992, D. 1992, p182, note Gautier

³⁹⁴ F. Pollaud-Dulian, Contrefaçon. Appréciation. Risque de confusion. Genre. Ressemblances et différences. Bonne foi., RTDCom 2009, p140

§2/Mise en œuvre des principes selon le genre des œuvres

227. A l'évidence, les principes énoncés précédemment ne seront pas employés de la même manière selon le genre des œuvres soumises au juge. Par exemple, « en matière littéraire, dramatique et audiovisuelle, l'existence d'une contrefaçon implique des similitudes répétées et incontestables dans la composition des deux œuvre, un développement ou un agencement des idées identiques, l'emprunt de l'expression particulière et originale donnée à la première œuvre »³⁹⁵. En revanche, la contrefaçon ne saurait être retenue si « la manière de traiter le sujet est différente [...] lorsque les deux œuvres sont dissemblables, par leur fond, leur forme et leur style »³⁹⁶.

Concernant les arts graphiques et plastiques, l'appréciation semble plus aisée puisque plus facilement perceptible. Sans qu'il y ait nécessairement une ressemblance totale, il faudra une « impression d'ensemble identique »³⁹⁷, ou encore « le simple rapprochement visuel, la ressemblance (qui) s'impose, le même type d'impact et d'effet psychologique »³⁹⁸.

Si le régime de la contrefaçon d'œuvres de l'esprit semble particulier, il n'en demeure pas moins qu'il ne faut pas le confondre avec celui de la contrefaçon de marques (section 2).

Section 2 : La contrefaçon de marques figuratives

228. A l'instar de la démarche que nous avons adoptée précédemment, nous distinguerons l'élément matériel (sous-section 1) de l'élément moral (sous-section 2).

Sous-section 1 : L'élément matériel de la contrefaçon de marque

229. L'article L716-10 du Code de la propriété intellectuelle puni la reproduction, l'imitation et l'usage d'une marque par trois ans d'emprisonnement et 300000 euros d'amende. Cette liste correspond également à la conception civile de la contrefaçon détaillée dans des termes semblables aux articles L713-2 et L713-3. Cette similitude dans la matérialité du délit tant civil que pénal de contrefaçon procède d'une « qualification générique de la contrefaçon »³⁹⁹. Il en résulte qu'elle peut se réaliser par reproduction (§1), apposition (§2), ou usage (§3) de la marque, tant en droit civil qu'en droit pénal.

§1/La reproduction de la marque figurative

230. Tout comme en matière de contrefaçon d'œuvres de l'esprit, la reproduction peut être accomplie à l'identique (A) ou par imitation (B).

A/La contrefaçon par reproduction à l'identique

³⁹⁵ P-Y Gautier, *Ibid*, p706, n°423

³⁹⁶ CA Versailles, 13 mai 1980, RIDA juillet 1980, 171

³⁹⁷ CA Paris, 9 septembre 2005, RTDCom 2005, p717, obs. F. Pollaud-Dulian

³⁹⁸ TGI Nanterre, 10 mars 1993, RIDA, juillet 1993, 343, note Y. Gaubiac

³⁹⁹ H. Bonnard, *La contrefaçon de marque*, Litec professionnels, 2008, p8, n°8

231. Elle nécessite la réunion de deux conditions. La première d'entre elles est que la marque contrefaisante doit désigner des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement de la marque authentique. Cela ne pose guère de difficultés.

Si le signe contrefaisant est strictement identique à la marque figurative authentique, il n'y aura pas de problème. En revanche, il faut également se demander s'il peut y avoir contrefaçon à l'identique en cas de différences minimales. La jurisprudence considérait auparavant qu'une différence de détail n'empêchant pas la similitude visuelle ne faisait pas obstacle à la constitution de l'infraction de contrefaçon⁴⁰⁰. Désormais, c'est le risque de confusion que le juge est tenu de rechercher, ce qui figure à l'article L713-3. Ce terme a été défini par la jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt du 20 mai 2003, la CJCE, saisie d'une question préjudicielle, a considéré « qu'un signe est identique à la marque lorsqu'il reproduit, sans modification, ni ajout, tous les éléments constituant la marque, ou lorsque, considérée dans son ensemble, il recèle des différences si insignifiantes qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux du consommateur moyen »⁴⁰¹. Les juridictions françaises ont ainsi estimé que la reproduction du quadrillage de la marque « Burberry », malgré de légères différences (l'absence des couleurs grises et blanches), était une reproduction à l'identique : « un signe est jugé identique à une marque lorsque, pris dans son ensemble, il recèle des différences si minimales qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur d'attention moyenne »⁴⁰².

De même, si l'on ne retrouve dans la marque contrefaisante qu'un élément de la marque authentique, la jurisprudence ancienne décidait que chaque élément de la marque pouvait faire l'objet d'une protection isolée, pour condamner le contrefacteur⁴⁰³. Les décisions récentes considèrent désormais que la reproduction d'un élément isolé d'une marque complexe n'en constitue pas la reproduction à l'identique mais qu'il peut éventuellement y avoir place pour une contrefaçon par imitation impliquant la prise en compte du risque de confusion⁴⁰⁴.

De même, l'incorporation d'une marque authentique dans une marque complexe pouvait être considérée comme une contrefaçon sous l'empire de l'ancienne jurisprudence⁴⁰⁵. Là encore, il faudra considérer qu'il y a contrefaçon par imitation nécessitant la preuve d'un risque de confusion.

Ainsi convient-il d'étudier la contrefaçon par imitation (B).

⁴⁰⁰ CA Aix-en-Provence, 17 mars 1978, Ann. Propr. Ind. 1980, p65

⁴⁰¹ CJCE, 20 mars 2003, Affaire C291/100, LTJ Diffusion c/ Sadas Vertbaudet, PIBD 2003, III, 441

⁴⁰² CA Paris, 10 avril 2009, PIBD 2009, n°900, III, p1 234

⁴⁰³ Cass. com., 4 octobre 1976, Bull. civ., IV, n°244, p209

⁴⁰⁴ CA Aix-en-Provence, 24 novembre 2000, PIBD 2000, III, 243

⁴⁰⁵ CA Paris, 25 octobre 1996, PIBD 1997, III, 5

B/La contrefaçon par imitation

232. L'imitation peut prendre diverses formes (1), qui seront appréciées selon certains critères par le juge (2).

1) Les formes de l'imitation

233. Une marque figurative peut être imitée de plusieurs manières. La première sera l'hypothèse où le signe contrefaisant ressemblera à la marque authentique par la reprise d'un motif modifié. La contrefaçon est établie lorsque lorsqu'il résulte de la comparaison d'ensemble entre les deux marques que les « caractéristiques essentielles »⁴⁰⁶ ou encore lorsque « l'impression d'ensemble » produite par les deux signes est comparable quand bien même aucun élément précis n'aurait été imité⁴⁰⁷. Néanmoins, selon un arrêt de la Cour d'appel de Paris, la seule reprise d'un élément commun aux deux marques (un félin en extension) ne permet pas de retenir un risque d'association dès lors que la marque seconde ne reprend ni la présentation ou la disposition de l'animal, ni la structure et la calligraphie de son élément verbal (Puma et Duolynx)⁴⁰⁸. L'imitation peut également être réalisée lorsque la marque est constituée par une nuance de couleur dans le cas où la teinte choisie par le second déposant est si proche de celle du premier qu'il en résulte un risque de confusion pour le consommateur d'attention moyenne n'ayant pas en même temps les deux marques sous les yeux⁴⁰⁹. La contrefaçon peut également être établie lorsqu'une marque figurative imite une marque nominale. Par exemple, une marque figurative représentant la Tour Eiffel contrefaisait la marque nominale « Tour Eiffel »⁴¹⁰. En revanche, un logo représentant des drapeaux n'a pas été considéré comme l'imitation de la marque nominale « Aux drapeaux »⁴¹¹.

La seconde hypothèse à prendre en considération est celle où la marque figurative est reproduite dans une marque complexe. Les juges condamnaient systématiquement ce comportement⁴¹². Cependant, elle a fini par adoucir cette solution dans sa jurisprudence du « tout indivisible ». Par cette méthode, les juges recherchent à savoir si la marque figurative reprise a perdu son pouvoir distinctif, s'est fondue dans l'ensemble, dans quel cas il n'y aura pas de contrefaçon. Par exemple, la marque figurative constituée par un navire avait été reprise pour être insérée dans une marque complexe ajoutant un décor tropical. La Haute cour a estimé que le premier navire ne perdait pas son caractère distinctif, ne formant pas un tout indivisible avec les éléments du décor⁴¹³.

Il convient désormais d'observer la façon dont sera appréciée l'imitation (2).

⁴⁰⁶ CA Paris, 24 septembre 2003, PIBD 2004, III, 106

⁴⁰⁷ Cass. com., 18 avril 2000, PIBD 2000, III, 314

⁴⁰⁸ CA Paris, 22 octobre 2008, PIBD 2008, III, p691

⁴⁰⁹ Com, 19 avril 2005, PIBD 2005, III, p419

⁴¹⁰ CA Reims, 19 mai 1993, PIBD 1993, III, p553

⁴¹¹ CA Paris, 10 septembre 2003, PIBD 2004, III, p139

⁴¹² CA Lyon, 28 janvier 1975, Ann. Propr. Ind. 1975, p273 ; CA Paris, 25 janvier 1971, Ann. Propr. Ind. 1972, p173

⁴¹³ Cass. com., 8 juillet 1997, cité par M. le Professeur Larrieu dans son cours de propriété intellectuelle de Master 1

2) L'appréciation de l'imitation

234. Nous l'avons répété à plusieurs reprises, il y a contrefaçon à partir du moment où il y a un risque de confusion pour un acheteur d'attention moyenne n'ayant pas en même temps les deux marques sous les yeux. Cette appréciation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, sous réserve d'insuffisance ou de contradiction de motifs⁴¹⁴.

235. Ainsi, le juge devra apprécier ce risque de confusion de façon globale. C'est « l'impression d'ensemble » qui est retenue et qui doit conduire à ce risque. Pour évaluer ce risque il est d'ailleurs fait de plus en plus référence au consommateur d'attention moyenne n'ayant pas les deux signes simultanément sous les yeux⁴¹⁵, ce mouvement a d'ailleurs été qualifié de conception objective du risque de confusion⁴¹⁶. Si les juridictions internes ont pu se contenter d'un « consommateur d'attention moyenne »⁴¹⁷, la CJCE est beaucoup moins laxiste en se référant à un « consommateur moyen de la catégorie de produits et services en cause, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé »⁴¹⁸. La CJCE a ensuite précisé que le niveau d'attention du consommateur varie selon les produits ou services en cause et qu'il « n'a que rarement la possibilité de procéder à une comparaison directe des différentes marques mais doit se fier à l'image non parfaite qu'il en a gardé en mémoire »⁴¹⁹. Il en est résulté qu'en droit interne, il est désormais fait référence au « consommateur d'attention moyenne n'ayant pas les signes simultanément sous les yeux (ou à l'oreille dans un temps rapproché) »⁴²⁰.

La reproduction n'est pas la seule forme de contrefaçon. En effet, le Code de la propriété intellectuelle prend également en compte la contrefaçon par apposition de la marque figurative (§2).

§2/L'apposition de la marque figurative

236. Ce sont les articles L713-2 a) et L713-3 a) du Code de la propriété intellectuelle qui incriminent ceux qui auraient apposé une marque appartenant à autrui. En somme, il s'agit de l'hypothèse où le contrefacteur aura utilisé la marque d'autrui pour désigner des produits qui n'y ont pas droit. S'il s'agit de produits identiques à ceux qui figurent au dépôt, il ne sera pas nécessaire qu'il y ait un danger de confusion. En revanche, si les produits ne sont plus identiques mais similaires, il faudra un risque de confusion. Du reste, l'apposition d'une marque reproduite à l'identique ou imitée sur un produit ou son emballage constitue le délit⁴²¹. En outre, l'apposition doit être faite dans un but commercial et se situer dans le cadre de la spécialité de la marque contrefaite.

237. L'infraction est également constituée par le fait de placer le produit dans l'emballage ou le récipient revêtu de la marque d'autrui, c'est ce qu'on a appelé le « délit de remplissage ». Il s'agit par exemple de celui qui livre de la bière ne provenant pas du titulaire de la marque dans des

⁴¹⁴ Cass. com., 14 novembre 1972, RTDCom 1972, p895

⁴¹⁵ Cass. com., 28 janvier 2003, pourvoi n°00-16.803, disponible sur Légifrance

⁴¹⁶ A. Yebdri, Appréciation comparée du risque de confusion des marques dans la jurisprudence française et communautaire, Gaz. Pal. 20 octobre 2007, n°293, p2

⁴¹⁷ Cass. com., 1^{er} décembre 1998, PIBD 1999, 669, III, 46

⁴¹⁸ CJCE, 16 juillet 1998, Gut Springfield et Tusky, Aff. C210/96, Gaz. Pal., Rec. 1998, p649

⁴¹⁹ CJCE, 22 juin 1999, Lloyd, Aff. C342/97, Gaz. Pal., Rec. 1999, p714

⁴²⁰ Cass. com., 28 janvier 2003, précité

⁴²¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, Goldorak, PIBD 2007, III, p. 5

bouteilles portant la marque authentique⁴²². Nous avons vu précédemment que la marque pouvait être tridimensionnelle, et donc constituée par la forme caractéristique du produit, notamment d'une bouteille⁴²³. Ainsi, l'on peut aisément imaginer le délit d'apposition par « remplissage » constitué en l'absence de l'étiquette figurant sur l'emballage ou le récipient déposés en tant que marques tridimensionnelles.

Il faut enfin s'intéresser à la dernière forme de contrefaçon : l'usage de la marque figurative (§3).

§3/L'usage de la marque figurative

238. L'article L713-2 a) du Code de la propriété intellectuelle prohibe l'usage d'une marque reproduite à l'identique pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement. De même, l'article L713-3 a) poursuit en disposant que pour les produits ou services simplement similaires, l'usage d'une marque reproduite à l'identique est prohibé sous réserve d'un risque de confusion. Le b) de cet article ajoute la même exigence dans le cas d'un usage de marque reproduite par imitation pour des produits identiques ou similaires. Ainsi, dans tous les cas, l'usage suppose que la marque ait été reproduite à l'identique ou imitée. En général, ce sera souvent la même personne qui commettra le délit de reproduction et celui d'usage. Mais l'intérêt de cette infraction est de poursuivre ceux qui, sans avoir reproduit la marque, auront commercialisé ou utilisé des produits ou services revêtus de la marque contrefaite par un autre. Certains souhaitaient la circonscription de ce délit dans ces limites⁴²⁴. Cependant, la jurisprudence récente a une conception plus large de l'usage qui ne se borne pas à l'usage consécutif à la reproduction ou imitation. Est ainsi sanctionnée la citation de la marque d'autrui dans la publicité, par exemple, celui qui utilise la marque d'autrui en raison de sa notoriété dans une publicité tapageuse⁴²⁵, ou celui qui se sert de la marque d'autrui pour se désigner dans un annuaire téléphonique⁴²⁶. Cette prohibition doit néanmoins être conciliée avec l'article L121-8 du Code de la consommation autorisant la publicité comparative. En revanche, n'a pas été déclaré illicite l'usage consistant pour une société à faire de la publicité pour des lunettes portant une marque notoire alors qu'elle vendait des produits authentiques⁴²⁷.

239. La prohibition de l'usage doit également être conciliée avec la liberté d'information et d'expression, et cela vaut aussi bien pour les marques verbales que figuratives. En effet, l'usage doit avoir été réalisé dans un but commercial pour être contrefaisant. La citation de la marque est donc autorisée par exemple dans un ouvrage littéraire ou scientifique⁴²⁸. Il est également autorisé d'user de la marque dans un cadre polémique, pour la critiquer. C'est ce qui a pu être jugé à propos d'un contentieux opposant l'association Greenpeace contre la société ESSO. L'association de protection de l'environnement dénonçait les agissements de la multinationale par le biais d'un site internet, et se

⁴²² Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 1951, Ann. Propr. Ind. 1954, 6

⁴²³ 1) Le domaine des marques figuratives

⁴²⁴ A. Chavanne, Le délit d'usage et son évolution, Mélanges Mathély, Litec 1990, p101

⁴²⁵ Cass. com., 9 février 1982, PIBD 1982, III, 182

⁴²⁶ CA Paris, 15 mai 1998, RTDCom 1998, p846

⁴²⁷ CA Paris, 22 septembre 1982, PIBD 1982, III, 268

⁴²⁸ CA Paris, 20 septembre 1974, D. 1975, p312 ; CA Paris, 20 décembre 1978, Ann. Propr. Ind. 1980, p116

référait à la marque ESSO en ces termes « E\$S\$O ». Les juges ont estimé que la liberté d'expression impliquait qu'une association puisse faire un tel usage de la marque pour dénoncer les atteintes à l'environnement, en l'absence de risque de confusion⁴²⁹. L'abus de la liberté d'expression sera quant à lui sanctionné par la responsabilité civile.

Nous avons donc pu étudier brièvement la consistance de l'élément matériel de la contrefaçon dans ses différentes acceptions. Il faut désormais en étudier l'élément moral (sous-section 2).

Sous-section 2 : L'élément moral de la contrefaçon de marque

240. C'est véritablement dans son élément moral que le droit pénal et le droit civil opèrent une différenciation quant à la contrefaçon de marque. En effet, en droit pénal, c'est la faute pénale d'imprévoyance qui demeure le seul élément moral constitutif (§1), alors qu'en droit civil il faut se concentrer sur l'inefficacité de la bonne foi (§2).

§1/En matière pénale : la faute d'imprévoyance

241. Il résulte en effet de l'article 339 de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992 que, avant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, du fait que le droit des marques n'exigeait pas que le délit fût fondé sur une faute intentionnelle, la contrefaçon échappait au principe de l'article 121-3 alinéa 2 selon lequel tous les délits correctionnels sont intentionnels⁴³⁰. Par conséquent, et ce, sans que l'article L710-10 alinéa 1 c) y fasse expressément référence, le délit de contrefaçon, en matière pénale, est constitué dans son élément moral par la faute pénale d'imprévoyance régie par les alinéas 3 et 4 de l'article 121-3⁴³¹. Ainsi, la Cour de cassation a pu censurer des arrêts de cours d'appel ayant prononcé la relaxe en se fondant sur un doute quant à la mauvaise foi, en d'autres termes sur l'intention du prévenu, alors qu'elle n'était pas requise⁴³².

La faute pénale d'imprévoyance a cessé d'être appréciée in abstracto pour être appréciée in concreto. Désormais, le juge est invité à opérer un véritable jugement de valeur faisant dépendre la culpabilité du prévenu de circonstances personnelles de l'auteur. Cette appréciation d'ordre moral ressort indéniablement de la loi n°96-396 du 13 mai 1996 selon laquelle le juge doit tenir compte « le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences, ainsi que des pouvoirs et des moyens dont il disposait »⁴³³.

Il faut désormais observer qu'en droit civil, la bonne foi est inopérante (§2).

⁴²⁹ TGI Paris, 30 janvier 2004, D. 2004, p879, confirmé en appel par CA Paris, 16 novembre 2005, Propr. Indus. Janvier 2006, commentaire n°4 ; V. aussi pour Danone : CA Paris, 30 avril 2003, D. 2003, p1760

⁴³⁰ V. par exemple Cass. crim., 19 juin 1995, pourvoi n°94-83.874

⁴³¹ H. Bonnard, La contrefaçon de marque, Litec professionnels, 2008, p17, n°17

⁴³² Cass. crim., 14 novembre 2000, Juris-Data n°007552

⁴³³ Y. Mayaud, De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle, D. 1997, p37

§2/En matière civile : la bonne foi inopérante

242. Sur le fondement de l'article L716-1 du Code de la propriété intellectuelle, la quasi-totalité des décisions des juridictions du fond jugent la bonne foi inopérante⁴³⁴. Aussi, comme le souligne le Professeur Bonnard, la « jurisprudence des juges du fond [...] paraît faire le choix de dénier expressément la nécessité de telle ou telle faute, voire sans doute de toute faute »⁴³⁵. Selon ce même auteur, cette jurisprudence conduit à relativiser la distinction entre action en interdiction et action en réparation. En effet, elle conforte l'idée selon laquelle l'illicéité du fait générateur ne résulte pas de la violation de la norme générale de conduite sociale imposant de se conduire avec prudence et diligence en toute circonstance. Au contraire, cette illicéité semble plutôt résulter d'une violation d'un devoir particulier, celui de ne pas porter atteinte au droit de propriété que constitue le droit de marque. Le Professeur Bonnard, prenant appui sur les travaux du Professeur Passa⁴³⁶, en déduit que l'action en contrefaçon devrait s'analyser en une action en revendication d'un bien, évoquant ainsi l'atteinte à la propriété immobilière que constitue l'empiètement. Ce serait donc la matérialité même de la transgression qui caractériserait le fait générateur de responsabilité civile⁴³⁷, tout comme pour la contrefaçon d'œuvres.

Il faut ainsi se demander si le responsable se voit appliquer une présomption irréfragable de faute ou si sa responsabilité est engagée de plein droit, ce que semble suggérer certaines décisions qualifiant le droit de marque de droit « absolu »⁴³⁸ ou la responsabilité de « responsabilité de plein droit »⁴³⁹. Cependant, la prudence commande de ne pas généraliser ces analyses⁴⁴⁰.

Ainsi, nous avons vu que l'élément matériel ne permettait pas de distinguer entre la contrefaçon en matière pénale et civile. En revanche, le véritable élément de distinction est bien l'élément moral, qui, à l'instar de la contrefaçon d'œuvres de l'esprit, est différent selon que l'action ait été menée sur le terrain pénal ou civil. Qu'en est-il de la contrefaçon de dessins et modèles ? (section 3)

Section 3 : La contrefaçon des dessins et modèles

243. La contrefaçon de dessins ou modèles déposés est un délit pénal puni, selon l'article L510-10 du Code de la propriété intellectuelle, de trois ans d'emprisonnement et 300000 euros d'amende. Si le délit est commis en bande organisée, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et 500000 euros d'amende. En outre, il ne faut pas omettre que le dessin ou le modèle peut être protégé par le droit d'auteur et le droit des marques. Comme précédemment, nous analyserons la contrefaçon des dessins et modèles sous l'angle de son élément matériel (§1), puis sous l'angle de son élément moral (§2).

⁴³⁴ CA Paris, 18 octobre 2006, PIBD, III, p26 ; CA Paris, 12 décembre 2003, Gaz. Pal. 2005, p609 ; CA Amiens, 25 février 1988, Juris-Data n°049846

⁴³⁵ H. Bonnard, op. cit., p31, n°51

⁴³⁶ J. Passa, Droit de la propriété industrielle, LGDJ, 2006, n°11 et s.

⁴³⁷ H. Bonnard, Ibid, p32, n°53

⁴³⁸ CA Paris, 5 juin 1996, Gaz. Pal. 1996, p516

⁴³⁹ CA Paris, 16 mai 1991, Juris-Data n°022079

⁴⁴⁰ H. Bonnard, Ibid, p31, n°54

§1/L'élément matériel de la contrefaçon des dessins et modèles

244. A l'instar de la marque, la contrefaçon se réalise par reproduction à l'identique (A) ou imitation (B).

A/La reproduction à l'identique des dessins et modèles déposés

245. L'article L513-4 énumère toute une série d'agissements constitutifs du délit de contrefaçon : « la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, l'utilisation ou la détention à ces fins d'un produit incorporant le dessin ou modèle ». En définitive, l'important est que le dessin ou le modèle soit reproduit.

246. Le procédé de reproduction est donc indifférent, il suffit qu'il y ait une fixation matérielle par dessin, enregistrement sur pellicule photographique ou vidéo, etc... Il a ainsi pu être jugé que la photographie de modèles de chapeaux protégés était contrefaisante⁴⁴¹. De même la fixation sur bande vidéo d'un modèle de chaise est une contrefaçon⁴⁴². La reproduction d'un modèle de voiture sous la forme d'une miniature, même vendue en pièces détachées est également un acte de contrefaçon⁴⁴³.

247. Il faut insister sur le fait que le droit des dessins et modèles ne connaît pas le principe de spécialité, propre au droit des marques. Le public auquel est destinée la copie est donc indifférent. Par conséquent, il importe peu que la reproduction ait été réalisée sur un support différent de celui utilisé par le dessin ou le modèle original. Par exemple, Il a été estimé par la Cour d'appel de Paris que la reproduction sur des tee-shirts de flacons de parfums constitue tout de même une contrefaçon de ces modèles⁴⁴⁴.

248. Enfin, la reproduction est appréciée indépendamment du profit réalisé. La personne poursuivie peut très bien n'avoir réalisé aucun bénéfice pécuniaire de ses actes⁴⁴⁵.

La question est plus difficile lorsque le dessin ou le modèle n'a pas été reproduit à l'identique mais simplement imité (B).

B/L'imitation des dessins et modèles déposés

249. Tout comme en droit des marques, le contrefacteur ne reproduira que rarement le dessin ou le modèle à l'identique, et ce pour échapper au délit de contrefaçon. Mais, l'article L513-5 implique que la reproduction s'apprécie en fonction de « l'impression visuelle d'ensemble » de l'observateur averti, ce qui se rapproche du risque de confusion du droit des marques. Il y aura donc contrefaçon dès lors que les ressemblances entre les deux dessins ou modèles sont dominante et que les dissemblances ne parviennent pas à effacer une même « impression visuelle d'ensemble » se

⁴⁴¹ CA Paris, 3 novembre 1988, CDA 1989, n°17, p10

⁴⁴² TGI Paris, 18 octobre 1995, PIBD 1996, p77

⁴⁴³ TGI Paris, 29 octobre 2002, PIBD 2003, p276

⁴⁴⁴ CA Paris, 19 mars 1992, PIBD 1992, p444

⁴⁴⁵ CA Paris, 7 juin 2006, PIBD 2006, p629

dégageant de la comparaison des deux dessins ou modèles en cause. Aussi a-t-il pu être jugé que, « peu importe que les dimensions des sacs ou les motifs des dentelles puissent ne pas être les mêmes, ces différences, au demeurant secondaires, n'affectant pas la reprise des éléments constitutifs de la combinaison revendiquée »⁴⁴⁶. De même, « le fait de réduire la taille des assiettes, dès lors que les caractéristiques protégeables sont reproduites, n'affecte pas l'impression visuelle d'ensemble qu'elles suscitent »⁴⁴⁷. En revanche, le critère de l'impression visuelle d'ensemble peut également servir à écarter une action en contrefaçon : « l'association d'éléments figuratifs d'un visage et d'un élément dénominatif dans ce visage dégage une impression d'ensemble différente du premier, d'où il résulte un dessin tout à fait distinct »⁴⁴⁸.

250. Mais l'impression visuelle d'ensemble ne doit pas résulter exclusivement de la reprise d'éléments non protégeables. En effet, certaines caractéristiques ne sont pas protégeables, il s'agit de celles provenant du domaine public et de celles qui sont inhérentes à la nature du modèle. Les premières résultent du fait que certaines caractéristiques peuvent être totalement banales ou que leur protection a expiré. Quant aux caractéristiques inhérentes à la nature du modèle, il s'agit de ressemblances « nécessaires ». Il ne pourrait être reproché par exemple à un fabricant de bicyclette par un de ses concurrents d'avoir contrefait un modèle de vélo sous le prétexte que les seules ressemblances sont que ce dernier comporte une selle, un guidon et des roues⁴⁴⁹. Dans ces hypothèses, la contrefaçon pourra être écartée même en présence d'une impression visuelle d'ensemble similaire.

Cela nous amène à étudier l'élément moral de la contrefaçon de dessins et modèles (§2).

§2/L'élément moral de la contrefaçon de dessins et modèles

251. L'élément moral de la contrefaçon de dessins est modèles semblable à celui de la contrefaçon d'œuvres de l'esprit. En effet, en matière pénale, il pèse sur l'inculpé une présomption de mauvaise foi, alors qu'en matière civile, la bonne foi est inopérante.

Concernant la matière pénale, l'article 121-3 du Code pénal indique le principe selon lequel il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. De plus, le principe de la présomption d'innocence implique que le titulaire des droits sur le dessin ou le modèle doit rapporter la preuve de la mauvaise foi de la personne poursuivie. Cependant, une jurisprudence constante considère que la mauvaise foi est présumée. En effet, la trop grande similitude entre deux dessins et modèles implique que l'auteur ait nécessairement eu connaissance des droits antérieurs et qu'il a agit en toute connaissance de cause⁴⁵⁰. Cependant, il ne s'agit que d'une présomption simple.

Devant les juridictions civiles en revanche, la bonne foi est inopérante. En effet, toute personne a le devoir, avant de fabriquer, importer ou proposer à la vente une marchandise, de vérifier s'il ne porte pas atteinte à un droit antérieur. Il s'agit, selon les juges, d'une « faute d'imprudence » ou

⁴⁴⁶ CA Paris, 16 mai 2008, Juris-Data n°2008-365135

⁴⁴⁷ CA Paris, 18 octobre 2006, PIBD 2006, p828

⁴⁴⁸ CA Paris, 7 mars 2003, PIBD 2003, p486

⁴⁴⁹ Exemple tiré de D. Cohen, Le droit des dessins et modèles, Economica, 2009, p266, n°869

⁴⁵⁰ V. par exemple : Cass. com., 2 juillet 2002, RDPI 2003, p43, n°145

de « négligence »⁴⁵¹. Toutefois, exceptionnellement, la bonne foi pourra exonérer le supposé contrefacteur. Il s'agit d'espèces où la bonne foi est avérée et où la personne a pris les précautions nécessaires⁴⁵².

252. Nous avons pu étudier le dispositif complexe de protection des images par le biais de la propriété intellectuelle. La contrefaçon peut recouvrir plusieurs formes et son élément matériel est apprécié différemment en fonction de son objet. Si son élément matériel ne diffère pas entre la matière pénale et la matière civile, il n'en va pas de même pour l'élément moral.

Il faut désormais s'intéresser aux images non protégées par la propriété intellectuelle (titre II).

⁴⁵¹ V. par exemple : CA Paris, 1^{er} juillet 2005, cité par D. Cohen, *Ibid*, p211, n°740

⁴⁵² TGI Paris, 29 janvier 2003, PIBD 2003, p433 ; CA Lyon, 15 mai 2003, PIBD 2003, p54

Titre II : L'atteinte aux autres biens

253. Le droit pénal ne protège pas l'image des biens non protégés par le droit d'auteur. Cependant, l'étude n'en demeure pas moins intéressante. Il s'agit en réalité d'envisager ces biens comme une catégorie résiduelle, non protégée par le droit d'auteur. Cette démarche nous permet par conséquent d'entrevoir la protection pénale de l'image des biens sous un jour nouveau. En effet, l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle est une atteinte à la propriété et est poursuivie pénalement. L'atteinte au droit de propriété corporelle que nous allons voir ne l'est pas. Afin d'en expliquer les différences, il conviendra d'étudier, le dispositif de protection (chapitre I) puis la manifestation de l'atteinte (chapitre II).

Chapitre I : La protection de l'image des biens

254. Le dispositif de protection de l'image des biens est une création jurisprudentielle. S'il était classiquement admis, depuis le célèbre arrêt Gondrée du 10 mars 1999⁴⁵³, que l'image des biens fut rattachée à la propriété (section 1), il n'en demeure pas moins que d'autres rattachements sont possibles (section 2).

Section 1 : Le rattachement au droit de propriété

255. Selon l'article 544 du Code civil, « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ». L'arrêt Gondrée a ainsi admis que le droit de propriété, absolu, devait comprendre l'image des biens. Cependant, certaines décisions semblaient avoir amorcé ce rattachement.

Dans un arrêt du 15 juillet 1919, la Cour d'appel de Grenoble considère qu'un locataire a le droit de s'opposer à ce qu'un tiers reproduise l'image de la chose louée⁴⁵⁴. Ainsi, « le droit de faire reproduire par le dessin, la photographie, ou tout autre procédé usuel, la vue extérieure et intérieure des lieux loués est un accessoire de la chose louée ». Or, le contrat de bail ayant donné au preneur un droit de jouissance s'étendant à tous les accessoires de la chose louée, le propriétaire est donc censé avoir cédé au locataire ce droit de reproduction, s'il ne s'en est pas expressément réservé l'usage.

256. Par la suite, un jugement de 1988, après avoir rappelé que le droit de propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, énonce que « ce droit met obstacle à ce qu'un tiers capte et reproduise l'image de son bien qu'il soit meuble ou immeuble sans son autorisation, le droit à l'image étant un attribut du droit de propriété »⁴⁵⁵. Les attributs du droit de propriété sont l'usus, le fructus, et l'abusus. Le « droit à l'image » des biens se trouve contenu dans la catégorie de l'usus ou du fructus, peu important de savoir laquelle des deux⁴⁵⁶.

257. Cependant, certaines décisions ont tenu à apporter une limite à ce droit. En effet, selon

⁴⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1999, RTDCiv 1999, p859, obs. F. Zenati

⁴⁵⁴ CA Grenoble, 15 juillet 1919, D. 1920, p9, note A. Rouast

⁴⁵⁵ TGI Bordeaux, 19 avril 1988, D. 1989, p93

⁴⁵⁶ Thèse B. Gleize, La protection de l'image des biens, Defrénois, Tome 33, 2008, p143, n°227

certaines juridictions, « le droit de propriété autorise le propriétaire à mettre obstacle à ce qu'un tiers utilise l'image de son immeuble à des fins commerciales sans son autorisation [...], l'utilisation commerciale de l'image de son bien étant un attribut du droit de propriété »⁴⁵⁷.

258. C'est enfin l'arrêt Gondrée qui opère le rattachement à l'article 544 du Code civil. Plus précisément, les juges se fondent sur le droit de jouissance : « l'exploitation d'un bien sous la forme de photographie porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire »⁴⁵⁸. Aucune référence à la commercialité de l'exploitation n'est affirmée dans cet arrêt de principe.

Néanmoins, le droit de propriété n'est pas le seul à pouvoir protéger l'image des biens (section 2).

Section 2 : Le rattachement à d'autres fondements

259. Tout d'abord, la relation entre propriété et vie privée est pour le moins complexe (§1). Ensuite, il faut insister sur le fait que la responsabilité pourrait être un moyen efficace de protection (§2).

§1/L'atteinte aux droit de la personnalité du propriétaire

260. Le jugement du TGI de Bordeaux que nous avons cité précédemment est en ce sens évocateur⁴⁵⁹. En l'espèce, il s'agissait de photographies d'une terrasse d'une personne avec du linge étendu. Elles avaient été montrées par un voisin mécontent lors d'une assemblée générale de copropriétaires. Les juges rappellent en premier lieu l'absolutisme du droit de propriété pour ensuite affirmer qu'un tiers ne saurait capter et diffuser l'image d'un lieu privé sans qu'il en résulte « une atteinte indue à sa personnalité au sens de l'article 9 du Code civil ». La référence à l'article 544 du Code civil semble dès lors superflue. En effet, il n'y a pas de conséquence entre la qualité de propriétaire et l'atteinte à la vie privée. Le jugement entretient donc une certaine ambiguïté.

D'autres décisions sont pour le moins équivoques. Par exemple, un jugement du TGI de Bordeaux du 11 septembre 1995 mettant en cause une entreprise qui avait utilisé dans le cadre d'une campagne publicitaire, la photographie d'un domaine viticole. Les magistrats ont retenu « l'atteinte au droit au respect de l'image d'un bien privé ». Cela nous évoque certes le droit de biens mais également la vie privée par la référence à l'image.

261. D'autres décisions encore se fondent sur l'altération de la personnalité, tout en évoquant l'article 544. Cette notion, découverte par le Professeur Mestre consiste en une présentation inexacte de la personnalité d'autrui⁴⁶⁰. Ainsi, une Cour d'appel a pu estimer que « l'utilisation du graphisme d'un immeuble par une société sur ses documents commerciaux est de nature à créer une confusion sur l'identité du propriétaire de cet immeuble et à accréditer que l'idée que le propriétaire commercialiserait l'image de son immeuble »⁴⁶¹. De même, une entreprise « ne saurait nier la réalité

⁴⁵⁷ CA Metz, 26 novembre 1992, D. 1994, p161

⁴⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1999, RTDCiv 1999, p859, obs. F. Zenati

⁴⁵⁹ TGI Bordeaux, 19 avril 1988, D. 1989, p93

⁴⁶⁰ J. Mestre, La protection indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public, JCP 1974, I, 2623

⁴⁶¹ CA Metz, 26 novembre 1992, D. 1994, p161

du préjudice causé (aux propriétaires) par sa publicité [...] pouvant faire croire aux amis et clients de ses adversaires, soit qu'ils n'étaient pas les propriétaires de leur bien [...] soit qu'ils se prêtaient, contre rémunération, à cette discutable publicité »⁴⁶². Là encore, l'ambiguïté est de mise puisque l'article 544 est visé par les juges. Or, s'il est certain que l'atteinte à la propriété peut être doublée d'une atteinte à la personnalité, les deux actions mériteraient d'être distinguées.

C'est pourquoi il faut s'intéresser à un autre fondement possible que l'atteinte à la propriété ou aux droits de la personnalité : la responsabilité (§2).

§2/La responsabilité

262. A cet égard, l'arrêt du 7 mai 2004 érige une véritable responsabilité spéciale empêchant l'utilisation de l'image en cas de trouble anormal⁴⁶³. Madame Gleize n'hésite pas à la comparer à la théorie des troubles anormaux de voisinage⁴⁶⁴. D'ailleurs, le Professeur Dreyer corrobore cette comparaison en affirmant qu'« Entre la chose et son image, il existerait donc les mêmes rapports qu'entre deux fonds contigus »⁴⁶⁵.

263. Mais la mise en œuvre de cette responsabilité spéciale est-elle exclusive de toute autre action en responsabilité ? L'on pense tout d'abord à l'article 1382 du Code civil sur lequel se fonde l'action en concurrence déloyale. Ainsi, la responsabilité pour troubles anormaux de voisinage peut concourir à une action fondée sur l'article 1382⁴⁶⁶. Cette solution pourrait donc être transposable à la responsabilité spéciale mise en place par l'arrêt du 7 mai 2004 précité.

264. La responsabilité contractuelle du professionnel pourrait également être engagée. En effet, celui-ci peut être lié avec le propriétaire par un contrat régissant les conditions de réalisation de l'image de son bien. Il peut être ainsi conclu un contrat de commande ou un contrat de travail. L'on voit ainsi que l'article 1147 du Code civil pourrait être engagé en cas de faute impliquant un dommage au propriétaire et en présence d'un lien de causalité entre les deux.

Nous avons ainsi pu étudier la nature des différents fondements pouvant réparer une atteinte à l'image d'un bien. Il convient donc désormais d'en étudier la manifestation (chapitre II).

⁴⁶² CA Aix-en-Provence, 18 janvier 1993, Bull. Aix 1993-1, p11, note A. Sériaux

⁴⁶³ Ass. Plén., 7 mai 2004, D. 2004, p2406, note N. Reboul-Maupin

⁴⁶⁴ Thèse B. Gleize, op. cit., p309, n°472

⁴⁶⁵ E. Dreyer, L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois est à moi, D. 2004, p1545

⁴⁶⁶ Cass. 3^{ème} civ., 11 février 1998, D. 1999, p529, note S. Beaugendre

Chapitre II : La manifestation de l'atteinte à l'image des biens

265. La protection de l'image des biens est régie par des règles jurisprudentielles. Il convient donc d'en étudier les évolutions. En effet, après la secousse de l'arrêt Gondrée, les juges ont apporté quelques précisions (section 1), pour ensuite opérer un revirement (section 2).

Section 1 : La jurisprudence classique

266. Les actes susceptibles de donner lieu à réparation, à la suite de l'arrêt Gondrée doivent être étudiés précisément. Ils consistent en une reproduction de l'image du bien (§1) ainsi qu'en une exploitation de cette image (§2).

§1/La reproduction de l'image du bien

267. Le bien en cause doit tout d'abord être identifiable. Cela est logique puisque c'est justement ce qui nous permet de caractériser l'atteinte. Toutefois, l'examen de cette condition reste rare en jurisprudence tant l'action des propriétaires est généralement motivée par cette possibilité d'identification. Cependant, en 2002, dans une affaire mettant en cause l'utilisation par la société Casino de clichés aériens des volcans d'Auvergne dans le cadre d'une publicité, cet examen a été opéré par les juges du fond. Des associations de propriétaires avaient assigné l'annonceur, l'agence de publicité et la photothèque sur le fondement de l'article 544 du Code civil. Les magistrats font état de la difficulté d'identifier la parcelle litigieuse pour en déduire qu' « il est manifeste que le bien indivis ne peut être clairement identifié dans le paysage panoramique constitué de plusieurs milliers d'hectares »⁴⁶⁷. Fidèles à la jurisprudence en vigueur au moment du jugement⁴⁶⁸, les juges ont estimé que le trouble n'était pas réalisé et qu'il convenait par conséquent de ne pas faire droit à la demande des associations.

268. Ce trouble doit encore donner la possibilité d'établir avec certitude un lien entre le propriétaire et le bien reproduit. En effet, celui qui se prévaut de l'atteinte doit être le propriétaire du bien. En effet, un propriétaire peut penser, à tort, reconnaître son bien et demander réparation. Par exemple, en 2002, une banque publie l'image d'un citronnier dans un dépliant. Par la suite, une personne informe la banque qu'il s'agit de son citronnier, d'une variété rare parfaitement identifiable. En réalité, cela n'était pas le cas. Heureusement, l'affaire ne se résume qu'à une série d'appels téléphoniques et n'a pas été portée devant les tribunaux⁴⁶⁹. Cependant, l'arrêt Gondrée avait fait craindre une vague de contentieux de ce type, d'autant que les biens concernés peuvent être des plus quelconques. Le propriétaire doit encore pouvoir justifier de sa qualité. En effet, après l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire Gondrée, la Cour de renvoi a débouté la prétendue propriétaire pour défaut de propriété. Celle-ci était en réalité occupante sans droit ni titre puisque l'autorisation d'occupation du domaine public concédée par l'administration à la famille Gondrée, n'avait pas été renouvelée. Elle ne pouvait donc pas se prévaloir de l'article 544 du Code civil⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ TGI Clermont-Ferrand, 23 janvier 2002, D. 2002, p1226, note J-M. Bruguière

⁴⁶⁸ V. Infra, section 2 > §1 Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, D. 2001, p1973, note J-P. Gridel : A l'époque, la Cour de cassation exigeait que fut caractérisé un trouble certain au droit d'usage et de jouissance du propriétaire.

⁴⁶⁹ M. Gerrin, Patrimoine : il faut payer pour voir, Le monde, 27 décembre 2002, p19

⁴⁷⁰ CA Rouen, 13 mars 2001, Légipresse 2001, n°182-III, p95, obs. J-M. Bruguière

Ainsi, la reproduction doit permettre l'identification du bien et porter sur un bien du propriétaire. Encore faut-il une exploitation de l'image (§2).

§2/L'exploitation de l'image

273. Malgré la généralité des termes employés par l'arrêt Gondrée, toute exploitation n'est pas interdite (A). Il faut donc savoir s'il s'agit d'une exploitation commerciale (B), ou d'un autre genre d'exploitation (C).

A/Les usages autorisés

274. A l'évidence, l'usage privé de l'image du bien ne peut être sanctionnée (1^o). Il en ira de même en cas de diffusion lorsque ce sera dans un but d'information du public, artistique ou culturelle (2^o).

1^o L'usage privé de l'image du bien

275. L'usage privé ne peut être soumis au monopole du propriétaire. Les conclusions de l'Avocat général dans l'affaire Gondrée soulignent d'ailleurs cette position en énonçant que « le propriétaire ne peut s'opposer à l'utilisation de l'image de son immeuble à des fins privées, sans méconnaître le liberté individuelle des passants et des visiteurs »⁴⁷¹. Cette solution est semblable à l'exception de copie privée que connaît la propriété intellectuelle. Il serait en effet impossible de contrôler les quantités astronomiques d'images réalisées par les personnes à titre privé.

En outre, l'arrêt Gondrée vise implicitement l'usage privé en affirmant qu'est soumise au monopole du propriétaire « l'exploitation du bien sous la forme de photographie ». Or, l'exploitation ne se conçoit que comme une mise en valeur de la chose en question. L'usage privé, par définition, se situe en dehors de toute mise en valeur.

Mais l'usage privé n'est pas la seule exception puisque même en cas de diffusion de l'image, certaines justifications pourront autoriser le photographe à passer outre l'autorisation du propriétaire (2^o).

2^o La diffusion à des fins d'information du public ou artistiques ou culturelles

276. Le droit à l'information du public permet la diffusion d'images de personne, identifiées, faisant obstacle à l'application du droit à l'image⁴⁷². A fortiori, l'on a du mal à concevoir qu'une telle exception ne vaudrait pas pour les biens. C'est ce qui a été estimé par la Cour d'appel de Paris au sujet du dessin d'un château inséré dans un livret dédié à la découverte du patrimoine français⁴⁷³ au nom du droit à l'information du public.

L'utilisation de l'image à des fins culturelles ou artistiques pose également problème. En effet,

⁴⁷¹ J. Sainte-Rose, conclusions sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1999, D. 1999, p319

⁴⁷² V. Supra Le droit à l'information du public

⁴⁷³ CA Paris, 31 mars 2000, CCE 2000 n^o5, commentaire p19

la commercialité de l'exploitation exclut la possibilité d'usage de l'image du bien⁴⁷⁴. Par conséquent, l'exposition, dans une galerie d'art par exemple, de photographies représentant des biens d'un tiers, sans son autorisation, doit être gratuite et la photographie ne doit pas être à vendre.

Dès lors, il faut se pencher sur l'exploitation commerciale de l'image du bien (B).

B/Le critère de l'exploitation commerciale

277. Le critère de la commercialité de l'exploitation ne pose en général que peu de problèmes. Ainsi, dans l'affaire Gondrée, le fait qu'une société d'édition exploitait l'image du café rendait l'exploitation nécessairement commerciale portant, de fait, atteinte au droit de jouissance du propriétaire. Pourtant, ce critère n'en demeure pas moins ambigu. Par un arrêt du 12 avril 1995, la Cour d'appel de Paris a estimé qu'une photographie d'une maison diffusée sans autorisation de son propriétaire par une association et destinée à promouvoir le tourisme en Bretagne manifestait la commercialité de l'exploitation⁴⁷⁵. La référence commerciale est ainsi indirecte puisque son but n'est pas de vendre un produit mais de promouvoir une région. Ce n'est donc que par l'attraction touristique que la photographie est susceptible de retombées financières, dont seuls les commerçants et prestataires de services bretons récolteront les bénéfices.

Pourtant, le 31 mars 2000, la Cour d'appel de Paris estime que la reproduction d'un château, sous forme de dessin, sur un dépliant distribué gratuitement dans des stations services. Bien que cette distribution s'inscrivait dans une stratégie publicitaire, la Cour affirme que le dessin « ne constituait pas une exploitation commerciale, mais répondait à un souci pédagogique d'information relevant du principe constitutionnel de la liberté d'expression »⁴⁷⁶.

Par conséquent, l'on s'aperçoit de la difficulté de la mise en œuvre de ce critère de commercialité de l'exploitation. C'est pourquoi l'arrêt Gondrée ne le retient pas (C).

C/La nécessité d'une exploitation : la diffusion auprès d'un public

278. Ainsi, dans son arrêt du 10 mars 1999, la Haute juridiction ne se réfère nullement à une quelconque exploitation commerciale. Au contraire, elle vise l'exploitation « sous quelque forme que ce soit ». La généralité des termes pose donc la question de savoir si oui ou non la Cour entendait limiter l'exploitation à l'exploitation commerciale. Certains estiment qu'« Exploiter, c'est tirer profit, en dernière analyse, s'approprier une richesse. Le critère est purement économique »⁴⁷⁷. Cependant, la lecture du rapport annuel de la Cour de cassation nous incite à penser autrement. En effet, il est opéré une distinction entre la reproduction de l'image, libre, et son exploitation, soumise à autorisation. Plus précisément, « la *publication* et l'exploitation commerciale de photographies d'un immeuble constituent une atteinte (au droit de jouissance) du propriétaire »⁴⁷⁸. Les Hauts magistrats n'entendaient donc pas circonscrire l'exploitation à l'exploitation commerciale seule mais à toute forme

⁴⁷⁴ V. Infra le critère de l'exploitation commerciale

⁴⁷⁵ CA Paris, 12 avril 1995, JCP 1997, II, 22806, note V. Crombez

⁴⁷⁶ CA Paris, 31 mars 2000, précité

⁴⁷⁷ J. Ravanas, L'image d'un bien saisie par le droit, D. 2000, p19

⁴⁷⁸ Rapport de la Cour de cassation 1999, La documentation française, p390

de diffusion auprès d'un public.

Face aux incertitudes que pouvait engendrer cette jurisprudence, la Cour de cassation a progressivement changé sa conception de l'atteinte à l'image des biens pour finir par opérer un véritable revirement (section 2).

Section 2 : L'évolution jurisprudentielle

279. Dans un premier temps, la Cour de cassation reconduit la solution du rattachement au droit de propriété mais en posant un certain nombre de limites qui feront que les condamnations ne seront que très rarement prononcées⁴⁷⁹ (§1). Ce n'est que dans un second temps que le modèle de la propriété sera abandonné au profit de la responsabilité (§2).

§2/L'arrêt du 2 mai 2001⁴⁸⁰ : la nécessité d'un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire

280. En l'espèce, le Comité régional de Bretagne avait utilisé, à des fins publicitaires, un cliché représentant l'îlot Roch Arhon, propriété d'une SCI, malgré son opposition. La Cour d'appel, fidèle à la jurisprudence de l'arrêt Gondrée, avait fait droit aux demandes de la SCI, l'association s'était alors pourvue en cassation. Le rejet était pressenti, pourtant la Cour de cassation ajoute une nouvelle exigence.

281. L'arrêt d'appel est cassé car il lui est reproché de ne pas avoir précisé « en quoi l'exploitation de la photographie par les titulaires du droit incorporel de son auteur portait un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire ».

282. Le trouble renvoie principalement à la notion de trouble du voisinage⁴⁸¹. Mais cela évoque également le trouble en matière possessoire⁴⁸², ou encore le trouble manifestement illicite de l'article 809 alinéa 1 du Code de procédure civile. A cet égard, il a pu être jugé que « la distribution et la commercialisation d'un film pornographique représentant la façade et les aménagements intérieurs de l'Hôtel de Crillon caractérisent, au préjudice du propriétaire de l'immeuble, un trouble manifestement illicite »⁴⁸³. Il apparaît donc difficile de proposer une définition de la notion de trouble. Toutefois, le vocabulaire Capitant classe ces manifestations en deux catégories. La première est l'atteinte à la paix publique ou à l'exercice d'un droit individuel ainsi que la perturbation apportée à une activité licite. La seconde est l'atteinte subie par une personne dans sa santé, sa personnalité, ou son esprit⁴⁸⁴.

⁴⁷⁹ Il semblerait qu'il n'y ait eu qu'une seule condamnation entre l'arrêt du 2 mai 2001 et celui du 7 mai 2004 : T1 Nancy, 4 décembre 2002, Juris-Data n°2002-228520

⁴⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, D. 2001, p1973, note J-P. Gridel

⁴⁸¹ G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Quadrige/PUF 2000, « Trouble », p880 : « dommages causés à un voisin (bruit, fumées, odeurs, ébranlements, etc.) qui lorsqu'ils excèdent les inconvénients ordinaires du voisinage sont jugés anormaux et obligent l'auteur du trouble à dédommager la victime, quand bien même ce trouble serait inhérent à une activité licite et qu'aucune faute ne pourrait être reprochée à celui qui le cause ».

⁴⁸² G. Cornu, Ibid, « Possessoire », p652 : « le fait matériel ou l'acte juridique qui porte atteinte à la possession d'autrui sur un immeuble et qui, procédant d'une prétention juridique, ouvre à la victime les actions possessoires ».

⁴⁸³ TGI Paris, ord. réf., 5 avril 2001, Légipresse 2001, I, 182-10

⁴⁸⁴ G. Cornu, Ibid, « Trouble », p880

283. Quant au trouble au droit d'usage *ou* de jouissance, il convient de distinguer. Le trouble au droit d'usage, selon le Professeur Loiseau, aurait deux acceptions⁴⁸⁵. La première est une atteinte matérielle. Celle-ci empêche concrètement le propriétaire d'user de son bien comme il le désire. Ce sera le cas lorsque la diffusion de l'image le prive de son bien, par exemple à cause d'un cambriolage. Mais il peut également s'agir d'une atteinte, qui sans priver le propriétaire du bien, l'empêche d'en user en toute tranquillité, par exemple lorsque la diffusion de l'image du bien provoque l'affluence de badauds ou de promoteurs immobiliers. Quant à la seconde acception proposée par le Professeur Loiseau, il s'agirait plutôt d'une atteinte intellectuelle à la propriété. Il pourrait par exemple s'agir d'un photomontage altérant l'image du bien.

284. Le trouble au droit de jouissance rappelle l'arrêt *Gondrée* où il fallait savoir si la commercialité de l'exploitation était le critère pour reconnaître l'atteinte. Dans l'arrêt du 2 mai 2001, la campagne publicitaire avait été réalisée le Comité régional de tourisme. Or, nous avons vu que ce type de publication était constitutif d'une exploitation commerciale⁴⁸⁶. Pourtant, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir caractérisé le trouble. Il en résulte que l'exploitation commerciale ne porte plus nécessairement atteinte au droit de jouissance du propriétaire, contrairement à ce qui avait été affirmé précédemment.

285. Le trouble doit en outre être certain, c'est-à-dire soit exister déjà, soit être inéluctable⁴⁸⁷. Pourtant le trouble est généralement associé à un seuil de gravité plus qu'à la certitude. Cela se manifeste par exemple dans les articles 421-1 et 421-2 du Code pénal relatifs au terrorisme où il est exigé un certain seuil de gravité⁴⁸⁸. En ce qui concerne le droit civil, cela revient-il à assimiler le trouble certain au dommage certain ? Le trouble serait en réalité un précurseur du dommage, une menace qu'il est nécessaire, en raison de sa gravité, de faire cesser⁴⁸⁹. Pourtant, l'arrêt du 2 mai 2001 condamne cette conception du trouble, de sorte que « le trouble et le dommage en viennent à se confondre »⁴⁹⁰. C'est d'ailleurs l'interprétation qu'en ont les juges du fond. Par exemple, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence affirme que « le droit de tout propriétaire de jouir de son bien de la manière la plus absolue, [...] ne saurait l'autoriser à poursuivre la personne qui porterait atteinte à ce droit sans qu'il justifie d'un *préjudice réel* »⁴⁹¹. Pourtant, il est de jurisprudence constante en matière d'atteinte au droit de propriété que « même si aucun dommage n'a été subi par lui du fait de l'immixtion, le propriétaire est fondé à demander réparation »⁴⁹².

286. Les arrêts postérieurs au 2 mai 2001 font même parfois mention de l'absence de faute, déduite de l'absence de trouble : « contrairement à ce que les premiers juges ont retenu pour caractériser une *faute* [...] l'autorisation n'était pas un préalable indispensable à cette publication si l'exploitation de la photographie ne porte pas un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance »⁴⁹³.

⁴⁸⁵ G. Loiseau, note sous Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, *Légipresse* 2001, n°183, III, p11 6

⁴⁸⁶ CA Paris, 12 avril 1995, précité

⁴⁸⁷ G. Cornu, *Ibid*, « Certain »

⁴⁸⁸ Articles 421-1 et 421-2 du Code pénal : « [...] ayant pour but de troubler gravement l'ordre public [...] »

⁴⁸⁹ C. Guillemain, *Le trouble en droit privé*, PUAM, 2000, n°48 et s.

⁴⁹⁰ Thèse B. Gleize, *op. cit.*, p168, n°272

⁴⁹¹ CA Aix-en-Provence, 18 septembre 2003, CCE 2004, commentaire 24, obs. C. Caron

⁴⁹² Tribunal civil de Caen, 28 avril 1929, cité par B. Gleize, *op. cit.*, p171, n°278

⁴⁹³ CA Paris, 19 février 2002, D. 2002, p2511, obs. N. Reboul-Maupin

Ainsi, l'absence d'autorisation n'est pas fautive si l'exploitation de la photographie ne trouble pas l'exercice du droit d'usage ou de jouissance.

Ces références au préjudice et à la faute laissent penser que l'« on est passé d'un raisonnement fondé sur la détermination du contenu d'un droit subjectif à un raisonnement fondé sur la responsabilité »⁴⁹⁴. Mais il faut attendre l'arrêt du 7 mai 2004 pour véritablement observer le passage au modèle de la responsabilité (§2).

§2/Le revirement du 7 mai 2004 : l'exigence d'un trouble anormal

287. Dans cette affaire, le propriétaire d'un hôtel avait assigné une société de promotion immobilière qui avait fait figurer une photographie de son immeuble dans un dépliant publicitaire. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation affirme que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal »⁴⁹⁵. Le modèle de la propriété se trouve dès lors exclu, l'image ne se confond donc plus avec la chose⁴⁹⁶.

Mais le choix opéré par la l'Assemblée plénière ne se résume pas à une alternative entre l'article 544 et l'article 1382 du Code civil. Le choix semble plutôt s'être porté sur une responsabilité spéciale. En effet, Mme Gleize rapproche ce nouveau régime à théorie des troubles anormaux de voisinage⁴⁹⁷. Selon elle la Haute Assemblée fait le choix d'une responsabilité objective subordonnée à la seule preuve d'un trouble anormal, indépendamment de toute faute. C'est donc l'utilisation de l'image qui doit provoquer le trouble anormal. Du fait de l'autonomie de l'image par rapport à la chose, l'utilisation pouvant causer le trouble anormal ne peut se résumer à la réalisation de l'image, car elle se situe en amont de l'existence même de l'image, mais bien à son exploitation. Cependant, probablement pour ne pas retomber dans le débat quant à la notion d'exploitation, la Cour prend bien soin de ne pas employer ce terme en lui préférant celui d'utilisation. Ce sont donc tous les actes postérieurs à la réalisation de l'image qui peuvent donner lieu à réparation (diffusion, exposition, publication).

L'anormalité du trouble doit en outre être prouvée. Il s'agit de démontrer que le trouble atteint une certaine gravité. L'on se situe donc sur un terrain différent de l'arrêt du 2 mai 2001 exigeant un trouble certain au droit d'usage et de jouissance puisque désormais le trouble doit être anormal, donc être suffisamment grave. Il n'en demeure pas moins que le trouble anormal est un trouble certain, mais que le trouble certain n'est pas forcément anormal. Cependant, la notion d'anormalité demeure difficile à appréhender. L'on sait que l'exploitation commerciale ne suffit pas à la caractériser⁴⁹⁸, sous réserve d'un acte de parasitisme ou de concurrence déloyale⁴⁹⁹. Mais rares sont les décisions en la matière, la prudence nous commande donc une certaine circonspection quant à cette notion. La Cour de cassation a pu cependant considérer que le trouble anormal pouvait se concrétiser par une

⁴⁹⁴ G. Viney, JCP 2004, I, 163, chronique n°3, n°26

⁴⁹⁵ Ass. Plén., 7 mai 2004, précité

⁴⁹⁶ V-L. Benabou, *Ite missa est ? Le droit exclusif du propriétaire d'une chose ne s'étend plus à l'image de celle-ci*, Propr. Intell. 2004, n°12, p817

⁴⁹⁷ Thèse B. Gleize, op. cit., p234, n°368 (et la qualifie par ailleurs de jurisprudence cadre)

⁴⁹⁸ CA Orléan, 15 février 2007, CCE 2007, commentaire 78, note C. Caron

⁴⁹⁹ CA Orléan, 10 novembre 2005, CCE 2006, commentaire 38, note C. Caron

perturbation de la tranquillité et de l'intimité⁵⁰⁰. Ainsi, le trouble pourrait être caractérisé lorsque, par l'effet de la diffusion de l'image, le propriétaire se trouverait troublé par l'affluence de badauds ou de promoteurs immobiliers par exemple. Dès lors, certains ont cru à un retour au droit des personnes, plus particulièrement au droit au respect de la vie privée⁵⁰¹. D'ailleurs, un arrêt de 2006 a affirmé que le droit de chacun au respect de la vie privée s'étend à la présentation interne de ses locaux d'habitation, de sorte que l'utilisation faite des photographies qui en sont prises demeure soumise à l'autorisation de la personne concernée⁵⁰².

La protection de l'image des biens se trouve donc à mi-chemin entre le droit des biens, le droit de la responsabilité et les droits de la personnalité, ce qui en rend l'étude complexe, mais d'autant plus passionnante.

⁵⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2005, D. 2005, p2178

⁵⁰¹ N. Reboul-Maupin, Droit des biens, Dalloz, 2^{ème} édition, 2008, p137, n°235

⁵⁰² Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2006, D. 2007, p700, note J-F. Bruguière

Conclusion

288. Ainsi, les atteintes par le biais de l'image que peuvent subir les personnes ou les biens sont nombreuses et variées.

289. En ce qui concerne les personnes, elles peuvent être dans leur vie privée ou leur dignité. La méconnaissance des dispositions relatives à la vie privée peut connaître des sanctions tant pénales que civiles. Cependant, en matière pénale, l'article 226-1 ne sanctionne que l'atteinte à l'intimité de la vie privée. Il s'agit d'une sphère restreinte de la vie privée. Cette restriction paraît en effet justifiée puisque nous sommes en matière pénale. En revanche, en matière civile, peut être réparée l'atteinte à la vie privée, mais les mesures telles que la saisie ou encore le séquestre nécessitent l'atteinte à l'intimité de la vie privée. L'on voit ainsi que les mesures « coercitives » nécessitent une atteinte à l'intimité de la vie privée et non pas une simple atteinte à la vie privée, même si les juges ont tendance à apprécier largement l'atteinte à l'intimité de la vie privée en matière civile.

Nous avons également signalé qu'en la matière, le droit civil se montre largement plus efficace que le droit pénal. En effet, le procès pénal est long et l'interprétation de l'intimité de la vie privée plus stricte. La matière civile répond à ces problèmes en proposant une action rapide, le référé, et une prise en compte plus large de l'atteinte, même si le droit à l'image n'est pas absolu. En plus de la presse, les nouvelles technologies peuvent être des vecteurs d'atteinte à la vie privée. Les principales sources d'inquiétude se sont tournées vers la vidéosurveillance et l'internet qui bénéficient d'une réglementation stricte.

Les atteintes aux personnes par l'image peuvent également se matérialiser par l'atteinte à la dignité. Cette notion, qui a pénétré assez tardivement le droit français, a fait l'objet de nombreuses consécutions internationales et européennes. Elle doit être interprétée largement. S'il est indéniable que les faits de l'affaire Erignac aient porté atteinte à la dignité de la victime, il faut étendre cette notion à d'autres infractions telles que le vidéolynchage. Cette dernière infraction est d'ailleurs intéressante à étudier du point de vue de la notion de complicité.

290. Les images peuvent également porter atteinte aux biens. Certains biens sont protégés par la propriété intellectuelle. Il s'agit des œuvres de l'esprit, des marques, et des dessins et modèles. Les brevets n'ont pas fait l'objet d'une étude étant donné que leur but n'est pas de s'adresser à la vue par une quelconque recherche d'esthétisme. Ces différents biens incorporels bénéficient d'une protection très complexe mais plutôt efficace conférant un certain nombre de droits. L'action en contrefaçon peut ainsi prendre plusieurs aspects, ce qui permet de sanctionner toute atteinte. Cela est d'autant plus vrai qu'en matière civile la bonne foi est inopérante et qu'en matière pénale il y a une présomption de mauvaise foi pour la contrefaçon d'œuvres de l'esprit et de dessins et modèles. En droit des marques, c'est la faute pénale d'imprévoyance qui est retenue.

291. L'image des biens corporels non protégés par la propriété intellectuelle peut aussi porter atteinte. En ce sens, la jurisprudence s'est montrée particulièrement créative. D'abord, elle retient le

droit de propriété pour protéger l'image des biens corporels. Puis elle revient au modèle de la responsabilité afin de sanctionner les atteintes.

292. Par conséquent, face à l'édifice de protection des personnes et des biens contre les images pouvant leur porter atteinte, le professionnel de l'image doit se montrer prudent afin de ne pas être poursuivi. A cet égard, il pourra l'être tant sur le plan civil que pénal, sauf pour les biens corporels non protégés par la propriété intellectuelle, qui ne font pas l'objet de dispositions pénales.

Bibliographie

17 Ouvrages généraux et spéciaux

- C. Ambroise-Castérot, Droit pénal spécial et des affaires, Gualino Lextenso, 2008
- J. Azéma, J-C. Galloux, Droit de la propriété industrielle, Précis Dalloz, 6^{ème} édition, 2006
- A. Bauer, F. Freynet, Vidéosurveillance et vidéoprotection, Que sais-je ? , PUF, 2008
- F.M. Banier, Perdre la tête, Martin d'Orgeval (éd.), Gallimart/Steidl, 2006
- D. Bécourt, Image et vie privée, L'Harmattan, 2001
- B. Beignier, Droits de la personnalité, Que sais-je ? , PUF, 1992
- A. Belleil, e-privacy, Le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'ère d'internet, Dunod, 2001
- A. Bensoussan, Internet : aspects juridiques, Hermes, 2^{ème} édition, 1998
- Edward J. Bloustein, Privacy as an aspect of human dignity : an answer to Dean Prosser, dans F.D. Schoeman (éd.), Philosophical Dimensions of Privacy : An Anthology, Cambridge University Press, 2007, p156 s.
- J-M. Bruguière et M. Vivant, Droit d'auteur, Précis Dalloz, 1^{ère} Edition, 2009
- H. Bonnard, La contrefaçon de marque, Litec professionnels, 2008
- R. Cabrillac, T. Revet, M-A Frison-Roche, C. Albigès, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 5^{ème} édition, 1999, p151
- C. Castet-Renard, Droit de l'internet, Cours, Montchrestien, 2010
- A. Chavanne, Les atteintes à l'intimité de la vie privée au sens de l'article 368 du Code pénal, Actes du 8^{ème} Congrès de l'Association de droit pénal, Economica, 1985, p24
- D. Cohen, Le droit des dessins et modèles, Economica, 3^{ème} édition, 2009
- G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Quadrige/PUF 2000
- E. Dreyer, Droit pénal spécial, Cours Magistral, Ellipses, 2008
- V. Fauchoux, P. Duprez, J-M. Bruguière, Le droit de l'internet : lois, contrats et usages, Editions Litec, Collection Litec professionnel, 2009
- Féral-Schuhl, Cyberdroit, Dalloz, 4^{ème} édition, Collection Praxis Dalloz, 2006
- P-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, Collection droit fondamental 6^{ème} et 4^{ème} édition, PUF
- J. Georgel, Les libertés de communication, Connaissance du droit, Dalloz, 1996
- J-L. Girot, Le harcèlement numérique, Dalloz, Présaje, 2005
- C. Guillemain, Le trouble en droit privé, PUAM, 2000
- R. Guillien et J. Vincent, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 15^{ème} édition, 2005
- O. Iteanu, L'identité numérique en question, Eyrollis, 2008
- J. Larrieu, Cours de propriété intellectuelle dans le cadre du Master 1 droit de l'entreprise,

2009

- R. Lindon, Une création prétorienne : les droits de la personnalité, Paris, Dalloz, 1974, n°74, p12
- A. Lucas et H-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec Traités, 3^{ème} édition, 2006
- V. Malabat, Droit pénal spécial, Hypercours, Dalloz, 4^{ème} édition, 2009
- H. Oberdorff, Manuel des droits de l'homme et libertés fondamentales, LGDJ, 2008
- J. Passa, Droit de la propriété industrielle, LGDJ, 2006
- Puigelier, L'image du salarié, dans Image et droit, sous la direction de P. Bloch, Champs visuels, L'Harmattan, 2002
- F. Pollaud-Dulian, Le droit d'auteur, Economica, 2004
- E. Pouillet, Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, par G. Maillard et C. Claro, Paris, Marchal et Billard, 3^{ème} édition, 1908
- E. Pouillet, Traité théorique et pratique des dessins et modèles, Marchal et Godde, 5^{ème} édition, 1911
- N. Reboul-Maupin, Droit des biens, Dalloz, 2^{ème} édition, 2008
- J. Robert, J. Duffar, Droits de l'homme et libertés fondamentales, Montchrestien, Domat droit public, 8^{ème} édition, 2009
- M. Vivant, Lamy Informatique et Réseaux, 2008
- P. Wachsmann, Libertés publiques, Dalloz, 6^{ème} édition, 2009
- L. Yagil, Internet et les droits de la personne, Editions du Cerf, 2006

27 Mélanges, thèses, mémoires

Mélanges :

- Etudes offertes à Pierre Kayser, tomes I&II, PUF Aix-Marseille, 1979
- C. Atias, La protection pénale de la vie privée, dans Liberté de la presse et droit pénal, XIIème Journées de l'association française de droit pénal en hommage au Doyen Boulan, PUF Aix-en-Provence, 17-18 mars 1997
- A. Chavanne, Le délit d'usage et son évolution, Mélanges Mathély, Litec 1990

Thèses doctorales:

- B. Gleize, La protection de l'image des biens, Defrénois, Tome 33, 2008
- I. Lodies, La protection pénale de la vie privée, PUF Aix-Marseille, 1999
- J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ, 1978
- T. Roussineau, Le droit à l'image, Image des personnes et image des biens, 2004
- E. Sudre, La protection de la vie privée et de l'image face au droit à l'information du public,

Mémoires :

- M. Bau, Vidéosurveillance et libertés publiques : le bilan coût-avantage de la vidéosurveillance urbaine, Master II Normes et institutions politiques, Toulouse I, 2007
- B. Brunel, Internet et droit pénal, DEA Sciences criminelles, Toulouse I, 2000
- M-E. Gelis, La notion de dignité de la personne humaine en droit de la presse : le procès de l'image ?, DEA Droit économique et de la communication, Toulouse I, 2003

37 Articles, chroniques

- R. Badinter, La protection de la vie privée contre l'écoute téléphonique clandestine, JCP, 1971, I, doct., n°2435, §19 ; §21
- R. Badinter, Le droit au respect de la vie privée, JCP 1968, I, p2136
- D. Bécour, Réflexion sur le projet de loi relatif à la protection de la vie privée, Gaz. Pal., 1970, I, doct., p202
- B. Beignier, Vie privée et vie publique, Légipresse 1995, n124, II, 67
- M. Canedo-Paris, La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé, RFDA 2008, p979
- N. Cazé-Gaillard, Vie privée. Atteintes, mai 2005, Rep. D. de droit pénal, Chapitre 2, Section 1, Article 2, §2, 61
- A. Chavanne, La protection de la vie privée dans la loi du 17 juillet 1970, Rev. Sc. Crim., 1971, p615
- M. Delmas-Marty, Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain, Rev. Sc. Crim., 1994, p478
- S. Detraz, L'enregistrement d'images de violence : un cas de présomption légale de complicité, Dr. Pén. n°11, novembre 2007, Etude 23
- E. Dreyer, L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois est à moi, D. 2004, p1545
- L. Draï, Vers la fin d'un droit absolu à l'image ?, PA, 16 septembre 2005, n°185, p8
- J-Y. Dupeux, « Les règles de protection pénale de l'image des personnes », dans L'image menacée, Actes du forum Légipresse du 4 octobre 2001, p61, Victoires éditions, collection Légipresse
- S. Durrande, Droit des marques, D. 2007, p2833
- S. Durrande, L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau Code pénal, D. 1999, p319
- J-P. Feldman, Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution et la philosophie des droits de l'homme, D. 2009, p1036

- P. Fraisse, La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaine : de l'incantation à « judiciarisation », RRJ 1999, IV, 1133, spec. 1141
- P. Gaudrat, Hyperlien et droit d'exploitation, RTDCom 2006, p104
- R. Gassin, Vie privée. Atteintes., Rép. D. de droit pénal, 1974, §116
- F. Greffe et P. Greffe, JCI Marques – Dessins et modèles, Fasc. 3110 : Domaine d'application des différentes lois, I/Cumul des dispositions du Livre V avec celles du Livre I du Code de la propriété intellectuelle, 2007
- J-P. Gridel, Liberté de la presse et protection civile des droits modernes de la personnalité en droit positif, D. 2005, p391
- M-A. Hermitte, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, D. 1997, p185
- B. Jorion, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, RDP, I, p197
- C. Lacroix, Happy slapping : prise en compte d'un phénomène criminel à la mode, JCP n°26, 27 juin 2007, I, 167
- A. Lepage, Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, CCE n°6, juin 20 07, étude n°13
- S. Lipovetsky, Une marque communautaire 3D à deux vitesses : l'esthétique au service de la marque de luxe ?, D. 2008, p1367
- G. Loiseau, note sous Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, Légipresse 2001, n°183, III, p11 6
- M-N Louvet, Le juge des référés et la protection de la vie privée, Légicom 1999, p29
- A. Lucas-Schloetter, JCI Civil Annexes, V°, Fasc. 1 118, spec. n°64
- L. Marino, Vidéosurveillance au travail : le principe de proportionnalité mis en œuvre par la Cnil, RDT 2010, p108
- L. Martin, Le secret de la vie privée, RTDCom, 1959, p230
- B. Mathieu, La dignité de la personne : Quels droits ? Quels titulaires ?, D. 1996, p282
- F. Mattatia, Cnil et tribunaux : concurrence ou complémentarité dans la répression des infractions à la loi informatique et libertés ?, Rev. Sc. Crim. 2009, p317
- Y. Mayaud, De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle, D. 1997, p37
- J. Mestre, La protection indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public, JCP 1974, I, 2623
- H. Moutouh, Dignité de l'homme en droit, RDP, I, 1999, p159
- M.L. Pavia, Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental, PA, mai 1994, p6
- F. Pollaud-Dulian, Contrefaçon. Appréciation. Risque de confusion. Genre. Ressemblances et différences. Bonne foi., RTDCom 2009, p140
- F. Pollaud-Dulian, Téléchargement illicite. Suspension d'accès à Internet. Droit d'auteur des journalistes., RTDCom 2009, p730

- J. Ravanas, L'image d'un bien saisie par le droit, D. 2000, p19
- C. Ruet, Expression par l'image et CEDH : confrontation des approches interne et européenne, Légipresse, Janvier/Février 2003, n°198, II, p1
- V. Saint-James, Réflexion sur la dignité de l'être humaine en tant que concept juridique de droit français, D. 1997, p61
- J-C. Saint-Pau, Le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée exige-t-il une atteinte effective à l'intimité de la vie privée ?, D. 1999, p 152
- J-C Saint-Pau, Les pouvoirs du juge des référés sur le fondement de l'article 9 alinéa 2 du Code civil, D. p2434
- J. Sainte-Rose, conclusions sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1999, D. 1999, p319
- F. Sardain, La contrefaçon du fait des liens hypertextes, CCE 2005, Etude 21
- G. Sauvage, Arrêt Erignac : quelle prévisibilité de l'application de l'article 16 du Code civil en matière de droit à l'image ?, RLDI 2007, n°32, 1073
- A. Tricoire, Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image, D. 2008, p57
- G. Viney, JCP 2004, I, 163, chronique n°3, n°26
- P. Wachsmann, La Chambre criminelle, la Convention européenne des droits de l'homme et la loi sur la presse, D. 2001, p3001
- A. Yebdri, Appréciation comparée du risque de confusion des marques dans la jurisprudence française et communautaire, Gaz. Pal. 20 octobre 2007, n°293, p2

47 Jurisprudence

Tribunal d'instance :

- TI Nancy, 4 décembre 2002, Juris-Data n°2002-228520

Tribunal civil :

- Tribunal civil de la Seine, 16 juin 1858, D.P. 1858, III, p62
- T. Seine, 24 novembre 1965, JCP 1966, II, 14521, note Lindon
- Tribunal civil de Caen, 28 avril 1929, cité par B. Gleize, op. cit., p171, n°278

Tribunal de grande instance :

- TGI Paris, ord. réf., 14 mai 1974, D. 1974, p767, note R. Lindon
- TGI Paris, 24 février 1975, D. 1975, p438
- TGI Paris, 7 novembre 1975, D. 1976, p270, note R. Lindon
- TGI Paris, 2 juin 1976, D. 1977, p364, note R. Lindon
- TGI Paris, ord. réf., 11 janvier 1977, (affaire Jean Gabin)
- TGI Paris, 30 novembre 1983, D. 1984, p111, note R. Lindon

- TGI Paris, 11 juillet 1984, PIBD 1985, III, p80
- TGI Paris, 25 mai 1987, Gaz. Pal. 1987, p473
- TGI Nanterre, 10 mars 1993, RIDA, juillet 1993, 343, note Y. Gaubiac
- TGI Paris, 15 décembre 1993, Juris-Data n°1993-0482 5
- TGI Paris, 14 septembre 1994, RIDA 1995/2, p407
- TGI Paris, 18 octobre 1995, PIBD 1996, p77
- TGI Paris, 10 septembre 1996, D. 1998, p82, obs. Derieux
- CA Versailles, 26 septembre 1996, Juris-Data n°1996 -045637
- TGI Paris, 13 janvier 1997, D. 1997, p255
- TGI Paris, 13 octobre 1999, Juris-Data n°1999-11952 9
- TGI Saint-Etienne, 6 décembre 1999, RIDA 2000/2, p389
- TGI Paris, réf, 3 janvier 2000, Légipresse 2000, n°170, I, p39
- TGI Paris, 13 janvier 2000, D. 2000, p272
- TGI Nanterre, 12 juillet 2000, JCP Entreprises 2002, p75, obs. C. Vivant
- TGI Paris, 12 septembre 2000, JCP Entreprises 2002, p75, obs. C. Vivant
- TGI Nanterre, 20 septembre 2000, CCE décembre 2000, note A. Lepage
- TGI Paris, ord. réf., 5avril 2001, Légipresse 2001, I, 182-10
- TGI Paris, 23 mai 2001, RIDA 2002/1, p308
- TGI Nanterre, 19 novembre 2001, http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=292
- TGI Clermont-Ferrand, 23 janvier 2002, D. 2002, p1226, note J-M. Bruguière
- TGI Paris, 15 février 2002, PIBD 2002, p377
- TGI Paris, 29 octobre 2002, PIBD 2003, p276
- TGI Paris, 29 janvier 2003, PIBD 2003, p433
- TGI Paris, 21 mars 2003, CCE 2003, commentaire 45, note Caron
- TGI Paris, 24 novembre 2003, Légipresse 2004, n°209, I, p23
- TGI Paris, 30 janvier 2004, D. 2004, p879
- TGI Vannes, 29 avril 2004, Légipresse 2004, III, p180, note Robin
- TGI Paris, 27 septembre 2004, Légipresse 2005, I, p173
- TGI Meaux, 21 avril 2005, cité par le blog Dalloz, 9 septembre 2009 : <http://blog.dalloz.fr/2009/09/les-flous-du-delit-de-captation/>
- TGI Paris, 16 mai 2007, Propr. Industr., 2008 commentaire 5, note A. Gicquel-Donadieu
- TGI Paris, 25 juin 2007, cité par A. Tricoire, Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image, D. 2008, p57
- TGI Paris, 20 mai 2008, SAIF c/ Sté Google Inc., RTDCom 2008, p556, observations F. Pollaud-Dulian
- TGI Nanterre, 20 mars 2009, Légipresse 2009, I, p56

- TGI Paris, 12 janvier 2010, Halimi c/ G. Ponson, Légipresse, février 2010, n°269, I, p35

Tribunal de police :

- T. pol. Paris, 25 mai 1985, Gaz. Pal. 1984, 2, 632
- T. pol. Cannes, 9 mai 1994, Gaz. Pal. 1994, 2, 635

Tribunal correctionnel :

- T. corr. Paris, 18 mars 1971, D. 1971, p447, note Foulon Piganol
- T. corr. Aix-en-Provence, 16 octobre 1973, JCP, 1974, II, n°17623, note R. Lindon
- T. corr. Pontarlier, 20 mai 1977, Rev. Sc. Crim., 1978, p352, obs. Levasseur
- T. corr. Paris, 23 octobre 1986, Gaz. Pal. 1987, I, p21
- T. corr. Paris, 9 mai 1995, RIDA janvier 1996, p282
- T. corr., Privas, 3septembre 1997, PA 11 novembre 1998, p19, note J. Frayssinet
- T. corr., Versailles, 27 juin 2007, CCE n°11, novembre 2007, commentaire 137, note A. Lepage

Cour d'appel :

- CA Grenoble, 15 juillet 1919, D. 1920, p9, note A. Rouast
- CA Paris, 6 mars 1931, D.P. 1931, 2, p88, note Nast
- CA Paris, 16 mars 1955, D. 1955, p295
- CA Grenoble, 26 février 1968, RIDA 1968, juillet, p164
- CA Paris, 15 mai 1970, D. 1970, p466
- CA Paris, 25 janvier 1971, Ann. Propr. Ind. 1972, p173
- CA Toulouse, 26 février 1974, JCP, 1975, II, 17903, note R. Lindon
- CA Paris, 20 septembre 1974, D. 1975, p312
- CA Lyon, 28 janvier 1975, Ann. Propr. Ind. 1975, p273
- CA Paris, 14 mai 1975, D. 1975, p687
- CA Paris, 17 mai 1975, RTDCom 1977, 503, obs. Desbois
- CA Besançon, 5 janvier 1978, JCP, 1980, II, 19449, note D. Bécourt
- CA Aix-en-Provence, 17 mars 1978, Ann. Propr. Ind. 1980, p65
- CA Paris, 20 décembre 1978, Ann. Propr. Ind. 1980, p116
- CA Paris, 28 avril 1980, Gaz. Pal., 1, 37
- CA Versailles, 13 mai 1980, RIDA juillet 1980, 171
- CA Paris, 6 mars 1981, D. 1982, p46, obs. Colombet
- CA Paris, 22 septembre 1982, PIBD 1982, III, 268
- CA Paris, 21 décembre 1982, Gaz. Pal., 1983, I, 203
- CA Nouméa, 13 septembre 1984, D. 1985, p206 note E. Agostini

- CA Paris, 22 novembre 1984, D. 1985, p165, obs. Lindon
- CA Paris, 14 juin 1985, D. 1986, p50, note R. Lindon
- CA Paris, 17 mars 1986, Gaz. Pal. 1986, II, p429
- CA Paris, 26 juin 1986, D. 1987, p136, note R. Lindon
- CA Paris, 13 novembre 1986, D. 1987, p139
- CA Paris, 4 mai 1987, Juris-Data n°1987-023981
- CA Amiens, 25 février 1988, Juris-Data n°049846
- CA Versailles, 28 avril 1988, D. 1988, p165
- CA Basse-Terre, 5 mai 1988, D 1990, p240
- CA Paris, 3 novembre 1988, CDA 1989, n°17, p10
- CA Paris, 11 juin 1990, RIDA 1990, n°146, p293
- CA Paris, 16 mai 1991, Juris-Data n°022079
- CA Paris, 19 mars 1992, PIBD 1992, p444
- CA Paris, 26 mars 1992, D. 1993, p84, obs. Colombet
- CA Paris, 4 juin 1992, D. 1992, p245
- CA Metz, 26 novembre 1992, D. 1994, p161
- CA Paris, 16 décembre 1992, PIBD 1993, III, p362
- CA Aix-en-Provence, 18 janvier 1993, Bull. Aix 1993-1, p11, note A. Sériaux
- CA Reims, 19 mai 1993, PIBD 1993, III, p553
- CA Paris, 16 septembre 1994, Juris-Data n°1994-0225 87
- CA Paris, 12 avril 1995, JCP 1997, II, 22806, note V. Crombez
- CA Paris, 12 mai 1995, D. 1997, p71, note J-Y Dupeux
- CA Paris, 5 juin 1996, Gaz. Pal. 1996, p516
- CA Paris, 27 septembre 1996, D. 1997, p94, obs. Colombet
- CA Versailles, 2 octobre 1996, D. 1998, p79, note J-Y Dupeux
- CA Paris, 25 octobre 1996, PIBD 1997, III, 5
- CA Bordeaux, 7 janvier 1997, JCP, 3 décembre 1997, IV, n°2420, p384
- CA Paris, 18 septembre 1997, Gaz. Pal., 1997, 2, p697
- CA Versailles, 16 janvier 1998, D. 1999, p168, note C. Bigot
- CA Paris, 15 mai 1998, RTDCom 1998, p846
- CA Paris, 10 février 1999, RTD com. 1999, p396, note A. Françon
- CA Paris, 31 mars 2000, CCE 2000 n°5, commentaire p 19
- CA Paris, 2 novembre 2000, Dr. Pén. Avril 2001, p12, note M. Véron
- CA Aix-en-Provence, 24 novembre 2000, PIBD 2000, III, 243
- CA Grenoble, 18 janvier 2001, RIDA 2001, n°189, p36 2, observations Kéréver
- CA Versailles, 15 février 2001, RIDA 2003, avril, p448
- CA Rouen, 13 mars 2001, Légipresse 2001, n°182-III, p95, obs. J-M. Bruguière

- CA Paris, 3 mai 2001, CCE mars 2002, p34, note A. Lepage
- CA Paris, 12 septembre 2001, CCE 2002, commentaire 40, note Le Stanc
- CA Paris, 16 janvier 2002, Propr. industr., 2002, commentaire 34, F. Greffe
- CA Versailles, 31 janvier 2002, Juris-Data 2002-216790 ; D. 2003, p1533, obs. C. Caron
- CA Paris, 19 février 2002, D. 2002, p2511, obs. N. Reboul-Maupin
- CA Rennes, 12 mars 2002, PIBD n°743, III, 247
- CA Paris, 17 janvier 2003, PIBD 2003, p299
- CA Bordeaux, 10 février 2003, JCP 2003, IV, 2991
- CA Paris, 7 mars 2003, PIBD 2003, p486
- CA Paris, 27 mars 2003, CCE janvier 2004, p38
- CA Paris, 30 avril 2003, D. 2003, p1760
- CA Lyon, 15 mai 2003, PIBD 2003, p54
- CA Paris, 10 septembre 2003, PIBD 2004, III, p139
- CA Aix-en-Provence, 18 septembre 2003, CCE 2004, commentaire 24, obs. C. Caron
- CA Paris, 24 septembre 2003, PIBD 2004, III, 106
- CA Paris, 12 décembre 2003, Gaz. Pal. 2005, p609
- CA Aix-en-Provence, 10 mars 2004, Gaz. Pal. 2005, p633, obs. Barbry et Fiévée
- CA Lyon, 27 janvier 2005, cité par V. Fauchoux, P. Duprez, JM Bruguière, Le droit de l'internet, loi, contrats et usages, Litec, 2009, n°305, p213
- CA Montpellier, 10 mars 2005, JCP 2005, II, 10078, note Caron
- CA Paris, 22 avril 2005, RIDA janvier 2006, p374
- CA Paris, 22 avril 2005, JCP 2005, 10126, note Geiger
- CA Paris, 1^{er} juillet 2005, cité par D. Cohen, Ibid, p211, n°740
- CA Paris, 9 septembre 2005, RTDCom 2005, p717, obs. F. Pollaud-Dulian
- CA Pau, 10 octobre 2005, Propr. Intell., 2006, n°177, observations Lucas
- CA Orléan, 10 novembre 2005, CCE 2006, commentaire 38, note C. Caron
- CA Paris, 16 novembre 2005, Propr. Indus. Janvier 2006, commentaire n°4
- CA Paris, 7 avril 2006 cité par S. Lipovetsky, D. 2008, p1367
- CA Paris, 7 juin 2006, PIBD 2006, p629
- CA Versailles, 12 octobre 2006, Juris-Data n°2006-3 23591
- CA Paris 13 octobre 2006, RTD Com 2007, p358, obs. F. Pollaud-Dulian
- CA Paris, 18 octobre 2006, PIBD, III, p26
- CA Paris, 18 octobre 2006, PIBD 2006, p828
- CA Versailles, 24 octobre 2006, Juris-Data n°2006-3 17110
- CA Paris, 31 janvier 2007, n°05/22610 disponible sur Dalloz.fr
- CA Orléan, 15 février 2007, CCE 2007, commentaire 78, note C. Caron
- CA Aix-en-Provence, 5 avril 2007, Juris-Data n°2007 -336787

- CA Versailles, 15 mai 2008, Légipresse, I, p160
- CA Paris, 16 mai 2008, Juris-Data n°2008-365135
- CA Paris, 22 octobre 2008, PIBD 2008, III, p691
- CA Paris, 5 novembre 2008, D. 2009, p470, obs. C. Bigot
- CA Rouen, 5 février 2009, Juris-Data n°2009-005312
- CA Paris, 10 avril 2009, PIBD 2009, n°900, III, p12 34
- CA Amiens, 15 avril 2009, JurisData n°2009-004306
- CA Versailles, 17 septembre 2009, n°08/04297
- CA Paris, 9 décembre 2009, CCE n°4, avril 2010, commentaire 37, note A. Lepage

Cour de cassation :

Chambre criminelle :

- Cass. crim. 2 juin 1853, D. 1853.5.225
- Cass. Crim., 20 mars 1944, D. 1945, p247
- Cass. crim., 6 mai 1986, Bull. crim. 1986, n152, p395
- Cass. Crim., 22 juillet 1897, Bull. crim. 1897, n°2 55
- Cass. Crim, 25 avril 1989, Bull. crim. n°165 ; Rev. Sc. Crim., 1990, p78, obs. Levasseur
- Cass. Crim., 19 décembre 1989, Bull. crim. 1989, n°488
- Cass. Crim., 20 février 1992, Dr. Pén. 1992, commentaire 194
- Cass. crim., 6 avril 1993, JCP 1993, II, 22144, note Rassat
- Cass. crim. 15 juin 1993, Bull. crim., n° 210; D. 1994, p613, note C. Mascala
- Cass. crim., 19 juin 1995, pourvoi n°94-83.874
- Cass. Crim, 13 décembre 1995, RIDA 1996, n°169, p27 9, obs. Kéréver
- Cass. crim, 4 mars 1997, Bull. crim n°83
- Cass. crim., 7 octobre 1997, D. 1997, p152
- Cass. crim., 20 octobre 1998, Bull. crim. n°264 ; D. 1999, p106
- Cass. crim, 9 mars 1999, pourvoi n°98-80.376
- Cass. crim., 14 novembre 2000, Juris-Data n°007552
- Cass. crim, 22 mai 2002, 2^{ème} arrêt, CCE 2002, commentaire 150, observations Caron
- Cass. crim., 13 octobre 2004, AJ Pénal 2004, 451, obs C.S. Enderlin
- Cass. crim. 12 avril 2005, D. 2005, p1885
- Cass. crim., 30 mai 2006, D. 2006, 2676, note E. Dreyer
- Cass. crim., 27 mai 2009, Rev. Sc. Crim. 2009, p899

Chambres civiles :

- Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 1951, Ann. Propr. Ind. 1954, 6
- Cass. civ., 13 novembre 1973, Renoir c/ Guino, D. 1974, p533, obs. C. Colombet

- Cass. 1^{ère} civ., 26 octobre 1982, Bull. civ., III, n°207
- Cass. 1^{ère} civ., 16 octobre 1984, Bull. civ. I n°267
- Civ 1^{ère}, 16 juillet 1987, JCP 1987, IV, 311
- Cass. 1^{ère} civ., 9 mai 1990, Bull. civ., n°110
- Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, JCP 1991, II, 21760, note Pollaud-Dulian
- Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1991, D. 1993, p197, note Raynard
- Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1992, D. 1992, p182, note Gautier
- Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, D. 1993, p184, note Daverat
- Cass. 2^{ème} civ., 5 mars 1997, D. 1998, p474
- Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997, D. 1998, p190, obs. Colombet
- Cass. Civ 1^{ère}, 3 juin 1997, D. 1998, p166, note Daverat
- Cass. 3^{ème} civ., 11 février 1998, D. 1999, p529, note S. Beaugendre
- Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1999, RTDCiv 1999, p859, obs. F. Zenati
- Cass. 1^{ère} civ., 14 décembre 1999, JCP 2000, II, 10241
- Cass. 1^{ère} civ., 12 décembre 2000, Bull. civ. I, n°322
- Cass. 1^{ère} civ., 12 décembre 2000, RIDA avril 2001, 347
- Cass. 1^{ère} civ., 20 décembre 2000, D. 2001, p885
- Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, D. 2001, p1973, note J-P. Gridel
- Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2001, D. 2001, p1199
- Cass. 1^{ère} civ., 29 mai et 26 juin 2001, Propr. Intell. 2001, p71, obs. Sirinelli
- Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2001, CCE novembre 2001, p26, note A. Lepage
- Cass. 1^{ère} civ., 3 avril 2002, D. 2003, p1543, note C. Caron
- Cass. 1^{ère} civ., 23 avril 2003, D. 2003, p1539, obs. A. Lepage
- Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 2003, D. 2004, p200, obs. N. Bouche
- Cass. 2^{ème} civ., 11 décembre 2003, D. 2004, p2596, note. C. Bigot
- Cass. 2^{ème} civ., 18 décembre 2003, D. 2004, p251
- Cass. 2^{ème} civ., 19 février 2004, Bull. civ. II, n°72
- Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2004, Bull. civ. 2004, II, n°390
- Cass 1^{ère} civ., 4 novembre 2004, D. 2005, p696, obs. I. Copart
- Cass. 1^{ère} civ., 15 février 2005, Bull. civ. 2005, I, n°85, p 75
- Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2005, Juris-Data n°2005-029315
- Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2005, D. 2005, p2178
- Cass. 1^{ère} civ., 28 février 2006, RTD Com. 2006, p370
- Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2006, D. 2006, p2702
- Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2006, RTD civ. 2006, p535, obs. J. Hauser
- Cass. 1^{ère} civ., 13 juin 2006, D. 2006, p1741, obs. Daleau
- Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2006, D. 2007, p700, note J-F. Bruguière

- Cass. 1^{ère} civ, 5 décembre 2006, Bull. Civ. 2006, I, n°534
- Cass. Civ., 30 janvier 2007, D. 2008, p1507, observations P. Courbe
- Cass. 1^{ère} civ., 27 février 2007, D. 2007, p804
- Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 2007, Goldorak, PIBD 2007, III, p. 5
- Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, D. 2009, p2344
- Cass. 1^{ère} civ., 22 octobre 2009, Bull. civ., octobre 2009, I, n°211

Chambre sociale :

- Cass. Soc., 31 janvier 2001, JCP Entreprises 2001, 1145, note Puigelier
- Cass. Soc., 15 mai 2001, D. 2001, p3015
- Cass. Soc., 7 juin 2006, Bull. soc. 2006, V, n°206, p198

Chambre commerciale :

- Cass. com., 29 novembre 1960, Bull. civ. 1960, n°38 9
- Cass. com., 14 novembre 1972, RTDCom 1972, p895
- Cass. com., 4 octobre 1976, Bull. civ., IV, n°244, p 209
- Cass. com., 9 février 1982, PIBD 1982, III, 182
- Cass. com., 8 juillet 1997, cité par M. le Professeur Larrieu dans son cour de propriété intellectuelle de Master 1
- Cass. com., 1^{er} décembre 1998, PIBD 1999, 669, III, 46
- Cass. com., 18 avril 2000, PIBD 2000, III, 314
- Cass. com., 2 juillet 2002, RDPI 2003, p43, n°145
- Cass. com., 28 janvier 2003, pourvoi n°00-16.803, disponible sur Légifrance
- Cass. Com., 30 novembre 2004, PIBD 2005, n°802, III, 116
- Cass. Com., 19 avril 2005, PIBD 2005, III, p419

Assemblée Plénière de la Cour de cassation :

- Ass. Plén., 7 mai 2004, D. 2004, p2406, note N. Reboul-Maupin

Conseil d'Etat :

- CE Ass, 27 octobre 1995, Ville d'Aix-en-Provence, et du même jour Commune de Morsang-sur-Orge, Rec. p372
- CE, 30 juillet 2003, Légipresse 2003, III, 141
- CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect. réunies, 28 juillet 2004, n°262851, Lamy Droit de l'informatique et des Réseaux 2004, 559

Conseil constitutionnel :

- Cons. constit., 28 juillet 1989, 89-260 DC et 30 décembre 1997, 97-395 DC citées par le Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, p. 331.
- Cons. constit., 27 juillet 1994, n°94-343-344 DC, J.O. du 29 juillet 1994, p11024
- Cons. constit., 18 janvier 1995, n°94-352, JO 21 janvier 1995, p1154
- Cons. constit., 29 juillet 1998, n°98-403 DC, J.O. du 31 juillet 1998, p11710
- Cons. Constit., 23 juillet 1999, n°99-416, DC, RTDC om 1999, p724
- Cons. constit., 10 juin 2009, n°2009-580 DC, AJDA 2009, p1132
- Cons. constit., 25 février 2010, n°2010-604 DC, AJDA 2010, p413

Cour européenne des droits de l'homme :

- CEDH, 24 mai 1988, Muller c/ Suisse, cité par C. Bigot, La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image, D. 2009, p470
- CEDH, 22 novembre 1995, C.R. c/ Royaume-Uni et S.W. c/ Royaume-Uni, AJDA juin 1996, p445
- CEDH, 27 mars 1996, Goodwin c/ Royaume-Uni, Recueil 1996-II
- CEDH, 17 février 2005, K.A. et A.D. c/ Belgique, requêtes n° 42758/98 et 45558/99, disponible sur le site internet de la CEDH : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=6&portal=hbkm&action=html&highlight=belgique&sessionid=51631337&skin=hudoc-fr>
- CEDH, 14 juin 2007, Sté Hachette Filipacchi c/ France, JCP 2007, II, 1064, note Derieux

Cour de justice des communautés européennes ou de l'Union Européenne :

- CJCE, 16 juillet 1998, Gut Springfield et Tusky, Aff. C210/96, Gaz. Pal., Rec. 1998, p649
- CJCE, 22 juin 1999, Lloyd, Aff. C342/97, Gaz. Pal., Rec. 1999, p714
- CJCE, 20 mars 2003, Affaire C291/100, LTJ Diffusion c/ Sadas Vertbaudet, PIBD 2003, III, 441

Jurisprudence étrangère :

- Cour d'appel Amsterdam, 28 mars 2002, cité par C. Castet-Renard, Droit de l'internet, Cours, Montchrestien, 2010, p265, n°583
- Cour du district central de Californie, 25 avril 2003, cité par C. Castet-Renard, Droit de l'internet, Cours, Montchrestien, 2010, p265, n°583
- Supreme Court of the United States, 27 juin 2005, MGM Studios et al. Vs Grokster Ltd et al., cité par C. Castet-Renard, Droit de l'internet, Cours, Montchrestien, 2010, p265, n°583
- High Court of Justice, 19 juillet 2007, cité par D. Cohen, Le droit des dessins et modèles, Economica, 3^{ème} édition, 2009, p71, n°263

57 Décisions d'autorités administratives indépendantes

- Cnil, avertissement, 21 avril 2005, <http://www.cnil.fr/dossiers/argent/actualites/browse/5/article/241/bloc-notes-ficp-fcc-plusieurs-banques-sont-rappelees-a-lordre-par-la-cnil/>
- Cnil, 22 novembre 2005, délibération n°2005-284, La my Droit de l'informatique et des Réseaux 2009, 565

67 Divers

Sites internet :

- www.cnil.fr
- www.contrefaconnumerique.fr
- www.guardian.co.uk
- www.laprovence.com
- www.laquadrature.net
- www.lefigaro.fr
- www.legalis.net
- www.lemonde.fr
- www.lexpress.fr
- www.liberation.fr
- www.senat.fr
- www.suntimes.com
- www.thesun.co.uk
- www.videosurveillance-info.com
- www.fr.wikipedia.org

Rapports/lettres d'information/magazines/ouvrages divers :

- 29^{ème} rapport d'activité de la Cnil, 2008
- Annuaire statistique de la justice, Edition 2008
- Débat Ass. Nat., deuxième séance du jeudi 2 avril 2009 : http://www.assemblee-nationale.fr/13/cri/2008-2009/20090214.asp#P7576_1555
- Débats Ass. Nat., 2^{ème} séance du 28 mai 1970, p2072
- Débats Ass. Nat., session ordinaire, 1969-1970
- S. Dejean, T. Pénard, R. Suire, Une première évaluation des effets de la loi HADOPI sur les pratiques des internautes français, mars 2010 disponible à l'adresse suivante : <http://www.marsouin.org/IMG/pdf/NoteHadopix.pdf>
- Journal quotidien Le Monde du 27 décembre 2002
- Le Figaro Magazine, 17 octobre 2009
- Les informations personnelles issues de la voix et de l'image et la protection de la vie privée et des libertés fondamentales, rapport présenté à la Cnil par Mlle Cadoux, 12 décembre 2005, p61
- Lettre d'information professionnelle et de débat sur la vidéosurveillance, n°11, mars 2010
- Petit Larousse, V°
- Proposition pour une révision de la Constitution, 15 février 1993, Rapport remis au Président de la République, Comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le doyen G. Vedel, Coll. Des rapports officiels, La documentation française, p75, n°32
- Rapport de la Cour de cassation 1999, La documentation française
- Redécouvrir le préambule de la Constitution, Rapport au président de la République, au nom du comité présidé par Mme Simone Veil, Paris, La Documentation Française, 2009

A

Absolutisme du droit de propriété : 255
Activité professionnelle : 65
Affaire du RER Saint Michel : 124, 128
Affaire Erignac : 128
Affaire Gondrée : 258, 268, 273 s.
Altération de la personnalité : 261
Apposition de la marque : 236
Atteinte à l'intimité de la vie privée : 15 s.
– Élément légal : 16, 18
– Élément matériel : 17 s.
– Élément moral : 29 s.
Attributs du droit de propriété : 256
Auteur : 160 s.
Auteur salarié : 163
Autorisation : V. consentement

B

Bonne foi : 222, 242, 251

C

Camcording : 217
Captation : 18 s., 30 s., 217
Caractère propre : 197
Cnil : 94 s.
– Contrôle : 95
– Sanctions : 96
Communication au public : 209
Complicité : 134 s., 218, 220, 223
Concurrence déloyale : 263
Consentement : 20, 67
Conservation de l'image : 26

Consommateur d'attention moyenne : 235
Contrefaçon : 202 s.
– Sanction : 211, 229, 243
Composition pénale : 44
CRPC : 44

D

Décès : 68
Délai raisonnable : 43
Délit de remplissage : 237
Dessin : 19
Dessins et modèles :
– Conditions : 195 s.
– Notion : 194
Destination de l'œuvre : V. Mérite de l'œuvre
Diffusion auprès du public : 278
Dignité de la personne humaine : 103 s., 9
– Notion : 115 s.
– Sources : 105 s.
Divulgaration de l'image : 27
Dol général : 34, 36
Dol spécial : 33, 37, 38
Droit à l'image : 8, 58 s.
Droit à l'information légitime du public : 69
Droit international privé : 214
Droits moraux de l'auteur : 168 s.
– Droit à la paternité de l'œuvre : 171
– Droit au respect de l'œuvre : 172
– Droit de divulgation : 169
– Droit de retrait et de repentir : 170
Droits patrimoniaux : 173 s.
– Droit de suite : 175
– Droit d'exploitation : 174

E

Enregistrement de la marque : 193

Exceptions au monopole de l'auteur : 177 s.

- Exception de copie privée : 179, 275
- Exception de courte citation : 180
- Exception de parodie : 181
- Exception de représentation privée : 178
- Exception d'information : 182
- Exception pédagogique : 183

Exploitation commerciale : 277, 284

F

Fair use : 214

Faits anodins : 63

Faute : 286

Faute d'imprévoyance : 241

Fixation de l'image : 19

G

Groupe de personnes : 64

H

Happy slapping : 130 s.

- Élément matériel : 139
- Élément moral : 140
- Notion : 131
- Phénomène : 132
- Sanction : 133

Hotlinking : 221

Hyperlien : 220

I

Idées : 150

Impression visuelle d'ensemble : 197, 249

Infraction de conséquence : 47 s.

Internet : 89 s., 212 s.

Intimité corporelle : 61

Intimité de la vie privée :

- Notion : 7
- Domaine : 46

J

Jean Pic de la Mirandole : 116

K

Kant : 116

L

Liberté de création : 118

Liberté d'expression : 239, V. aussi droit à l'information légitime du public

Liberté laissée au créateur : 197

Licéité de la source : 213

Lien hypertexte : V. Hyperlien

Lieu privé : 22, 23, 48, 59

Lois bioéthiques : 110, 112

Loi informatique et libertés : 90 s.

Loi HADOPI : 216

Loi sur la liberté de la presse de 1881 : 123 s.

M

Marque figurative : 185 s.

- Conditions : 189
- Notion : 187

Mérite de l'œuvre : 119, 153, 156

Mobile : 31

N

Non absolutisme du droit à l'image : 66 s.

Nouveauté : 196

Nuance de couleur : 187

Nudisme : 24

O

Observateur averti : 197

Œuvre architecturale : 157

Œuvre audiovisuelle : 159

Œuvre collective : 165

Œuvre composite : 169

Œuvre d'art pur : 155

Œuvre de collaboration : 164

Œuvre de l'esprit : 148 s.

- Création de forme : 150
- Création intellectuelle : 149
- Esthétisme : 151

Œuvre des arts appliqués : 155

Œuvre photographique : 156, 118, 119

Œuvre plastique : 154 s.

Ordonnance pénale : 44

Originalité : 152, 156, 200

P

Peer-to-peer : 215, 219

Peinture : 19

Portrait : 188

Présomption de mauvaise foi : 223, 251

Présomption légale de complicité : 137

Presse : 39 s.

Preuve : 28, 86, 88

Principe de territorialité et de spécialité : 192,

247

Principe d'unité de l'art : 200

Prison : 24

Publicité comparative : 238

Q

R

Référé : 50 s., 55 s.

- Dommage imminent : 56
- Mesures ordonnées : 54, 57
- Trouble manifestement illicite : 56
- Urgence : 53, 56

Reproduction à l'identique : 208, 231, 245

Reproduction par imitation : 208, 226, 233 s.,
249

Responsabilité contractuelle : 264

Risque de confusion : 226, 231, 233 s.

S

Saint Thomas : 116

Santé : 62

Savoir faire : 149

Screeener : 217

Signe disponible : 192

Signe distinctif : 190

Signe générique ou usuel : 191

Signe licite : 189

T

Tentative de contrefaçon : 210

Test en trois étapes : 179, 177

Théorie de l'emprunt de criminalité : 137

Traitement de données à caractère personnel :

91

– Droits : 92

– Obligations : 93

Trouble : 282 s.

Trouble anormal : 287

Trouble anormaux de voisinage : 262, 282

Trouble certain au droit d'usage ou de
jouissance : 281 s.

U

Usage de la marque : 238

Utilisation de l'image : 28, 39

V

Vie privée : 117, 260, 4 s.

Vidéosurveillance : 72 s.

– Accès aux images : 78

– Commission départementale : 81

– Enquête préliminaire : 87

– Loppsi II : 82

– Entreprise : 79, 88

– Espaces ouverts au public : 75 s.

– Panneaux : 77

– Preuve : 86 s., 88

– Voie publique : 76

Vie sentimentale, conjugale ou amicale : 60

W

X

Y

Table des matières

Sommaire.....	1
Introduction.....	2
Partie I : Les images portant atteinte aux personnes	7
Titre I : L'atteinte à la vie privée.....	7
Chapitre I : La protection de l'intimité de la vie privée.....	7
Section 1 : L'élément matériel de l'atteinte à l'intimité de la vie privée.....	8
§1/La poursuite dès la captation de l'image : l'article 226-1 du code pénal	8
A/L'acte de fixation de l'image	8
B/Le lieu privé.....	9
§2/L'exploitation du produit de la captation : l'article 226-2 du code pénal	11
A/La conservation de l'image.....	11
B/La divulgation des images	11
C/L'utilisation de l'image	12
Section 2 : L'élément moral de l'atteinte à l'intimité de la vie privée.....	13
§1/L'intention dans la captation d'images	13
A/Débats doctrinaux	13
1) L'intention ou la volonté de violer l'intimité de la vie privée.....	13
2) L'intention ou la conscience de commettre un acte illicite.....	14
B/Débats jurisprudentiels.....	14
1) L'intention ou la conscience de commettre un acte illicite.....	14
2) L'intention ou la volonté de violer l'intimité de la vie privée.....	15
§2/L'intention dans l'exploitation du produit de l'infraction	16
Chapitre II : La manifestation de l'atteinte à la vie privée	17
Section 1 : Les atteintes par voie de presse.....	17
§1/L'efficacité du droit pénal	17
A/La lenteur du procès pénal	17
B/Les restrictions dues à l'étroitesse de l'incrimination.....	18
1) La protection de l'intimité de la vie privée seulement.....	18
2) La protection par une infraction de conséquence	19
§2/L'efficacité du droit civil	20
A/L'action en référé	20
1) Le référé de l'article 9 alinéa 2 du Code civil	20
2) Le référé de l'article 809 du Code de procédure civile.....	22
B/Le panel des situations prises en compte par le droit civil.....	23
1) Les images portant atteinte à la vie privée	23
2) Les images ne portant pas atteinte à la vie privée	24
C/L'absolutisme du droit à l'image remis en cause	26
1) La nécessité du consentement de la personne	26
2) Le droit à l'information légitime du public	27
Section 2 : Les atteintes par le vecteur des nouvelles technologies.....	28
Sous-section 1 : La vidéosurveillance	28

§1/La cadre juridique régissant la vidéosurveillance.....	28
A/Les lieux de la vidéosurveillance	29
1) La vidéosurveillance urbaine	29
2) L'entreprise	30
B/Le rôle des commissions départementale de vidéosurveillance.....	31
C/ Les modification apportées le projet de loi Loppsi II	32
§2/L'efficacité de la réglementation sur la vidéosurveillance	33
A/Une efficacité certaine dans nombre d'hypothèses	33
1) La rareté du contentieux	33
2) La preuve par vidéosurveillance	34
B/Une efficacité relative en matière de vidéosurveillance en entreprise	35
Sous-section 2 : L'internet.....	36
§1/Un cadre juridique spécial pour protéger les données personnelles.....	36
A/La notion de traitement de données à caractère personnel.....	36
B/ Les droits des personnes fichées	37
C/ Les obligations des responsables de traitement.....	37
D/ Les pouvoirs de la Cnil.....	39
1) Le pouvoir de contrôle	39
2) Les pouvoirs de sanction de la Cnil	39
§2/La protection des données personnelles imagées par le droit pénal	40
§3/La priorité de la voie civile pour sanctionner les atteintes à la vie privée	41
Titre II : Les atteintes à la dignité de la personne humaine.....	44
Chapitre I : La protection de la dignité de la personne humaine	44
Section 1 : Les sources de la protection de la dignité de la personne humaine	44
§1/Les sources internationales	44
§2/Les sources nationales.....	46
A/Les sources constitutionnelles	46
B/La loi.....	47
C/La jurisprudence administrative et judiciaire.....	47
Section 2 : La notion de dignité de la personne humaine.....	48
§1/Un concept aux contours vagues	48
§2/Dignité et vie privée	49
§3/Dignité et liberté de création.....	50
Chapitre II : La manifestation de l'atteinte à la dignité de la personne humaine.....	51
Section 1 : La diffusion par la presse d'images portant explicitement atteinte à la dignité de la personne humaine	51
§1/L'émergence du principe en droit pénal.....	52
A/La consécration législative.....	52
B/Les ambiguïtés relatives à la consécration	53
§2/L'émergence du principe en droit civil.....	54
A/La consécration jurisprudentielle	54
B/Les ambiguïtés relatives à la consécration	55
Section 2 : Les captations portant implicitement atteinte à la dignité de la personne humaine : le happy slapping	56

§1/L'émergence du phénomène.....	57
§2/La prise en compte spécifique par le législateur	58
A/La répression par le biais de la complicité	58
1) L'exclusion des infractions autonomes et de la théorie de la complicité de droit commun.....	58
2) Le recours à une « présomption légale de complicité »	59
B/Les éléments constitutifs de l'acte de complicité de l'article 222-33-3 du Code pénal.....	60
1) L'élément matériel de l'acte de complicité	60
2) L'élément moral de l'acte de complicité	61
Partie II : Les images portant atteinte aux biens	63
Titre I : Les atteintes aux biens protégés par des droits de propriété intellectuelle.....	63
Chapitre I : La protection par les droits de propriété intellectuelle	63
Section 1 : La protection par le droit d'auteur.....	63
§1/Les conditions de la protection des œuvres de l'esprit.....	63
A/L'existence d'une œuvre de l'esprit.....	64
B/L'exigence d'une œuvre originale.....	64
C/L'absence de prise en considération du mérite ou de la destination de l'œuvre	65
D/La liste des œuvres de l'esprit de l'article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle	65
§2/L'auteur	66
A/L'unicité ou la pluralité d'auteurs	67
1) L'auteur unique	67
2) La pluralité d'auteurs	67
B/Les droits des auteurs	69
1) Les droits moraux de l'auteur	69
2) Les droits patrimoniaux de l'auteur	70
C/Les exceptions au monopole de l'auteur.....	71
1) L'exception de représentation privée	71
2) L'exception de copie privée	72
3) L'exception de courte citation	72
4) L'exception de parodie	73
5) Les exception de la loi DADVSI	73
Section 2 : La protection par la propriété industrielle	74
§1/La protection de la marque figurative.....	75
A/Les conditions de fond de la protection d'une marque figurative.....	75
1) Le domaine des marques figuratives	75
2) Les conditions de protection	76
B/Les conditions de forme de la protection d'une marque figurative	77
§2/La protection des dessins et modèles.....	78
A/Les conditions de protection des dessins et modèles	78
1) Les conditions de fond de la protection des des sins et modèles	78
2) Les conditions de forme de la protection des de ssins et modèles.....	80
B/Le cumul de protection.....	80
1) La protection par le droit d'auteur : le princi pe d'unité de l'art	80
2) La protection par le droit des marques	81

Chapitre II : La manifestation de l'atteinte à des droits de propriété intellectuelle	82
Section 1 : La contrefaçon d'œuvres de l'esprit	82
Sous-section 1 : La caractérisation des actes de contrefaçon	82
§1/L'élément matériel de la contrefaçon	82
A/L'atteinte au droit de reproduction	83
1) Généralités sur la reproduction d'images protégées	83
2) Internet et la contrefaçon	84
a. Les images protégées sur internet	84
b. Le peer-to-peer	85
3) Le délit nouveau de captation en salle de cinéma	87
B/L'atteinte au droit de représentation	88
§2/L'élément moral de la contrefaçon	89
Sous-section 2 : L'appréciation de la contrefaçon	90
§1/Les principes gouvernant l'appréciation de la contrefaçon des œuvres en général	90
§2/Mise en œuvre des principes selon le genre des œuvres	91
Section 2 : La contrefaçon de marques figuratives	91
Sous-section 1 : L'élément matériel de la contrefaçon de marque	91
§1/La reproduction de la marque figurative	91
A/La contrefaçon par reproduction à l'identique	91
B/La contrefaçon par imitation	93
1) Les formes de l'imitation	93
2) L'appréciation de l'imitation	94
§2/L'apposition de la marque figurative	94
§3/L'usage de la marque figurative	95
Sous-section 2 : L'élément moral de la contrefaçon de marque	96
§1/En matière pénale : la faute d'imprévoyance	96
§2/En matière civile : la bonne foi inopérante	97
Section 3 : La contrefaçon des dessins et modèles	97
A/La reproduction à l'identique des dessins et modèles déposés	98
B/L'imitation des dessins et modèles déposés	98
§2/L'élément moral de la contrefaçon de dessins et modèles	99
Titre II : L'atteinte aux autres biens	101
Chapitre I : La protection de l'image des biens	101
Section 1 : Le rattachement au droit de propriété	101
Section 2 : Le rattachement à d'autres fondements	102
§1/L'atteinte au droit de la personnalité du propriétaire	102
§2/La responsabilité	103
Chapitre II : La manifestation de l'atteinte à l'image des biens	104
Section 1 : La jurisprudence classique	104
§1/La reproduction de l'image du bien	104
§2/L'exploitation de l'image	105
A/Les usages autorisés	105
1) L'usage privé de l'image du bien	105

2) La diffusion à des fins d'information du public ou artistiques ou culturelles	105
B/Le critère de l'exploitation commerciale.....	106
C/La nécessité d'une exploitation : la diffusion auprès d'un public	106
Section 2 : L'évolution jurisprudentielle	107
§2/L'arrêt du 2 mai 2001 : la nécessité d'un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire	107
§2/Le revirement du 7 mai 2004 : l'exigence d'un trouble anormal.....	109
Conclusion	111
Bibliographie.....	113
Index.....	128
Table des matières.....	132

