



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MÉMOIRES

Master 2 Droit pénal et sciences pénales
Dirigé par le Professeur Yves MAYAUD
2014

Image et protection pénale de la personne

Maxime LOUVET

Sous la direction du Professeur Agathe LEPAGE

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)

***IMAGE
ET PROTECTION PÉNALE
DE LA PERSONNE***

Mémoire présenté par Maxime LOUVET

Sous la direction du Professeur Agathe LEPAGE

Année universitaire 2013 - 2014

**Master 2 Droit pénal et sciences pénales
Sous la responsabilité du Professeur Yves MAYAUD**

AVERTISSEMENT :

**LES OPINIONS EXPRIMÉES DANS CET OUVRAGE
SONT PROPRES À LEUR AUTEUR ET N'ENGAGENT PAS
L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS**

REMERCIEMENTS

À Madame le Professeur Agathe Lepage, pour sa disponibilité, son soutien indéfectible et ses précieux conseils qui nous ont permis de mener à bien cet ouvrage ;

À Monsieur le Professeur Yves Mayaud, pour nous avoir permis de rejoindre cette belle "famille" à laquelle nous sommes fier d'appartenir ;

À l'ensemble des enseignants, pour leur dévouement et la richesse des enseignements qu'ils nous ont dispensés ;

À Monsieur le Premier Avocat général Didier Boccon-Gibod, pour l'accueil qu'il nous a réservé au parquet général près la Cour de cassation et le temps qu'il nous a accordé ;

À Monsieur l'Avocat général François Cordier, fin connaisseur des questions de presse, pour l'entretien qu'il nous a accordé et les informations précieuses qu'il nous a communiquées ;

À tous les étudiants de la promotion 2014, plus particulièrement à Floriane et Marc-Antoine pour les expériences que nous avons partagées, et à Jeanne, Lara et Marie pour leur soutien indéfectible au cours des dernières semaines de rédaction ;

À toutes les personnes présentes à nos côtés, pour leur soutien et leur concours sous des formes variées à l'élaboration de cet ouvrage.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>Adde</i>	Ajouter
AJ Pénal	Actualité juridique Pénal (Dalloz)
al.	Alinéa
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin
<i>c/</i>	Contre
CA	Cour d'appel
CCE	Revue Communication Commerce électronique (LexisNexis)
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGLPL	Contrôleur général des lieux de privation de liberté
ch.	Chambre
chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
comp.	Comparer
concl.	Conclusions
<i>contra</i>	Solution contraire
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme...
C. pén.	Code pénal
CPI	Code de la propriété intellectuelle
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz

DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789
DP	Recueil Dalloz périodique
Dr. pén.	Revue Droit pénal (LexisNexis)
ex.	Exemple
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (Lextenso)
GDEL	Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse
<i>infra</i>	Ci-dessous
instr.	Instruction
I.R.	Informations rapides (Dalloz)
JCP	La Semaine Juridique (LexisNexis)
JO	Journal officiel
L.	Loi
n°	Numéro
obs.	Observations
p.	Page
préc.	Précité
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rappr.	Rapprocher
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale (Dalloz)
Req.	Requête
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Dalloz)
s.	Suivants
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	Sommaires
ss.	Sous
<i>supra</i>	Ci-dessus
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. pol.	Tribunal de police
UE	Union européenne
V.	Voir

« *Le regard ne s'empare pas des images, ce sont elles qui s'emparent du regard. Elles inondent la conscience* »

Franz KAFKA, in G. Janouch, *Kafka m'a dit*,
Les Lettres Nouvelles.

INTRODUCTION

Sollicité par un groupe d'experts chargés de rédiger les programmes scolaires, le lexicologue Etienne Brunet a établi, à partir d'un corpus d'œuvres littéraires des XVIII^e, XIX^e et XX^e siècles, la liste des mots les plus utilisés de la langue française classés par fréquence décroissante. Or, dans cette liste le mot *image* arrive en 787^e position, loin devant les mots *pain* et *animal*, pourtant très courants¹. Cela montre d'emblée l'importance de l'image dans notre société. Mais ces nombreuses occurrences du mot image dans la littérature peuvent aussi s'expliquer par la variété de ses acceptions.

1. DÉFINITIONS - Pris au mot *image*, le Robert, comme la plupart des dictionnaires, propose en effet plusieurs *pages* de définitions au sein desquelles nous devons nous plonger. L'une des premières définitions, en rapport avec la physique, décrit l'image comme « *l'ensemble des points (réels ou virtuels) où vont converger, après passage dans un système optique, les rayons lumineux issus des divers points d'un corps donné, choisi comme objet* ». ² Plus simplement, pour le physicien, l'image est la représentation d'un objet donnée par un système optique. Le mathématicien connaît lui aussi la notion d'image. Pour lui, l'image est l'élément d'un ensemble qui, par une relation (correspondance, application, transformation...), correspond à un élément d'un premier ensemble. Ainsi, en rapport avec les fonctions, lorsque $y = f(x)$, on dit que y est l'image de x par la fonction f . De même, en rapport avec les transformations géométriques, lorsqu'un point O est le centre de [AA'], on dit que A' est l'image de A par la symétrie centrale de centre O. Pour être très techniques, ces définitions n'en pas moins intéressantes dans la mesure où elles permettent de dégager l'une des principales fonctions de l'image : la représentation.

Entendue au sens large, l'image est en effet la représentation d'une personne ou d'une chose quel que soit le procédé utilisé : arts graphiques ou arts plastiques (dessin, peinture, sculpture...) ou procédés techniques (photographie, cinéma...). La représentation peut même aller jusqu'à consister en un reflet, c'est-à-dire en une reproduction qu'une surface polie donne d'un objet qui s'y réfléchit. Et nous aurons l'occasion de montrer que le droit s'est saisi de toutes ces images, y compris du reflet³. Seulement, aujourd'hui en pratique, le droit s'intéresse essentiellement aux « *nouvelles images* », c'est-à-dire aux images produites par la technique moderne⁴. En d'autres termes, le mot *image* devient parfois synonyme, en droit (comme dans le langage courant d'ailleurs), de *photographie* ou de *vidéo*. Ainsi, lorsque l'article 226-1 du Code pénal incrimine l'atteinte à l'intimité de la vie privée par la fixation, l'enregistrement ou la transmission de l'image d'une personne, il vise en réalité les seules hypothèses de la photographie et de la vidéo⁵. C'est justement

1 Liste disponible sur le portail Éduscol édité par le Ministère de l'Éducation Nationale à l'adresse suivante : <http://eduscol.education.fr/cid47916/liste-des-mots-classee-par-frequence-decroissante.html#menu>

2 *Dictionnaire des sciences*, d'après E. B. Uvarov et D. R. Chapman

3 V. *infra* n° 28

4 Selon L. Lavaud, le concept de « *nouvelles images* » renvoie à l'ensemble des mutations subies par l'image au cours du dernier siècle : intégration du mouvement, du son, possibilité de modifier une image, de créer une représentation virtuelle de la réalité sans modèle préexistant... Selon lui, parmi les formes multiples d'images produites par la technique moderne, on peut distinguer trois familles principales : l'image photographique, l'image électronique et l'image numérique. V. B. Lavaud, *L'image*, Flammarion, GF Corpus, 2011, p. 225

5 Les termes du texte (fixation, enregistrement, transmission) reviennent à exclure le dessin et la sculpture du champ de l'incrimination.

cette acception de l'image qui a amené le législateur à compléter l'article 227-23 relatif à la pédopornographie pour incriminer non seulement l'image du mineur mais également la *représentation* du mineur, permettant ainsi d'inclure non seulement la photographie, mais également la représentation de mineurs réels par le dessin et la représentation de mineurs fictifs/imaginaires.

Autrement dit, alors que l'image renvoie a priori à la représentation, le législateur a parfois choisi de l'envisager comme un produit du monde objectif et sensible ; ce qui, sur le plan technique, renvoie à la seule hypothèse de la *photographie*. Et se rendant compte que cette acception était peut-être trop restrictive, il a choisi d'y ajouter ponctuellement la notion de *représentation* qui elle, est beaucoup plus large puisqu'elle renvoie à toute interprétation de la réalité et permet d'inclure le dessin, la peinture, la gravure, la sculpture, le photomontage, les images de synthèse etc. A d'autres occasions, en revanche, le droit pénal envisage l'image dans son sens le plus large, c'est à dire au sens de *représentation*. C'est dire qu'en droit pénal, l'image est tantôt synonyme de représentation, tantôt synonyme de photographie, ce que nous ne manquerons pas de préciser au cours de nos développements. Quoiqu'il en soit, les images et particulièrement les « *nouvelles images* » revêtent des enjeux de taille qui ont conduit le droit à s'en saisir.

2. ENJEU D'IDENTIFICATION - Dès lors qu'elle représente une personne, l'image dégage un enjeu en terme d'identification. De par les éléments qu'elle contient, l'image nous permet souvent de reconnaître la personne représentée. C'est ce qui explique par exemple que dans un arrêt déjà ancien, la cour de Paris avait fait défense au peintre Whistler, qui avait réalisé le portrait de Lady Eden et refusait de le lui livrer, « *d'en faire un usage quelconque avant d'en avoir modifié l'aspect de manière à le rendre méconnaissable* »⁶.

Évidemment, cet enjeu en terme d'identification s'est renouvelé avec l'apparition de la photographie ; ce à quoi les autorités judiciaires ont été très sensibles. Dès 1842, les frères Brandt réalisaient des portraits au daguerréotype de détenus à la maison d'arrêt de Bruxelles. Et dès 1874, la Préfecture de police de Paris se dotait d'un service photographique⁷. En ce domaine, les services de police suivent de très près les évolutions technologiques et s'équipent en conséquence. Notamment, depuis 1998, le Centre national de formation à la police judiciaire (CNFPJ) propose aux agents, un « *stage portrait-robot* » afin de les former au mieux aux techniques de dessin du visage et à l'utilisation des logiciels prévus à cet effet⁸. Outre cet enjeu lié à l'identification, l'image séduit les autorités judiciaires également en raison de son pouvoir d'authentification.

3. POUVOIR D'AUTHENTIFICATION - L'image photographique a incontestablement un pouvoir d'authentification, son essence est de ratifier ce qu'elle représente. L'anecdote fournie par M. Roland Barthes traduit parfaitement cette propriété de l'image :

6 Cour de Paris, 2 décembre 1897, DP 1898 II. p. 465, note Planiol

7 Le critique Ernest Lacan prônait déjà depuis 1856 l'utilisation de la photographie par la police française : « *Quel repris de justice pourrait échapper à la vigilance de la police ? Qu'il s'échappe des murs où le retient le châtement ; qu'une fois libéré, il rompe le ban qui lui prescrit une résidence, son portrait est entre les mains de l'autorité. Il ne peut s'échapper : lui-même sera forcé de se reconnaître dans cette image accusatrice* ». V. E. Lacan, cité dans Q. Bajac, *L'image révélée - L'invention de la photographie*, Gallimard, 2001, p. 74

8 *Adde* Article relatif à la *Formation « portrait robot »*, disponible sur <http://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr/fre/Sites/Gendarmerie/Presentation/Police-Judiciaire/Centre-national-de-formation-a-la-police-judiciaire-CNFPJ/Formation-portrait-robot>

« J'ai reçu un jour d'un photographe une photo de moi dont il m'était impossible, malgré mes efforts, de me rappeler où elle avait été prise ; j'inspectais la cravate, le pull-over pour retrouver dans quelle circonstance je les avais portés ; peine perdue. Et cependant, parce que c'était une photographie, je ne pouvais nier que j'avais été là (même si je ne savais pas où). [...] Cette certitude, aucun écrit ne peut me la donner [...] La photographie, elle, n'invente pas ; elle est l'authentification même ; les artifices, rares, qu'elle permet, ne sont pas probatoires, ce sont au contraire des truquages : la photographie n'est laborieuse que lorsqu'elle triche »⁹.

En raison de son pouvoir d'authentification, l'image photographique est une preuve redoutable. C'est pourquoi la Chambre criminelle considère qu'est licite, le fait pour un officier de police judiciaire, dans le cadre d'une enquête préliminaire, de prendre des photographies à l'insu de la personne¹⁰, à condition toutefois que l'enregistrement soit réalisé dans un lieu accessible au public¹¹. De plus, depuis la loi *Perben II* du 9 mars 2004, en matière de criminalité et de délinquance organisées, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, les officiers et agents de police judiciaire peuvent, sur autorisation du juge d'instruction, mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission, et l'enregistrement de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé¹². De même encore, l'article L 233-1 du Code de la sécurité intérieure permet la prise de photographies des occupants de véhicules pour prévenir et réprimer le terrorisme et faciliter la constatation des infractions.

Par ailleurs, concernant les particuliers, la Chambre criminelle fait preuve d'une grande souplesse et considère que la preuve obtenue par eux en violation de l'article 226-1 du Code pénal qui incrimine les atteintes à l'intimité de la vie privée, est recevable devant le juge pénal¹³. Une personne peut donc, pour défendre ses intérêts, produire devant le juge pénal, une image obtenue en violation de l'intimité de la vie privée d'une autre personne¹⁴.

Il faut le reconnaître, toutes ces problématiques sont relativement nouvelles ; elles apparaissent en même temps que se développent les technologies. Mais si les technologies sont

9 R. Barthes, *La Chambre claire : notes sur la photographie*, Les Cahiers du cinéma, Gallimard, Le Seuil, 1980, p. 133-139

10 Crim. 7 mai 1996, Bull. crim. n° 189, en matière d'infractions routières

11 Crim. 21 mars 2007, Bull. crim. n° 89, estimant que constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et du domicile contraire à l'article 8 de la Conv. EDH, le fait, pour des enquêteurs, de photographier clandestinement, au moyen d'un téléobjectif, les plaques d'immatriculation des véhicules se trouvant à l'intérieur d'une propriété privée non visible de la voie publique, aux fins d'identification des titulaires des cartes grises, et alors que cette immixtion, opérée en enquête préliminaire, n'est prévue par aucune disposition de procédure pénale.

12 C. proc. pén. art. 706-96 et s.

13 Crim. 31 janvier 2007, Bull. crim. n° 27, rendu à propos de l'enregistrement d'une conversation, et transposable à la fixation de l'image.

14 A noter toutefois que si la preuve est recevable devant le juge pénal, des poursuites pénales pourront toutefois être engagées par la suite contre la personne sur le fondement des articles 226-1 et 226-2 du Code pénal.

A noter également que les chambres civiles et la chambre sociale adoptent une position contraire à celle du juge pénal en considérant que la preuve n'est pas recevable :

- Civ. 2^e, 7 octobre 2004, D. 2005 p. 122 : « l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue » (transposable à l'image)

- Soc. 20 novembre 1991, D. 1992, p. 73, concl. Chauvy : « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu constitue un mode de preuve illicite »

utilisées dans le domaine judiciaire pour recueillir des images à visée probatoire, elles sont aussi très largement utilisées par les individus qui produisent et diffusent des images dans des quantités telles qu'il devient difficile d'en faire une estimation.

4. PROLIFÉRATION DES IMAGES - Le développement des nouvelles technologies contribue à une prolifération spectaculaire des images, y compris dans des domaines insoupçonnés. Pouvait-on s'attendre à l'implantation de *cyber-crèches* au début des années 2000 ? Pouvait-on s'attendre à ce que des magistrats évoquent l'idée d'un *cyber-droit de visite* pour le parent qui n'a pas la garde de son enfant¹⁵ ... ? Le *cyber-droit de visite* n'est pas encore clairement institué en France mais certaines décisions ont amorcé le processus. Ainsi, dans une décision du 19 mai 1999, la cour d'appel de Paris a considéré que malgré la décision contestable de la mère de déménager sans en avoir averti le père, abusant ainsi du privilège que lui confère la résidence de l'enfant, il n'y a pas lieu d'étendre le droit de visite et d'hébergement de celui-ci à un plus grand nombre de week-ends car l'enfant a intérêt à partager un nombre équilibré de fins de semaine avec son demi-frère. Et la cour d'ajouter que « *l'enfant étant âgé de cinq ans, le père pourra s'il le souhaite, dans un avenir proche, entretenir une relation quasi quotidienne avec son fils par l'intermédiaire d'Internet, si les parents en sont équipés, ce moyen de communication permettant en outre de transmettre divers documents et de donner un réel contenu ainsi que davantage de sens à l'exercice en commun de l'autorité parentale et permettant ainsi pour le temps où l'enfant aura sa résidence chez sa mère de compenser partiellement la séparation physique du père et de l'enfant* »¹⁶. Telles qu'elles sont rédigées, les décisions de justice laissent entendre que l'image « *compense* » la séparation physique entre le parent et l'enfant ; mais n'est-elle pas progressivement en train de « *remplacer* » le lien physique ? La frontière est mince...

Le débat relatif à l'influence de l'image sur les liens sociaux est également vif en rapport avec les jeux vidéos. Nous voyons naître quelques recherches sur les possibles addictions aux jeux vidéos ; addictions qui auraient notamment pour conséquence un renfermement sur soi, un délaissement des activités extérieures, et un relâchement des liens sociaux.

Cyber-crèches, cyber-droit de visite, et jeux vidéos sont autant d'illustrations du développement considérable des images dans des domaines bien particuliers et qui sont susceptibles de mettre en péril les tissus sociaux. Mais la prolifération des images se vérifie aussi et surtout dans des domaines qui nous sont plus familiers et qui touchent à la liberté d'expression.

Certaines images visent à porter un jugement sur l'État et son fonctionnement, et lorsqu'elles ont pour effet de troubler l'ordre public, la répression s'impose¹⁷, et sont ici concernées, toutes les

15 LeParisien.fr, 10 novembre 2001, Divorce : garder le contact avec son enfant sur le Net, disponible sur <http://www.leparisien.fr/economie/divorce-garder-le-contact-avec-son-enfant-sur-le-net-10-11-2001-2002574729.php>

16 CA Paris, 24^e ch., 19 mai 1999, Numéro JurisData : 1999-024037 ; JCP 2001, I. 332, *Droit de la famille*, étude par Pascal Berthet, Hubert Bosse-Platière, Yann Favier, Thierry Fossier, Olivier Matocq et Jacqueline Rubbelin-Devichi

17 Plusieurs infractions sont en ce sens : on songe notamment à la provocation directe à la rébellion (C. pén. art. 433-10), à l'outrage aux fonctionnaires (C. pén. art. 433-5), aux atteintes au respect dû à la justice (C. pén. art. 434-24 et 434-25), à la provocation à un attroupement armé (C. pén. art. 431-6), aux dessins, levés ou enregistrements effectués sans autorisation dans une zone d'interdiction fixée par l'autorité militaire (C. pén. art. R 645-2), et à l'outrage au drapeau tricolore, dont nous signalons, au passage que l'incrimination a été mal rédigée, faisant référence à l'intention alors que l'infraction relève du domaine contraventionnel (C. pén. art. R 645-15)

images, tant les photographies et les vidéos que les autres images. L'histoire en fournit d'ailleurs quelles illustrations. On songe notamment à *Gargantua*, cette œuvre d'Honoré Daumier, qui lui a valu une condamnation pour excitation à la haine et au mépris du gouvernement du roi, où l'on voit le roi Louis-Philippe en ancien habit de cour, trônant sur une chaise percée, engloutissant l'argent des français, et dont les excréments prennent la forme de décrets et de nominations. Ces images par lesquels les individus portent un jugement l'État et son fonctionnement seront écartées de nos développements quant à eux réservés aux images susceptibles de porter atteinte aux personnes.

5. DEUX TYPES D'IMAGES - Au même titre que les images déjà évoquées, les images susceptibles de porter atteinte aux personnes se répandent dans une large mesure. Seulement ces images ne sont pas toutes du même type. Certaines représentent la personne dans sa vie quotidienne, d'autres, représentent certaines scènes susceptibles de choquer le spectateur.

En rapport avec la première série d'images, celles qui représentent la personne dans sa vie quotidienne, il faut évidemment relever l'influence considérable des nouvelles technologies qui permettent de réaliser des *selfies*, ces autoportraits photographiques souvent réalisés avec un smartphone puis mis en ligne sur les réseaux sociaux¹⁸. Cette première série d'images inclut également toutes les images de personnes qui sont susceptibles d'intéresser le public et qui sont publiées dans les médias. On songe par exemple aux images de personnes publiques ou aux images relatives aux personnes impliquées dans une procédure judiciaire en cours ; domaines pour lesquels le public a toujours éprouvé une certaine attirance, comme en témoigne par exemple le tableau de Demachy, *Une exécution capitale sur la place de la Révolution, vers 1793*¹⁹ qui représente la foule massée au pied de l'échafaud.

Cette première série d'images soulève de nombreuses questions en rapport avec la protection de la personnalité de la personne qu'elles représentent. Et c'est ce qui la distingue de la seconde catégorie d'images qui elle, rassemble des contenus choquants.

Essentiellement pour les mêmes raisons, à savoir le développement des technologies, les images choquantes tendent à se répandre de façon démesurée. En 2006, on comptabilisait déjà 4,2 millions de sites pornographiques, générant un chiffre d'affaires de 2,5 milliards de dollars. Par ailleurs, plus de 100 000 sites sont aujourd'hui dédiés à la pédopornographie, et de nombreux autres sont dédiés à l'extrême violence²⁰. En outre, la télévision nous amène à voir chaque année près de 1 800 meurtres et 9 000 actes violents²¹. Et il faut encore signaler le phénomène du *happy slapping* qui consiste à filmer une agression et à la publier ensuite sur internet qui est essentiellement le fait des jeunes qui ressentent le besoin de faire la publicité de leurs méfaits et qui ne maîtrisent pas toutes les codes liés à l'espace internet sur lequel ils naviguent pourtant en moyenne deux heures par jour. Toutes ces images présentent un danger en raison de leur potentiel pouvoir suggestif.

18 Le *selfie* est tellement répandu que mot a été choisi comme le mot de l'année 2013 par les Dictionnaires d'Oxford. Et faisant preuve de toujours plus d'imagination, les adeptes de ces procédés réalisent désormais des *Food selfies* et des *AfterSex selfies*, ce qui ne mérite aucun commentaire.

19 P.-A. Demachy, *Une exécution capitale sur la place de la Révolution, vers 1793* - Paris, Musée Carnavalet

20 M. Quémener, Y. Charpenel, *Cybercriminalité - Droit pénal appliqué*, Economica, 2010 p. 103

21 LeMonde.fr, 22 juin 2011, *Grandir avec la violence pour modèle*, disponible sur http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/06/22/grandir-avec-la-violence-pour-modele_1538992_3232.html

A vrai dire, les avis des chercheurs quant au pouvoir suggestif des images sont assez partagés. Certains, comme le psychanalyste Michael Stora, rejettent l'idée que l'image puisse rendre agressif et pousser au crime et considèrent que les images « *ne sont que des révélateurs de pathologies déjà existantes* » et que les contenus violents possèdent « *une dimension cathartique, permettant au spectateur de se purger de ses pulsions agressives* »²². De même, en matière de pornographie, certains chercheurs affirment que le visionnement d'images permet d'apaiser les pulsions et de vivre les fantasmes sans passer à l'acte. Mais dans le domaine de la violence comme dans le domaine de la pornographie et de la pédopornographie, on trouve également les théories inverses. Certains chercheurs considèrent en effet que le visionnement d'images pédopornographiques risque d'avoir pour effet de neutraliser la culpabilité des individus à l'égard de leurs sentiments déviants, légitimant ainsi à leurs yeux le passage à l'acte. Et concernant la violence, quelques affaires impliquant des individus qui s'étaient inspirés de films semblent révéler, au moins en partie, ce pouvoir suggestif des images. Par exemple, en 2004, la cour d'assises des mineurs d'Ille-et-Vilaine avait été amenée à condamner à 25 ans de réclusion criminelle un jeune adolescent, rejugé en appel à huis clos pour l'assassinat d'une adolescente de 15 ans en juin 2002 près de Nantes, selon un scénario inspiré, semble-t-il du film d'horreur *Scream*²³.

La question est particulièrement délicate car en réalité, le spectacle de la violence fascine²⁴. Et nous n'inventons rien ; cette fascination était déjà présente dans les écrits de Platon :

*« Léontios, fils d'Aglaiôn, remontant du Pirée, et longeant l'extérieur du mur septentrional, s'étant aperçu qu'il y avait des cadavres étendus dans le lieu des supplices, sentit à la fois le désir de les voir et un mouvement de répugnance qui l'en détournait. Pendant quelques instants il lutta contre lui-même et se couvrit le visage ; mais à la fin, vaincu par le désir, il ouvrit les yeux tout grands et courant vers les morts, il s'écria : "Tenez, malheureux, jouissez de ce beau spectacle" ».*²⁵

Conscients de cette réalité, le cinéma et la télévision qui souhaitent accroître leur audience, notamment auprès des jeunes, sont excessivement complaisants à l'égard de la violence.

6. PROBLÉMATIQUE ET PLAN - La prolifération de toutes ces images devait évidemment s'accompagner d'un certain encadrement. Seulement, compter sur les vertus de l'Homme, sur la retenue ou encore sur l'éthique des médias était sans doute utopique. De même, une protection d'ordre civil, sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun par exemple, était sans doute insuffisante. C'est donc au droit pénal que revenait la tâche d'assurer une protection efficace des personnes face à ces images tout en composant avec la liberté d'expression. Cette protection de la personne, le droit pénal l'aborde de deux manières : d'abord par la reconnaissance à la personne d'une maîtrise sur l'image qui la représente (PARTIE 1), ensuite, par la prohibition de principe des images nocives (PARTIE 2).

22 LeMonde.fr, 22 juin 2011, *Grandir avec la violence pour modèle*, préc.

23 Décision commentée sur le site du Nouvel Observateur, disponible sur <http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20041119.OBS1898/meurtre-inspire-de-scream-25-ans-de-prison.html>

24 *Adde Réflexions sur l'étrange charme de la guerre*, Le Monde, 18 septembre 2012, par Tzvetan Todorov, historien des idées et essayiste, directeur de recherche honoraire au CNRS, visible sur http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/09/18/reflexions-sur-l-etrange-charme-de-la-guerre_1761862_3232.html

25 Platon, *Œuvres complètes, La République, Livres IV-VII*, texte établi et traduit par Emile CHAMBRY, Société d'édition « *Les belles lettres* », 1967 - Livre IV, 440 a

PREMIÈRE PARTIE :

UNE MAÎTRISE RECONNUE À LA PERSONNE REPRÉSENTÉE SUR L'IMAGE

Le droit pénal accorde à la personne une certaine maîtrise sur son image en incriminant une diversité de comportements qui sont liés à l'appréhension ou la diffusion de l'image de cette personne sans son consentement (Chapitre 1). Si aucune de ces incriminations ne reconnaît un véritable droit sur l'image au sens du droit civil, elles poursuivent toutefois une finalité commune : la protection de la personnalité (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : UNE DIVERSITÉ D'INCRIMINATIONS

Les incriminations ayant trait à l'appréhension de l'image d'une personne, le plus souvent sans son consentement, sont très nombreuses. Pour l'essentiel, elles sont regroupées dans deux supports. Cette dualité de supports (SECTION I) débouche sur une dualité de régimes (SECTION II).

SECTION I : UNE DUALITÉ DE SUPPORTS

.....

L'image et la presse entretiennent évidemment des liens étroits. Or, lorsque l'image représente une personne, sa diffusion à plus ou moins grande échelle peut avoir des retombées négatives pour la personne concernée. Nous comprenons alors que la loi du 29 juillet 1881 fut un terrain fertile sur lequel ont germé un certain nombre d'incriminations en rapport avec l'image de la personne (§1). Le Code pénal contribue lui aussi à cette protection de la personne dans sa dimension morale en incriminant au sein du Livre II un certain nombre de pratiques liées à l'appréhension de l'image des personnes (§2).

§ 1 : L'image de la personne dans la loi du 29 juillet 1881

7. L'IMAGE COMME MODE DE COMMUNICATION - Le Chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 relatif aux infractions de presse²⁶ s'ouvre avec l'article 23 aux termes duquel « *seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet* ». Nous le voyons, l'article 23 énumère divers modes de communication parmi lesquels figurent les dessins, gravures, peintures, emblèmes, et images. A priori, si l'on s'en tient à la lecture du texte, celui-ci semble avoir un domaine d'application restreint, pour ne concerner que la complicité par provocation. En réalité, la doctrine y a toujours vu un texte de portée générale qui concerne l'ensemble des infractions du Chapitre IV. C'est dire que toute infraction contenue dans le Chapitre IV peut être commise par la voie de l'image au sens large du terme (incluant la photographie, le dessin, la sculpture, la peinture etc). En témoignent, quelques affaires relatives à la diffamation.

8. DIFFAMATION - L'image entretient des rapports étroits avec la diffamation²⁷. Et il faut distinguer deux cas de figure selon que l'image diffamatoire représente ou ne représente pas une personne. - Premier cas de figure, certaines images sont diffamatoires en ce qu'elles imputent à une personne un fait déterminé qui porte atteinte à son honneur ou à sa considération, mais sans représenter cette personne. A titre d'illustration, constitue une diffamation, le fait, pendant l'Occupation, de tracer à la peinture rouge une croix gammée sur le mur extérieur de l'habitation

²⁶ L'intitulé exact du Chapitre IV est *Des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication*. L'expression *infractions de presse* est employée par commodité de langage.

²⁷ Lamy Droit des Médias et de la Communication, Etude 233 *Les infractions de presse définies par la loi du 29 juillet 1881 ; 233-13 - Dessins, Caricatures et images* (disponible sur www.lamyline.fr)

d'un individu ; puisque ce dessin implique l'allégation, par voie d'insinuation et sous forme déguisée, d'un fait précis et déterminé, celui d'avoir collaboré avec l'ennemi pendant l'Occupation²⁸. - Second cas de figure, il arrive parfois que l'image diffamatoire soit une représentation de la personne diffamée. Par exemple, en 1964, des personnes avaient fait circuler la photo d'un individu en uniforme de simple soldat, portant l'écusson de la LVF ; et la Cour de cassation a estimé que cela comportait l'imputation d'un fait précis et constituait une diffamation²⁹.

Nous le voyons, l'image prise isolément peut comporter en elle-même l'imputation d'un fait précis diffamatoire, mais cette hypothèse est marginale. Le plus souvent, l'image publiée seule n'est pas diffamatoire, faute d'imputation d'un fait précis et déterminé. Ainsi, ne constitue pas une diffamation, l'envoi à l'auteur d'un accident de la circulation, de la photographie de la tombe de la victime de l'accident, sans mention autre que la date du décès indiquée au verso³⁰.

Généralement, la diffamation en rapport avec une image est constituée par l'association d'un texte et d'une image, le premier étant l'accessoire de la seconde. En d'autres termes, la combinaison de l'image (élément principal) et de sa légende (élément accessoire) permet de caractériser la diffamation. Par exemple, un dessin représentant un homme politique, en tenue de parachutiste, un bandeau sur l'œil, arborant une décoration "faisant nécessairement penser à la Croix de fer allemande", a été jugé diffamatoire. Mais ce dessin n'avait pas été publié isolément. Les juges du fond avaient pris le soin de préciser que le dessin était accompagné de la légende "le putsch funeste du 14 juillet : pendant que la France se dore la pilule, L... P... tente une épreuve nulle avec deux mille cibistes et trois cents patrons de café. Que va-t-il se passer ? réponse page 19"³¹. Dans cette affaire, c'est bien la combinaison des deux éléments, principal et accessoire, qui a entraîné la condamnation.

À l'inverse, lorsque c'est le texte/l'article, élément principal, qui est accompagné de l'image d'une personne qui ne joue que le rôle d'accessoire/d'illustration, alors, la diffamation sera caractérisée par référence au contenu de l'article. Là où l'article n'impute pas de fait précis et déterminé à la personne qui est par ailleurs représentée de façon neutre sur l'illustration, il ne saurait y avoir diffamation³². Cela a été rappelé par la Cour de cassation dans une affaire récente. Un quotidien avait publié un article consacré à l'emploi de travailleurs clandestins sur un chantier, avec en illustration, l'image du chantier concerné sur laquelle il était possible d'identifier un artisan maçon et l'un de ses ouvriers. L'article ne faisait aucunement mention de l'artisan. Mais dans l'esprit des lecteurs, l'image et le texte ne faisaient qu'un : l'artisan était perçu comme l'auteur des pratiques illicites. L'intéressé, totalement étranger à ces pratiques, assigna la société éditrice du journal en réparation de son préjudice. En réponse, la société éditrice du journal soutenait que les faits constituaient une diffamation, ce qui avait pour conséquence de rendre nulle l'assignation qui ne respectait pas les prescriptions de l'article 53 de la loi de 1881. Les juges du fond ont rejeté cet argument en considérant que la diffamation devait être caractérisée par référence au contenu du

28 Crim. 23 février 1950, Bull. crim. 1950 n° 69 ; D. 1951 p. 217, note Mimin

29 Crim. 21 février 1967, n° 65-92.437, Bull. crim. n° 76

30 CA Toulouse, 3^e ch., 22 décembre 2004, CCE 2005, comm. 147, obs. A. Lepage

A défaut de constituer une diffamation, les faits pourraient recevoir la qualification de violences volontaires.

31 Crim. 16 décembre 1986, n° 85-96.064, Bull. crim. n° 374

32 Pour autant, les faits pourront faire l'objet d'une condamnation civile sur le fondement des art. 9 et 1382 du C. civ.

texte et que l'absence de caractère diffamatoire du texte à l'égard de l'artisan maçon ne pouvait être compensée par la représentation de celui-ci sur la photographie illustrant le texte. Faute de caractérisation de la diffamation, c'est le droit commun qui devait trouver application, et les juges du fond ont ainsi pu donner satisfaction au plaignant sur le fondement des articles 9 et 1382³³.

L'image peut donc servir de support à la diffamation et plus généralement à toute infraction à la loi du 29 juillet 1881. Seulement, certaines infractions s'y prêtent davantage : nous l'avons dit, le public porte un intérêt particulier pour les procédures pénales, et la presse est souvent tentée de répondre à ses attentes par la diffusion d'images de personnes.

9. INTÉRÊT DU PUBLIC POUR LA PROCÉDURE PÉNALE - L'intérêt porté par le public à la procédure pénale n'est pas un phénomène récent. Lorsqu'en octobre 1789, les audiences criminelles furent ouvertes au public, une curiosité passionnée emporta les français. Auparavant, ils ne découvraient le visage du condamné qu'au moment de son supplice. Désormais, ils allaient pouvoir suivre toute la procédure depuis l'arrestation jusqu'à l'exécution, en passant par l'audience et le prononcé de la condamnation. Mais, il faut le reconnaître, de toutes ces phases de la procédure, c'est surtout celle de l'exécution qui retenait l'attention. *Le Dernier Jour d'un Condamné*, célèbre roman de Victor Hugo, retrace de façon remarquable l'engouement de la foule qui assiste à l'arrivée du condamné sur la place de Grève et à son exécution :

« XLIV - Le prêtre est bon, le gendarme aussi. [...] Maintenant il faut que je me roidisse en moi-même, et que je pense fermement au bourreau, à la charrette, aux gendarmes, à la foule sur le pont, à la foule sur le quai, à la foule aux fenêtres, et à ce qu'il y aura exprès pour moi sur cette lugubre place de Grève, qui pourrait être pavée des têtes qu'elle a vues tomber. [...]

XLV - Tout ce peuple rira, battra des mains, applaudira. [...]

XLVIII - De l'hôtel de ville !... - Ainsi j'y suis. Le trajet exécrable est fait. La place est là, et au-dessous de la fenêtre l'horrible peuple qui aboie, et m'attend, et rit. [...] Nous avons pris le fatal quai. Je commençais à ne plus voir, à ne plus entendre. Toutes ces voix, toutes ces têtes aux fenêtres, aux portes, aux grilles des boutiques, aux branches des lanternes : ces spectateurs avides et cruels ; cette foule où tous me connaissaient et où je ne connaissais personne ; cette route pavée et murée de visages humains... J'étais ivre, stupide, insensé. C'est une chose insupportable que le poids de tant de regards appuyés sur vous³⁴.

Encore aujourd'hui, le public s'intéresse au condamné mais aussi au prévenu et à l'accusé. Il s'intéresse au criminel, mais aussi aux victimes. Alors, pour assurer à toutes ces personnes, une meilleure maîtrise sur leur image, le législateur est intervenu par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 dite *Loi Guigou*, renforçant la protection de la présomption d'innocence (A) et les droits des victimes (B).

33 Civ. 1^{re}, 16 janvier 2013, n° 12-15.547, CCE 2013 comm. 45, obs. A. Lepage
Rappr. Civ. 2^e, 11 février 1999, n° 97-10.465

34 V. Hugo, *Le Dernier Jour d'un Condamné*, Chapitres XLIV et s.

A) Image et présomption d'innocence

10. ORIGINE - La Garde des sceaux Elisabeth Guigou avait été particulièrement choquée par la diffusion de la photo du guide de haute montagne de la station des Orres arrivant menotté au Palais de justice suite à un tragique accident de colonie de vacances. Le gouvernement a donc souhaité prendre des mesures :

« La préservation de la réputation des personnes présumées innocentes suppose tout d'abord de réprimer les excès qui peuvent apparaître lorsque les médias rendent compte de l'existence d'une enquête ou d'une instruction en cours. Tel est le cas lorsque sont publiées ou diffusées des images d'une personne menottée ou entravée, à la suite de son arrestation par les forces de l'ordre, ou lors de sa présentation devant l'autorité judiciaire. De telles images, qui portent une atteinte grave à la présomption d'innocence de la personne en cause, dont la réputation se trouve entachée, ne sont nullement justifiées par la liberté de la presse.

C'est la raison pour laquelle il est proposé de sanctionner pénalement ces faits par une amende d'un montant maximal de 100 000 F. Il est de même proposé de sanctionner le fait de réaliser ou de diffuser un sondage d'opinion portant sur la culpabilité d'une personne mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale, ou sur la peine susceptible d'être prononcée à son encontre »³⁵.

Cela a donné naissance à l'article 35 ter de la loi du 29 juillet 1981 rédigé comme suit :
« Lorsqu'elle est réalisée sans l'accord de l'intéressé, la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de l'image d'une personne identifiée ou identifiable mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation et faisant apparaître, soit que cette personne porte des menottes ou entraves, soit qu'elle est placée en détention provisoire, est punie de 15 000 euros d'amende ».

11. IMAGE D'UNE PERSONNE IDENTIFIÉE OU IDENTIFIABLE - L'article 35 ter exige, pour la répression, que la personne représentée sur l'image soit identifiée ou identifiable. Cette exigence bien connue du droit de la presse est rationnelle puisqu'il s'agit de protéger la personnalité. Comme en matière de diffamation, l'identification peut être rendue possible par des éléments intrinsèques ou extrinsèques³⁶. Concrètement, l'exigence d'identification sera remplie par la démonstration du fait que la personne était reconnaissable, simplement dans le cercle étroit de ses proches³⁷.

12. IMAGE D'UNE PERSONNE PRÉSUMÉE INNOCENTE - La personne représentée sur l'image doit en sus être une personne mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation.

Une analyse littérale du texte nous amène à penser qu'un jugement de condamnation même non définitif suffit à exclure l'application de l'article 35 ter. Il serait donc possible de photographier une personne menottée à la sortie de l'audience du tribunal correctionnel ou de la cour d'assises qui vient de la condamner.

35 Projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes n° 1079 - Exposé des motifs (disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl1079.asp>)

36 Crim. 15 octobre 1985, Bull. n° 315, en matière de diffamation

37 V. en ce sens, C. Bigot, Pratique du droit de la presse, Victoires Editions, 2013, p. 177

Seulement, une autre analyse est envisageable : par analogie avec la matière civile³⁸, il serait possible de considérer que l'article 35 ter est applicable même lorsque la personne photographiée a déjà fait l'objet d'un jugement de condamnation qui n'est pas définitif. Autrement dit, selon cette seconde analyse, il serait interdit de photographier une personne menottée à la sortie de l'audience du tribunal correctionnel ou de la cour d'assises qui vient de la condamner. Les photographies et films ne seraient possibles qu'une fois la personne condamnée par un jugement irrévocable.

Alors, où est le curseur ? La question est délicate, et à notre connaissance, la chambre criminelle n'a pas encore eu l'occasion d'y répondre. Certes, la seconde analyse correspond davantage à la ratio legis. La loi du 15 juin 2000 avait pour raison d'être le renforcement de la présomption d'innocence. Or, la personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit reconnue par un jugement *irrévocable*³⁹. Donc, en l'absence de jugement condamnant irrévocablement la personne, les photos et films la représentant menottée ou entravée seraient à proscrire. Mais en droit pénal, les raisonnements par analogie sont rarement les bienvenus. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale n'interdit-il pas au juge d'ajouter à la loi, de la réécrire ? Ne lui interdit-il pas d'exiger l'absence de *jugement définitif* là où la loi exige simplement l'absence de *jugement* ?⁴⁰

13. MENOTTES, ENTRAIVE OU DÉTENTION PROVISOIRE - Est seule incriminée, la diffusion d'une image faisant apparaître soit que la personne porte des menottes ou entraves, soit qu'elle est placée en détention provisoire. Là encore, l'interprétation stricte de la loi pénale invite le juge à s'en tenir aux éléments intrinsèques de l'image. C'est l'image en elle-même qui doit faire apparaître les menottes, les entraves ou le placement en détention provisoire. En principe, dans son appréciation, le juge n'a pas à s'appuyer sur le contexte dans lequel est diffusé l'image, sur les commentaires (écrits ou oraux) qui l'accompagnent⁴¹. En effet, tout est question de conciliation, de mesure. Interdire tout cliché d'une personne mise en cause dans une procédure pénale, sous prétexte d'un rattachement léger ou diffus à un placement en détention provisoire par exemple, porterait une atteinte disproportionnée à la liberté de communication.

14. COMPATIBILITÉ AVEC LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION - La question de la compatibilité de l'incrimination avec la liberté d'expression a d'ailleurs fait l'objet de vifs débats au Parlement et continue à être débattue aujourd'hui. Sur ce point, la position de la Cour de cassation est ferme : l'article 35 ter tel qu'il est rédigé actuellement est conforme à la Convention européenne⁴² et aux dispositions constitutionnelles⁴³.

38 C. civ. art. 9-1 ; V. également Civ. 1^{re}, 12 novembre 1998, D. 1999 somm. 165

39 V. S. Guinchard et J. Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, 9^e édition, p. 560

40 Pour une proposition de solution, V. *infra* n° 60

41 Pourtant, certaines décisions s'orientent vers une appréciation extensive ; V. TGI Paris, 17^e ch., 24 juin 2003, *Légipresse* n° 204, p. 120

42 Crim. 8 juin 2004, n° 03-87.584, Bull. crim. n° 156

43 Crim. 28 septembre 2010, n° 10-90.096 ; refus de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel : « *la disposition législative en cause, rédigée en termes suffisamment clairs et précis [...], ne constitue pas une atteinte manifestement disproportionnée aux principes de liberté d'expression et de libre communication, constitutionnellement garantis* ».

15. DISPOSITIONS COMPLÉMENTAIRES - Toujours en rapport avec l'image des personnes mises en cause dans une procédure pénale, la loi du 15 juin 2000 a ajouté un alinéa à l'article 803 du Code de procédure pénale⁴⁴. Elle a également incriminé certains faits relatifs aux sondages d'opinion et consultations sur la culpabilité d'une personne ou sur la peine susceptible d'être prononcée à son encontre⁴⁵.

En incriminant sous certaines conditions la diffusion, sans leur consentement⁴⁶, de l'image des personnes mises en cause dans une procédure pénale, la *Loi Guigou* a œuvré en faveur d'une meilleure maîtrise de leur image par ces personnes. Une protection du même ordre a été mise en place à l'égard des victimes d'infractions.

B| Image et droits des victimes

La photo du corps du préfet Erignac baignant dans son sang, les photos des victimes de l'attentat du RER Saint-Michel à Paris... telles sont les photos qui ont incité le gouvernement à modifier et compléter la loi du 29 juillet 1881. En définitive, trois incriminations retiennent l'attention.

16. L'ARTICLE 35 QUATER - La loi du 15 juin 2000 a abrogé l'article 38 alinéa 3 ancien. Mais il ne s'agissait pas d'une abrogation pure et simple puisque la loi en a transféré la substance à l'article 35 quater avec, au passage, quelques modifications.

L'article 38 alinéa 3 ancien interdisait la publication d'images ayant pour objet la reproduction de tout ou partie des circonstances de certains crimes et délits contre les personnes visés par le texte. Le nouvel article 35 quater incrimine quant à lui 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.

L'ancien article 38 alinéa 3 avait été jugé contraire à la Convention européenne par la cour d'appel de Paris au motif que l'expression "circonstances" était trop évasive, rendant aléatoire l'interprétation du texte qui serait faite par le juge selon les cas d'espèce⁴⁷. Dans le nouveau texte, le législateur a reproduit la même coquille en employant à nouveau l'expression "circonstances"⁴⁸. Le législateur a peut-être cru que l'ajout de la formule « *lorsque cette reproduction porte gravement*

44 L'article 803 du C. proc. pén. issu de la loi du 4 janvier 1993 dispose que « nul ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite ». La loi du 15 juin 2000 y a ajouté un second alinéa selon lequel « dans ces deux hypothèses, toutes mesures utiles doivent être prises, dans les conditions compatibles avec les exigences de sécurité, pour éviter qu'une personne menottée ou entravée soit photographiée ou fasse l'objet d'un enregistrement audiovisuel ».

45 Loi du 29 juillet 1881, art. 35 ter, alinéa 2

46 Sur la question du consentement, V. *infra* n° 65 et s.

47 CA Paris, 18 septembre 1997, *Légipresse*. 1997 I. p. 136 ; arrêt confirmé par la Cour de cassation quelques mois après l'adoption de la loi du 15 juin 2000 (V. Crim. 20 février 2001, D. 2001 p. 3001).

48 Comme Me Basile Ader, nous nous demandons pourquoi le législateur n'a pas limité l'interdiction à l'image de la victime puisque c'est bien celle-ci, dans les affaires sus-rappelées, qui a été à l'origine du vote des nouvelles dispositions. V. RSC 2001 p. 78

atteinte à la dignité d'une victime » suffirait à régler les difficultés tenant à la prévisibilité du texte. Il n'en est rien. La dignité est elle aussi une notion très délicate à manier.

En réalité, les seuls véritables changements tiennent à la question du consentement de la victime⁴⁹ et au domaine du texte : l'actuel article 35 quater vise les circonstances d'un crime ou d'un délit quel qu'il soit, alors que l'article 38 alinéa 3 ancien visait spécifiquement certaines infractions.

17. L'ARTICLE 39 BIS - L'article 39 bis a également été retouché par la loi du 15 juin 2000. Il punit désormais d'une amende de 15 000 euros, le fait de diffuser, sauf à la demande des personnes ayant la garde du mineur ou des autorités administratives ou judiciaires⁵⁰, des informations - et donc des images - relatives à l'identité ou permettant l'identification d'un mineur qui est en fugue, qui est délaissé, qui s'est suicidé ou qui a été victime d'une infraction.

18. L'ARTICLE 39 QUINQUIES - L'article 39 quinquies punit de la même peine, le fait de diffuser par quelque moyen que ce soit, quel qu'en soit le support, et sans l'accord écrit de la personne concernée⁵¹, des renseignements concernant l'identité d'une victime d'une agression ou d'une atteinte sexuelle ou l'image de cette victime lorsqu'elle est identifiable. La référence à l'image de la victime n'existait pas dans l'article 39 quinquies ancien ; il s'agit d'une nouveauté créée par la loi du 15 juin 2000.

Nous le voyons, la loi du 29 juillet 1881 incrimine à de nombreuses reprises les pratiques liées à la diffusion de l'image d'une personne, le plus souvent sans son consentement. C'est là une façon pour le législateur d'assurer à la personne concernée, une maîtrise sur son image. Cette protection est également assurée par quelques dispositions contenues dans le Code pénal.

§ 2 : L'image de la personne dans le Code pénal

19. DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL - Les infractions du Code pénal pouvant être commises en rapport avec l'image d'une personne ne sont pas rares. L'image peut par exemple servir de support à une atteinte aux droits de la personne résultant des fichiers ou traitements informatiques. Caractérise ainsi le délit de l'article 226-19, le fait pour un abonné au réseau internet, afin de se venger d'une déconvenue amoureuse, de scanner, puis de diffuser des photographies représentant son ex partenaire dans des positions scabreuses, ces images numérisées étant en outre accompagnées d'un texte décrivant les mœurs sexuelles de la personne ainsi représentée et identifiée⁵².

20. LOI DU 17 JUILLET 1970 - En pratique, les principales incriminations en rapport avec l'image d'une personne sont issues de la grande loi du 17 juillet 1970⁵³ tendant à renforcer la

49 Sur la question du consentement, V. *infra* n° 65 et s.

50 La modification du texte concerne la forme de la demande pour laquelle l'écrit n'est plus exigé, V. *infra* n° 69

51 Sur la question du consentement, V. *infra* n° 65 et s.

52 TGI Privas, 3 septembre 1997, RSC 1998 p. 574, obs. Francillon

53 Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens

Cette loi contenait également un volet civil ; elle a introduit à l'article 9 du Code civil le principe selon lequel « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». V. *infra*, n° 62

garantie des droits individuels des citoyens. Cette loi a incriminé deux types d'atteinte : l'atteinte à l'intimité de la vie privée, d'application courante (A) ; et l'atteinte à la représentation de la personne, rarement rencontrée en pratique mais incontournable dans une réflexion sur l'image (B).

A) Image et atteinte à l'intimité de la vie privée

La protection pénale de la vie privée trouve son origine dans la loi du 17 juillet 1970 qui a introduit dans le Code pénal les articles 368 et suivants (devenus art. 226-1 et s.).

21. INFRACTION PRINCIPALE - L'infraction principale est aujourd'hui prévue et réprimée par l'article 226-1 du Code pénal qui punit d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende, le fait au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui ; étant précisé que l'incrimination se dédouble selon que l'atteinte à l'intimité vise les paroles (C. pén. art. 226-1 1^o)⁵⁴ ou l'image de la personne (C. pén. art. 226-1 2^o). Prise dans cette seconde forme, l'infraction réside dans le fait de fixer, enregistrer ou transmettre, sans le consentement de celle-ci⁵⁵, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

22. IMAGE D'UNE PERSONNE - L'incrimination fait référence à l'image d'une *personne* ; ce qui a pour conséquence d'exclure l'image des choses (animaux, immeubles, jardins...) même si ces dernières peuvent faire partie de la vie privée. Cela tient à une question de légalité⁵⁶. Cependant, la Cour de Cassation n'a pas hésité à s'affranchir des principes généraux du droit pénal pour étendre la protection au cadavre dans deux affaires célèbres, l'une concernant l'acteur Jean Gabin, l'autre concernant le président François Mitterrand, tous deux photographiés étendus sur leur lit de mort puis exposés à la vue du public dans le magazine Paris-Match⁵⁷.

23. LIEU PRIVÉ - Par ailleurs, l'atteinte à l'intimité de la vie privée par l'appréhension de l'image d'une personne suppose que cette personne se soit trouvée dans un lieu privé. Cette condition figurait dans le texte de l'article 368 ancien et elle a été maintenue sans précision lors de la réforme de 1994 malgré les difficultés qu'elle suscitait. La jurisprudence est abondante et la frontière lieu privé / lieu public n'est pas totalement imperméable. Certains lieux seraient publics par nature⁵⁸, d'autres seraient privés par nature⁵⁹, d'autres encore seraient alternativement publics ou privés⁶⁰. La référence à la propriété du lieu en question n'est donc pas un critère pertinent.

54 *Adde* Civ. 1^{re}, 5 février 2014, n° 13-21.929, refus de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant notamment sur l'article 226-1 1^o du Code pénal

55 Sur la question du consentement, V. *infra* n° 65 et s.

56 DDHC, art. 8 ; Conv. EDH, art. 7 ; Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 49 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 15 ; C. pén. art. 111-3 et art. 111-4

57 Crim. 21 octobre 1980, n° 80-90.146 ; Crim. 20 octobre 1998, n°97-84.621 ; V. *infra* n° 56 et n° 81

58 TGI Aix-en-Provence, 16 octobre 1973, RSC 1976. p. 119 obs. Levasseur ; jugeant qu'une rue devait être considérée comme un lieu public ;

CA Toulouse, 26 février 1974, D. 1974 p. 736 jugeant que les dispositions de l'article 368 ancien n'étaient pas applicables à la photographie d'un couple prise sur la voie publique et utilisée dans la composition d'une affiche électorale

59 Crim. 25 avril 1989, n° 86-93.632 jugeant que constitue l'infraction prévue par l'article 368 ancien, le fait de photographier un tiers sans son consentement, de l'extérieur, à travers la fenêtre fermée de son appartement

60 Il en est ainsi d'un commerce, qualifié de lieu public pendant les horaires d'ouverture, et de lieu privé pendant les horaires de fermeture

En réalité, le fil conducteur est ailleurs, pour se rattacher à l'existence ou non d'une autorisation. En effet, le lieu privé est conçu comme « *un endroit qui n'est ouvert à personne sauf autorisation de celui qui l'occupe d'une manière permanente ou temporaire* »⁶¹. Inversement, doit être qualifié de public, le lieu accessible à tous, sans autorisation spéciale de quiconque, que l'accès en soit permanent et inconditionnel ou subordonné à certaines conditions⁶².

Ainsi, de façon logique, il a été jugé qu'une plage dite "privée" est un lieu public dès lors qu'elle est accessible à tous ceux qui acquittent le prix d'entrée⁶³. De même, constitue un lieu public, le local appartenant à une association culturelle ou mis à sa disposition. C'est ainsi que la synagogue accueillant la célébration d'un mariage a été qualifiée de lieu public ; et le fait que les mariés aient organisé un contrôle temporaire de l'une des entrées de la synagogue n'établit pas le caractère privé de la cérémonie⁶⁴.

Tout aussi logiquement, dans le cadre des poursuites engagées après le décès accidentel de la princesse Diana et de son compagnon, la Cour de cassation a affirmé qu'un véhicule était un lieu privé et que ni l'intervention des services de secours ni l'exposition involontaire aux regards d'autrui de la victime gravement atteinte lors de l'accident ne faisaient perdre au véhicule la transportant son caractère de lieu privé au sens de l'article 226-1 du Code pénal⁶⁵. D'autres affaires médiatiques ont également contribué à alimenter la catégorie des lieux privés parmi lesquels figurent désormais la chambre mortuaire⁶⁶ et la prison⁶⁷.

Toujours dans la même logique, un cabinet médical et une chambre d'hôpital⁶⁸ ont pu être considérés comme des lieux privés. En effet, l'ouverture au public d'un établissement médical ne suffit pas à lui conférer la qualité de lieu public ; certaines parties de cet établissement (chambre, bloc opératoire, salle de consultation) pouvant recevoir la qualification de lieu privé dès lors que leur accessibilité est soumise à autorisation. Les lieux dédiés à la santé représentent ainsi un cadre propice à la commission de l'infraction d'atteinte à l'intimité de la vie privée⁶⁹, et c'est parfois le praticien lui-même qui est poursuivi de ce chef. L'hypothèse la plus courante est celle du chirurgien esthétique qui photographie ses patients avant et après l'intervention pour alimenter, illustrer son

61 CA Besançon, 5 janvier 1978, D. 1978 p. 357

62 TGI Paris, 23 octobre 1986, Gaz. Pal. 1987 I. 21

63 TGI Paris, 18 mars 1971, D. 1971 p. 447, note Foulon Piganiol

64 Crim. 25 octobre 2011, n° 11-80.266

65 Crim. 12 avril 2005, n° 04-85.637, Gaz. Pal. 2005 I. 917 ; RSC 2005 p. 845, obs. Y. Mayaud ; censurant l'arrêt d'appel qui avait relaxé les prévenus.

66 Crim. 21 octobre 1980, préc. ; Crim. 20 octobre 1998, préc. à propos des affaires Gabin et Mitterrand

67 CA Paris, 19 novembre 1986, Gaz. Pal. 1987 I. 18, à propos de deux gardiens photographiés autour d'un détenu ; Trib. corr. Paris, 23 octobre 1986, Gaz. Pal. 1987 I. 21, à propos de deux détenus jouant aux échecs dans la cour de la prison de la Santé, photographiés par des journalistes placés sur la terrasse d'un immeuble voisin. Le tribunal a jugé que la prison constituait un lieu privé à l'intérieur duquel il était interdit de pénétrer et dont on ne pouvait sortir sans une autorisation particulière et strictement réglementée. Sur cette question, nous reprenons à notre compte, les propos de MM. Pradel et Danti-Juan : « *Heureuse dans son résultat, la solution ainsi adoptée surprend tout de même un peu lorsque l'on sait que nulle part, et à aucun moment, la prison ne reconnaît vraiment à ceux qui la hantent la moindre parcelle d'intimité* ». Les rapports du CGLPL (disponibles sur www.cgpl.fr) sont alarmants !

V. *infra* n° 64, pour une information plus détaillée sur l'image des détenus depuis la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 dite *Loi pénitentiaire*.

68 CA Paris, 17 mars 1986, Gaz. Pal. 1986 2. 429

69 Sur cette question, V. P. Mistretta, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013 p. 285 et s.

site internet⁷⁰. Une autre hypothèse est relative au chirurgien qui filme, sans le consentement du patient, certains actes médicaux ou opératoires. Mais nous débordons déjà sur la question des actes incriminés.

24. APPRÉHENSION MÉCANIQUE - L'infraction est constituée par la fixation, l'enregistrement ou la transmission de l'image au moyen d'un « *procédé quelconque* ». Cela signifie que la simple curiosité, le simple regard indiscret, ne sont pas en eux-mêmes punissables, faute de recours à un appareil. N'est pas davantage punissable, le fait pour l'agent de s'aider de jumelles puisque si la condition relative au procédé quelconque est remplie, pour autant, aucune image n'est fixée, enregistrée ou transmise⁷¹. Pour la même raison, la reproduction d'une scène d'intimité par le dessin, la peinture, la gravure ou la sculpture n'entre pas dans le champ d'application de l'article 226-1 du Code pénal.

Ces solutions sont conformes à la volonté du législateur qui, prenant conscience des menaces que représentent certaines nouvelles technologies particulièrement intrusives, entendait renforcer la protection de la personne et de son intimité face à ces nouvelles technologies.

25. RÉSULTAT REDOUTÉ - Nous le disions à l'instant, le résultat redouté est « *l'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui* » ; formule employée dans le texte d'incrimination. Et la jurisprudence a précisé qu'il n'était pas nécessaire que cette atteinte soit intolérable⁷².

Dès l'adoption des textes en 1970, la référence au résultat redouté a suscité l'interrogation quant à la nature de l'infraction. Or, à ce jour, la question n'est toujours pas résolue, comme en témoignent les divergences en doctrine et les hésitations de la jurisprudence.

Selon M. Patrick Mistretta, l'infraction d'atteinte à l'intimité de la vie privée serait « *davantage formelle que matérielle* »⁷³. MM. Pradel et Danti-Juan, plus prudents, posent les bases du problème en rappelant la distinction infraction de résultat / infraction de moyen pour ensuite considérer que la question a été « *à peu près clarifiée* » par la jurisprudence qui aurait opté pour l'infraction de moyen⁷⁴.

A notre avis, l'infraction est une infraction *matérielle*, dans la mesure où le résultat redouté - l'atteinte à l'intimité de la vie privée - participe (et a toujours participé) de la constitution de l'infraction. Seulement, de ce résultat redouté, nous pouvons nous en faire deux conceptions bien distinctes⁷⁵.

70 V. Chambre disciplinaire nationale, Ordre des médecins, 15 mars 2010 (disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2885) à propos d'une patiente opérée d'une liposculpture du menton dont le visage figurait non flouté sur le site internet du praticien qui n'avait pas recueilli le consentement de sa patiente. Le praticien a été sévèrement sanctionné sur le plan disciplinaire (interdiction d'exercer la médecine pendant une durée de trois ans dont deux ans avec sursis) et mis en examen pour atteinte à la vie privée, traitement informatique illégal de données personnelles liées à la santé et violation du secret professionnel.

71 Crim. 23 août 1994, n° 93-84.739

72 Crim. 3 mars 1982, D. 1982 p. 579, note Lindon, à propos de l'enregistrement d'une conversation

73 P. Mistretta, *Droit pénal médical*, Cujas, p. 287

74 J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^e édition, p. 196-197

75 V. en ce sens, Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 4^e édition, p. 209-210

Selon la première conception, l'infraction n'est constituée que si l'image ou les paroles appréhendées ont trait à l'intimité de la vie privée de la victime. En d'autres termes, l'infraction n'est consommée que si l'image ou les paroles appréhendées touchent aux relations familiales ou amicales de la victime, à sa vie conjugale, sentimentale, sexuelle, ou à son état de santé⁷⁶. En revanche, lorsque les paroles ou les images ne touchent pas à la vie privée, mais exclusivement à l'activité professionnelle, l'infraction n'est pas constituée⁷⁷.

Selon la seconde conception, le simple fait d'appréhender des paroles privées ou confidentielles, ou des scènes se déroulant dans un lieu privé, constitue en soi un trouble, une atteinte à l'intimité ; peu importe le sujet des propos ou de l'image, et peu importe la qualité technique de l'enregistrement obtenu⁷⁸. Autrement dit, l'immixtion emporte *ipso facto* l'atteinte à l'intimité de la vie privée.

26. PREUVE - La distinction entre les deux conceptions n'est pas anodine puisqu'elle emporte des conséquences sur le terrain de la preuve. La première conception exige de la partie poursuivante qu'elle fasse la démonstration d'une atteinte effective à l'intimité de la vie privée (en sus de la démonstration d'une captation ou d'une fixation). La seconde conception, quant à elle, fait l'économie de cette démonstration puisque l'atteinte à l'intimité de la vie privée y est conçue comme une résultante, une implication, une conséquence automatique de la fixation, de l'enregistrement ou de la transmission, sans son consentement, de l'image d'une personne se trouvant un lieu privé.

27. ÉLÉMENT MORAL - Le fait de retenir telle ou telle conception a également des répercussions sur la caractérisation de l'élément moral de l'infraction. Dans les deux cas, l'infraction est une infraction intentionnelle. Mais, dans la première conception, l'intention consiste dans la volonté de l'agent de commettre l'acte et de porter atteinte à l'intimité de la vie privée de la victime. Alors que dans la seconde conception, l'intention consiste simplement dans la volonté de commettre l'acte par lequel il a été porté atteinte à l'intimité de la vie privée (sans qu'il soit nécessaire de rechercher la volonté de l'agent de porter atteinte à cette intimité).

28. CONCEPTION ACTUELLE - Quelle conception la jurisprudence retient-elle ? A dire vrai, il est difficile de procéder par affirmations. Le recensement des décisions rendues en la matière ne fait pas apparaître une ligne directrice claire et précise. La jurisprudence oscille sans cesse entre l'une et l'autre des conceptions, et sa position diffère selon que l'atteinte a été commise en rapport avec les

76 TGI Bayonne, 25 avril 2002, Petites Affiches 2003 n° 51 p. 18, note C. Manara, ayant déclaré coupable du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée, un parent employant une jeune fille à domicile pour garder son enfant de trois qui avait installé à l'insu de la jeune fille un caméscope qui a filmé une scène de relation sexuelle entre elle et son petit ami, alors que l'enfant dormait dans une autre pièce

V. également, A. Lepage, *Vie privée du salarié et droit pénal*, AJ Pénal 2005 p. 9

77 Crim. 14 février 2006, n° 05-84.384, Bull. crim. n° 38, à propos de l'enregistrement de conversations portant exclusivement sur des attestations établies pour un procès prud'homal et sur la façon dont elles avaient été rédigées et recueillies.

V. en revanche, Crim. 24 janvier 1995, Dr. pén. 1995 n° 118, jugeant que le délit est constitué lorsque l'enregistrement porte sur des paroles qui touchent à l'activité professionnelle mais qui font allusion à la vie privée.

78 Crim. 19 mai 1981, D. 1981 p. 544, note Mayer ; RSC 1982 p. 125, obs Levasseur : « Attendu que l'article 368 1°, qui réprime notamment le fait d'enregistrer, au moyen d'un appareil quelconque, des paroles prononcées dans un lieu privé par une personne, sans le consentement de celle-ci ; qu'il en est ainsi quels que soient les résultats techniques de l'enregistrement ». Le fait que l'enregistrement soit inaudible n'empêche donc pas l'infraction d'être caractérisée.

paroles (C. pén. art. 226-1 1°)⁷⁹ ou en rapport avec l'image (C. pén. art. 226-1 2°) ; ce qui n'est pas justifié.

S'agissant de l'atteinte réalisée par l'image, il semble que la seconde conception l'a emporté, comme en témoigne une affaire récente. Les faits sont singuliers, pour s'être déroulés dans le contexte d'un procès d'assises. En effet, après clôture des débats, les magistrats de la cour et les jurés s'étaient retirés pour délibérer. Or, la configuration des lieux était telle que la scène qui se déroulait dans la chambre des délibérations était visible grâce à un reflet sur les parois de verre d'un immeuble faisant face. Un journaliste a profité de cette opportunité technique pour filmer la scène. L'enregistrement, sur lequel il était possible d'identifier notamment deux jurés, a ensuite été diffusé dans un journal télévisé. La cour d'appel d'Amiens a retenu la culpabilité du prévenu pour avoir enregistré l'image d'une personne se trouvant à l'intérieur d'un lieu où quiconque ne peut pénétrer sans l'autorisation de l'occupant. Le journaliste forma alors un pourvoi en cassation, soutenant que la constitution du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée suppose que l'image ait trait à l'intimité de la vie privée ; ce qui ne serait pas le cas de l'image d'une personne qui exerce une fonction civique, à savoir, la participation aux délibérations d'une cour d'assises. Le pourvoi a été rejeté, la Cour de cassation affirmant - les mots ont leur importance - que « *la cour d'appel a justifié sa décision au regard de l'article 226-1, alinéa 2, du code pénal selon lequel constitue une atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée le seul fait de fixer, enregistrer et transmettre sans le consentement de celle-ci l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé* »⁸⁰. L'affirmation est claire : le *seul* fait de fixer, enregistrer ou transmettre constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée. L'atteinte à l'intimité de la vie privée découle automatiquement de l'enregistrement ; la partie poursuivante n'a pas à démontrer de façon autonome l'atteinte à l'intimité de la vie privée. C'est donc la consécration de la seconde conception évoquée ci-dessus.

Ce parti pris présente l'avantage de ne pas subordonner la répression au hasard (contrairement à la première conception qui, quant à elle, fait dépendre la répression de la nature de ce qui a été enregistré, nature que l'agent ne peut pas toujours connaître à l'avance⁸¹). En revanche, la solution récemment consacrée rend moins claire la ligne de démarcation entre l'infraction consommée (C. pén. art. 226-1) et l'infraction tentée (C. pén. art. 226-5).

Par ailleurs - et nous sommes là au cœur de notre sujet - en retenant cette seconde conception, la Cour de cassation semble protéger le droit sur l'image alors qu'en réalité, la valeur sociale que le législateur entendait protéger est l'intimité de la vie privée. Nous assistons à un déplacement, à un glissement de la valeur sociale protégée : la Cour de cassation tend à protéger le droit sur l'image et plus généralement, la confidentialité, alors que la ratio legis tenait à la protection de l'intimité de la vie privée. Par là même, la Cour de cassation réécrit la loi, ou à tout le moins, procède à une interprétation extensive de la loi ; son objectif étant de protéger de manière optimale,

79 Concernant l'atteinte en rapport avec les paroles : sous l'empire de l'article 368 ancien, la Cour de cassation semblait se contenter d'une démonstration de la captation, sans exiger la démonstration effective d'une atteinte à l'intimité de la vie privée, V. Crim. 19 mai 1981, préc. ; mais des décisions récentes semblent renouer avec une conception plus classique, à savoir, la nécessité de démontrer et une captation des paroles et une atteinte effective à l'intimité de la vie privée, V. Crim. 14 février 2006, préc.

80 Crim. 16 février 2010, n° 09-81.492, Bull. n° 25

81 Sur cet inconvénient de la première conception, Comp. Crim. 14 février 2006 préc. et Crim. 24 janvier 1995 préc.

le droit de chacun sur son image et la maîtrise sur cette image.

29. INFRACTIONS COMPLÉMENTAIRES - La volonté du droit pénal d'accorder une maîtrise à la personne sur son image se manifeste également à travers l'article 226-2 du Code pénal qui incrimine notamment une forme de recel de paroles ou d'images obtenues illégalement⁸². Une autre incrimination est relative à la publicité faite en faveur d'un appareil ou d'un dispositif technique susceptible de permettre l'appréhension illicite de l'image ou des paroles d'une personne lorsque cette publicité constitue une incitation à en faire un usage frauduleux (C. pén. art. 226-3 2°).

La maîtrise reconnue à la personne sur son image se manifeste également par l'incrimination de l'atteinte à la représentation de la personne.

B] Image et atteinte à la représentation de la personne

30. INCRIMINATION NOUVELLE - L'article 226-8 du Code pénal incrimine comme une atteinte à la représentation de la personne le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image de cette personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention.

L'histoire de cette incrimination est assez récente puisqu'elle est issue de la loi du 17 juillet 1970⁸³. C'est dire que jusqu'en 1970, généralement, la publication d'un montage ne donnait lieu, pour la personne représentée, qu'à des réparations civiles. Des poursuites pénales étaient éventuellement envisageables sur le terrain de la dénonciation calomnieuse mais cela ne concernait qu'une infime minorité d'affaires⁸⁴.

Des poursuites pénales pouvaient aussi être intentées du chef de contrefaçon⁸⁵ mais cela supposait de démontrer préalablement le caractère artistique ou documentaire des images contrefaites. La répression n'était donc pas possible en toute hypothèse. Et à supposer même que la répression fut possible, cette répression n'aurait opéré que dans le sens d'une protection des droits de l'auteur sur son œuvre. Elle n'aurait pas eu pour objet, la protection de la personne représentée sur l'image ; protection qui s'avère pourtant indispensable au vu des effets néfastes que peut engendrer un montage pour la personne concernée.

31. EFFETS NÉFASTES DU MONTAGE - Le montage peut être néfaste pour la personne concernée puisqu'il peut la présenter dans un lieu où elle n'est jamais allée, la présenter aux côtés

82 V. Ph Conte, Droit pénal spécial, LexisNexis, 4^e édition p. 209-210 ;

V. également M-L. Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 6^e édition p. 540-541

V. également CA Paris, 11^e ch., 2 novembre 2000, Légipresse 2001 n° 178 III. p. 19, jugeant que l'article 226-2 est applicable à la publication *en France* d'une photographie portant atteinte à l'intimité de la vie privée au sens de l'article 226-1 ; il est indifférent que la photographie ait été prise à l'étranger par un photographe étranger et représente des étrangers.

83 A l'origine, l'incrimination avait trouvé place à l'article 370 du Code pénal. Lors de la réforme du code, le texte a été repris sans changement à l'article 226-8.

84 Seine, 20 mai 1967, JCP 1968, II. 15325, note Debbasch

85 C. pén. art. 426 ancien ; V. également, CPI, art. L. 335-1 et s.

V. Crim. 7 décembre 1961, Bull. crim. n° 982

d'une personne en compagnie de laquelle elle ne s'est jamais trouvée, lui faire dire ce qu'elle n'a jamais dit, lui faire dire le contraire de ce qu'elle pense. En un mot, le montage donne à voir au spectateur une représentation de la personne qui ne correspond pas à la réalité ; le montage en rapport avec l'image d'une personne est une atteinte à sa personnalité. Par ailleurs, puisque le montage déforme la réalité, il trahit le spectateur. Et les deux aspects sont liés. L'image, et surtout l'image photographique, a à la fois un devoir de représentation et un devoir d'authentification⁸⁶. La personne représentée est en droit d'attendre de la photographie qu'elle la représente fidèlement. Inversement, le spectateur est en droit d'attendre de cette même photographie qu'elle lui représente fidèlement ce qui a eu lieu.

Pour ces raisons, nous ne pouvons que nous réjouir de la création de l'incrimination d'atteinte à la représentation de la personne. Cette incrimination permet d'atteindre de manière générale la publication de tout montage sans le consentement de la personne représentée⁸⁷, dès lors que le montage n'apparaît pas à l'évidence ou qu'il n'en est pas fait expressément mention.

32. ÉLÉMENT MATÉRIEL - Le simple fait de réaliser le montage ne relève pas du champ d'application du texte. En effet, l'acte incriminé consiste dans le fait de *publier* le montage. Mais la publicité prévue par l'article 226-8 du Code pénal n'est pas soumise aux exigences de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881⁸⁸. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que la personne à l'origine de la publication soit l'auteur du montage.

33. DÉLIT INSTANTANÉ - Comme indiqué à l'instant, l'élément constitutif de l'infraction réside dans la publication/publicité⁸⁹ du montage. Seulement, de cette publication/publicité, il est possible d'en donner plusieurs définitions : la publicité peut être vue comme l'acte de publier (acte inscrit à un instant *t*) ; mais elle peut aussi être entendue comme le caractère de ce qui est publié (état de fait qui s'étale dans le temps), du moins, c'est qu'ont essayé de soutenir des plaideurs dans l'une des premières affaires en relation avec l'article 370 ancien.

En l'espèce, deux danseuses de la troupe de ballet du théâtre royal de la Monnaie à Bruxelles avaient déposé plainte avec constitution de partie civile contre une société d'édition pour avoir diffusé un recueil de photographies intitulé *Lesbos* et correspondant aux caractéristiques suivantes : le livre contenait les photographies de deux jeunes femmes nues dans des attitudes diverses « *qui révélaient la nature anormale et perverse de leurs relations* », nous disent les juges ; quant à la couverture, elle comportait un montage réalisé à partir d'une photographie des deux danseuses bruxelloises prise lors d'une scène chorégraphique. Les deux danseuses réclamaient donc, sur le fondement de l'article 370 ancien, la condamnation du gérant de la société d'édition et de quelques autres personnes ayant contribué à l'atteinte. Seulement, l'ouvrage litigieux avait été publié en mai 1970, c'est-à-dire quelques mois avant la promulgation de la loi du 17 juillet 1970. Les prévenus ont

86 Sur les pouvoirs de l'image, V. *supra* n° 2 et s.

87 Pour être répréhensible, la publication du montage doit avoir été faite sans le consentement de la personne représentée sur l'image ; peu importe que la personne ait consenti ou non à la réalisation du montage.

88 Crim. 30 janvier 1978, Bull. crim. n° 34, RSC 1978 p. 864, obs. Levasseur ; Gaz. Pal. 197. 2. p. 467 ; V. *infra* n° 47

89 A propos de l'article 226-8 du Code pénal, la jurisprudence parle de « *publicité* » (V. Crim. 30 janvier 1978 préc.). A notre avis, il serait préférable d'employer le terme de publication, pour éviter les confusions avec la « *publicité* » au sens de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881.

donc immédiatement invoqué le principe de la légalité : *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

L'article 370 ancien eût été applicable aux faits reprochés si l'infraction qu'il établissait avait un caractère continu ; c'est évidemment ce qu'ont soutenu les parties civiles. Mais le tribunal ne l'a pas entendu ainsi : le délit de l'article 370 ancien est un délit instantané, et la solution est valable pour l'actuel article 226-8⁹⁰.

34. INFRACTION AUTONOME - Notons également que l'article 226-8 ne requiert aucune condition tenant à la violation de la vie privée. Il n'est donc pas nécessaire pour la constitution de l'infraction que le montage soit réalisé à partir de paroles ou d'images portant atteinte à l'intimité de la vie privée⁹¹. En d'autres termes, l'infraction de l'article 226-8 est autonome par rapport aux infractions des articles 226-1 et 226-2. Reste alors à savoir ce qu'il faut entendre par montage.

35. DÉFINITION DU MONTAGE - La jurisprudence retient une conception large du montage qui peut donc se manifester soit par un découpage, une superposition, une retouche, un truquage, soit par l'insertion de l'image dans un contexte qui en modifie la signification.

Cette conception large du montage résulte d'un arrêt remarqué de la cour d'appel de Toulouse en date du 26 février 1974. En l'espèce, à l'occasion de la campagne pour les élections législatives du mois de mars 1973, le "Mouvement réformateur" avait fait placarder des affiches sur lesquelles avait été reproduite la photographie d'un couple de promeneurs prise neuf ans plus tôt par un photographe professionnel. L'affiche comportait également la légende suivante : "Le mouvement réformateur leur construira des logements". L'un des promeneurs avait alors déposé plainte avec constitution de partie civile sur le fondement notamment de l'article 370 ancien. Le Procureur général concluait au rejet de la demande, soutenant que le montage devait s'entendre d'une manipulation aboutissant à une dénaturation de l'image et devait avoir pour but de réaliser un trucage ; ce qui selon lui, n'était pas le cas en l'espèce. La Cour de Toulouse quant à elle a retenu une définition plus large, estimant que « *"le montage" ne constitue pas nécessairement une manipulation ou un trucage de la photographie, comme le soutient le ministère public, mais se trouve réalisé dès lors que l'insertion de cette photographie dans un contexte d'images, de dessins ou de légendes en modifie la valeur artistique, la portée ou la signification* »⁹². Faisant application de cette définition aux faits de l'espèce, la cour de Toulouse a estimé que la présentation et la typographie de l'affiche constituaient bien un montage en ce qu'elles n'avaient pas conservé à la photographie sa signification authentique qui était celle de deux promeneurs, mais qu'elles avaient, par l'artifice de la légende, fait d'eux l'image type d'un ménage de jeunes français demandeurs de logement⁹³. Mais en l'espèce, si le montage était caractérisé, celui-ci apparaissait à l'évidence ; ce qui a conduit à la relaxe des prévenus.

90 TGI Paris, 9 juin 1972, Gaz. Pal. 1975 2. p. 680 ; RSC 1976 p. 117, obs. Levasseur

91 CA Paris, 11^e ch., 29 octobre 1997, Dr. pén. 1998 n° 30

92 CA Toulouse, 26 février 1974, D. 1974 p. 736 ; RSC 1976 p. 119, obs. Levasseur ; JCP 1975. II. 17903, note Lindon

93 Comme le relève M. Lindon, le plaignant aurait probablement eu plus de chance d'obtenir satisfaction s'il avait porté son action devant le juge civil sur le fondement du droit de chacun de s'opposer à la reproduction de son image (V. JCP 1975. II. 17903, note Lindon).

36. CARACTÈRE TROMPEUR DU MONTAGE - En effet, pour que la publication du montage soit répréhensible, encore faut-il que ce montage soit trompeur. En d'autres termes, l'infraction n'est caractérisée que « *s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention* »⁹⁴. Les magistrats doivent alors se livrer à un examen minutieux des images litigieuses en ayant recours, le cas échéant, aux services d'un expert, sans que les conclusions d'expertises ne leur retirent leur pouvoir souverain d'appréciation⁹⁵.

Dans l'affaire précédemment évoquée et relative aux affiches de campagne, les prévenus avaient été relaxés au motif que le montage apparaissait à l'évidence. La cour de Toulouse avait en effet estimé que les moyens utilisés pour le montage, à savoir l'agrandissement et le cadrage artistique de la photographie ainsi que son insertion dans un contexte publicitaire et, par conséquent, l'existence même du montage, apparaissaient à l'évidence lorsqu'on regardait l'affiche⁹⁶.

De même, lorsqu'avait été publié dans un hebdomadaire, un montage tiré d'une photographie du Prince de Monaco et de ses enfants avec au second plan une vue de la Principauté, la cour d'appel de Paris s'était livrée à une étude minutieuse du cliché en cause, en pratiquant la technique du faisceau d'indices pour en déduire que le montage était « *manifeste et évident* » :

Plusieurs constatations s'effectuent immédiatement à la vue du cliché en cause :

- *il est impossible de situer la position des personnages par rapport au paysage dans lequel ils apparaissent comme « suspendus » ;*
- *les regards des membres de la famille Grimaldi s'orientent dans au moins trois directions différentes ;*
- *les tenues vestimentaires des filles du Prince de Monaco sont totalement différentes : très soignée pour l'une, tout à fait de détente pour l'autre ;*
- *les personnages apparaissent comme des vignettes découpées et accolées sans aucune attitude, positionnement ou geste faisant le lien entre eux qui caractérisent une photo de groupe.*

Il se dégage de l'ensemble de ces éléments une absence d'authenticité qui impose le sentiment d'un montage manifeste et évident. Il n'est pas nécessaire d'en venir pour cela à une étude des ombres comme le fait l'expertise ce qui s'éloigne de l'évidence.

*Ainsi, le délit n'est pas constitué et la décision des premiers juges sera confirmée (...)*⁹⁷

Au regard de ces affaires, il semble qu'en pratique, la condition tenant au caractère trompeur du montage publié est un obstacle considérable à la répression ; ce que certains auteurs déplorent⁹⁸.

Cela dit, au même titre que les incriminations précédemment décrites, l'incrimination de l'atteinte à la représentation de la personne est une illustration supplémentaire de ce que le législateur entend accorder à la personne une maîtrise sur son image. Mais la protection de l'image de la personne relève de deux régimes différents selon que l'incrimination figure dans le Code pénal ou dans la loi de 1881.

94 C. pén. art. 226-8

95 CA Paris, 11^e ch., 29 octobre 1997, préc.

96 CA Toulouse, 26 février 1974, préc.

97 CA Paris, 11^e ch., 29 octobre 1997, préc.

98 G. Levasseur, RSC 1976 p. 117 ; V. *infra* n° 61

SECTION II : UNE DUALITÉ DE RÉGIMES

.....

Les infractions prévues et réprimées par la loi de 1881 sont dans une large mesure dérogoires au droit commun ; ce régime ayant été conçu dans la plupart de ses aspects pour favoriser la liberté de la presse, la liberté d'expression.

37. ACTE INTRODUCTIF D'INSTANCE - Les articles 50 et 53 de la loi de 1881 imposent à la partie poursuivante de préciser les faits poursuivis, de les qualifier et de citer les textes applicables, à peine de nullité⁹⁹. Ainsi, en vertu de cette règle, « *est nulle une citation visant, pour un fait unique, des qualifications cumulatives ou alternatives de nature à créer, dans l'esprit du prévenu, une incertitude quant à l'objet de la poursuite* »¹⁰⁰.

38. PRESCRIPTION - Par ailleurs, les infractions à la loi de 1881 sont soumises à une prescription extrêmement brève : le délai est en principe de trois mois¹⁰¹, contre trois ans pour les délits du Code pénal¹⁰².

39. RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES - Notons encore que les infractions à la loi de 1881 ont été explicitement soustraites à la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales opérée en 2004¹⁰³. La loi *Perben II* a en effet introduit un article 43-1 dans la loi de 1881 pour l'affirmer.

En pratique, la différence la plus sensible entre les infractions du Code pénal et les infractions à la loi de 1881 concerne l'exigence de publicité. En effet, les infractions à la loi de 1881 supposent pour leur constitution, une condition préalable de "publicité" (§1), ce que le Code pénal n'exige pas (§2).

§ 1 : La "publicité" exigée par la loi de 1881

40. ARTICLE 23 - Comme il a déjà été dit, l'article 23 de la loi de 1881 doit être considéré comme un texte de portée générale applicable à toutes les infractions du Chapitre IV. M. Christophe Bigot ne manque pas de le rappeler : « *Le critère de publicité est très mal logé dans l'architecture de la loi sur la presse puisqu'il est intégré dans l'article 23 qui vise également la provocation publique à commettre des crimes et délits. Il n'en demeure pas moins que les moyens de publicité énumérés à l'article 23 constituent un tronc commun à l'ensemble des infractions à la loi sur la presse qui sont de manière générale des infractions commises publiquement* »¹⁰⁴. C'est dire que, pour constituer une infraction à la loi de 1881, la diffusion de l'image d'une personne doit remplir le critère de la "publicité".

99 Pour une présentation complète des exigences de l'article 53, V. C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, Victoires éditions, p. 258 et s.

100 Crim. 30 mars 2005, n° 04-84.976

101 Loi du 29 juillet 1881, art. 65 ; notons que depuis la loi *Perben II* du 9 mars 2004, le délai est porté à un an pour certaines infractions visées à l'article 65-3.

102 Sous réserve des distinctions faites à l'article 8 du C. proc. pén.

103 Loi n° 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite *Loi Perben II*

104 C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, Victoires éditions, p. 83

41. CRITÈRE DE LA COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊTS - Le plus souvent, le caractère public ou non de la diffusion ne pose pas de souci majeur. Mais dans certains cas, l'hésitation est possible. Alors, pour déterminer si la condition de publicité est remplie ou non, la Cour de cassation a développé le critère de la *communauté d'intérêts* : lorsqu'il y a communauté d'intérêts, la publicité est exclue.

Depuis les années 1990, ce critère est incontournable. La Cour de cassation y fait systématiquement référence. Seulement, elle n'a jamais pris la peine de définir la notion ou d'expliquer en détail les raisons qui l'ont conduite dans telle ou telle affaire à considérer que les protagonistes étaient ou non liés par une communauté d'intérêts.

Ainsi, sans précision, la Cour de cassation a validé le jugement d'un tribunal estimant que le fait pour des parents d'avoir leurs enfants respectifs en classe de CM2 dans la même école ne suffisait pas à caractériser une communauté d'intérêts¹⁰⁵. De même, et toujours sans s'expliquer, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir considéré que les élus municipaux chargés de l'administration des affaires d'une commune ne forment pas un groupe de personnes liées par une communauté d'intérêts¹⁰⁶.

42. DÉFINITION DE LA COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊTS - La définition est davantage d'origine doctrinale. Le Professeur Yves Mayaud estime qu'il y a absence de publicité « *là où, par une appartenance commune, des aspirations ou des objectifs partagés, les personnes ayant à connaître d'un propos diffamatoire forment une entité suffisamment fermée pour ne pas être perçues comme des tiers par rapport à son auteur* »¹⁰⁷.

Si sur le papier, le critère de la communauté d'intérêts semble acquis, dans les faits son appréciation est délicate. Comme le souligne le Professeur Agathe Lepage, « *la notion présente l'inconvénient d'être un peu fuyante* »¹⁰⁸, et la jurisprudence est délicate à cerner.

A dire vrai, en ayant recours au critère de la communauté d'intérêts, la Cour de cassation ne fait que déplacer le problème. Plutôt que de définir positivement la *publicité*, la Cour de cassation la définit négativement en ayant recours à la notion de *communauté d'intérêts*. Mais comment définir la communauté d'intérêts ? A quels critères la *communauté d'intérêts* répond-elle ? La Cour de cassation ne le dit pas... en tout cas, pas directement. Il nous faut donc scruter la jurisprudence pour pouvoir émettre quelques propositions.

Première proposition : la convergence de pensée politique ou idéologique ne suffit pas à caractériser la communauté d'intérêts. Des juges ont effet retenu la publicité à propos d'un message adressé à des personnalités membres, pour les unes, d'un syndicat, pour les autres, d'un parti politique, alors que les personnalités en question appartenaient toutes à la même mouvance politique. Certes, les destinataires appartenaient à la même mouvance politique, mais cela ne suffisait pas à constituer une communauté d'intérêts dans la mesure où ils faisaient partie de « *groupements qui constituent des entités distinctes, ne partageant pas nécessairement les mêmes*

105 Crim. 3 juillet 2003, n° 00-15.468

106 Crim. 3 juin 1997, n° 96-81.706, RSC 1998 p. 104

107 RSC 1998 p. 104, note sous Crim. 3 juin 1997 préc.

108 A. Lepage, *Précisions sur la communauté d'intérêts*, CCE 2009 comm. 102

objectifs et ayant des domaines d'action différents »¹⁰⁹. Vraisemblablement, dans cette affaire, il n'y avait pas une, mais deux communautés d'intérêts. Et le fait que des personnes puissent appartenir simultanément à l'une et à l'autre, « *ne permettait pas de fondre ces deux sphères en une seule communauté d'intérêts* »¹¹⁰.

Deuxième proposition : la notion de communauté scientifique ne se confond pas avec la notion de communauté d'intérêts. Ainsi, est considéré comme public, le mail adressé à une centaine d'universitaires et de chercheurs appartenant à des universités ou des centres de recherche différents répartis sur l'ensemble du territoire¹¹¹.

Troisième proposition, qui découle des précédentes : la communauté d'intérêts semble supposer l'existence d'un « *ciment juridique ou contractuel* »¹¹². Ainsi, la cour d'appel de Paris a jugé que le salarié ayant adressé un courrier électronique diffamatoire à trois de ses supérieurs ne pouvait être condamné du chef de diffamation *publique*¹¹³. Dans cette affaire, il existait bien un lien hiérarchique, un « *ciment juridique ou contractuel* » entre les protagonistes. A l'inverse, lorsque ce ciment n'existe pas, c'est la publicité qui sera retenue. La chambre criminelle a ainsi censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui avait reconnu l'existence d'une communauté d'intérêts entre les différents locataires d'un office HLM, sans rechercher si les intéressés s'étaient réunis en groupement ou en association de défense de leurs intérêts communs¹¹⁴.

Notons tout de même que l'existence d'une composante juridique n'entraîne pas pour autant la caractérisation systématique d'une communauté d'intérêts. A titre d'illustration, les abonnés à un journal qui ont tous contracté avec la société éditrice ne forment pas entre eux un groupement de personnes liées par une communauté d'intérêts, aucune condition particulière n'étant exigée pour s'abonner à ce mensuel¹¹⁵.

La notion de communauté d'intérêts dépend donc classiquement d'une composante juridique, d'un ciment juridique ou contractuel. Cela dit, cette exigence prend un relief particulier s'agissant des forums et des réseaux sociaux, lieux privilégiés de diffusion des images.

43. COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊTS ET FORUMS - L'exigence classique d'une composante juridique se traduit, pour les forums, par l'exigence d'une sélection des internautes. Concrètement, lorsque tout internaute est en mesure d'accéder librement à un espace de discussion, la publicité est acquise, quand bien même l'accès au forum serait conditionné par des contraintes techniques telles que la création d'un compte et d'un mot de passe¹¹⁶.

109 CA Toulouse, 26 mai 2008 ; et Crim. 28 avril 2009 n° 08-85.249 (rejet du pourvoi), CCE 2009 comm. 102, obs. A. Lepage

110 A. Lepage, *Précisions sur la communauté d'intérêts*, préc.

111 CA Paris, 16 janvier 2003, CCE 2003 comm. n° 99, obs A. Lepage

112 V. C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, Victoires éditions, p. 85

113 CA Paris, 2 juillet 2009

114 Crim. 5 octobre 1999, n° 97-85.701

115 Crim. 5 mars 2006, n° 05-86.567

116 CA Paris, 5 juin 2003, CCE 2004 comm. 35

C'est donc la sélection des internautes qui conditionne l'absence de publicité. Mais pour que la publicité soit écartée, encore faut-il que la sélection des internautes soit réelle, effective. Elle doit être fondée sur un choix positif des usagers et non sur un simple filtrage qui dépendrait des seules déclarations des internautes, auquel cas, le site resterait accessible à tous¹¹⁷.

En d'autres termes, revêt un caractère public, le forum ou groupe de discussion dont l'accès ne dépend que d'une inscription unilatérale ouverte à tous. A l'inverse, la publicité est écartée lorsqu'il y a une sélection des internautes, une demande et une acceptation, un échange de consentements. Nous retrouvons là l'idée d'un ciment contractuel.

44. CAS PARTICULIER DE FACEBOOK - Le raisonnement tenu à propos des forums est transposable aux réseaux sociaux. Il semble que la communauté d'intérêts découle de l'échange des consentements des protagonistes. La première chambre civile a en effet affirmé que les propos injurieux diffusés sur un compte Facebook ne pouvaient constituer des injures publiques dès lors qu'ils « *n'étaient en l'espèce accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée* »¹¹⁸. Il n'est nullement fait référence à ce qui classiquement est présenté comme constitutif d'une communauté d'intérêts. Il n'est nullement fait référence aux affinités des personnes entre elles, à leurs convictions communes ou à leurs goûts communs. C'est ce que souligne le Professeur Agathe Lepage : « *c'est comme s'il n'y avait pas lieu de rechercher l'animus commun aux membres de la communauté d'intérêts, dès lors que, agréés, ils se retrouvent dans la liste des amis ou des contacts, les distinguant ainsi du flux des internautes. Mais cet agrément vaut, en réalité, reconnaissance, de la part de celui qui donne ainsi un accès sélectif à ses propos, de cette appartenance commune traditionnellement associée à la communauté d'intérêts* »¹¹⁹.

45. OBJET DU CRITÈRE - La communauté d'intérêts est devenue le critère qui permet de distinguer ce qui est public de ce qui ne l'est pas. Ce critère a un enjeu considérable puisque la plupart du temps, l'absence de publicité au sens de l'article 23 fait échec à toute répression ; l'idée étant que la diffusion ne crée pas un trouble suffisamment grave pour que le droit pénal l'appréhende. Dans quelques cas en revanche, la diffusion d'une image en dehors de toute *publicité* peut donner lieu à une réponse pénale, mais cette dernière est à chercher dans le Code pénal. En effet, lorsqu'elles ne sont pas publiques, la diffamation, l'injure et la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence constituent des contraventions¹²⁰. C'est dire que l'exigence de *publicité* est propre à la loi de 1881. Elle est exclue pour les infractions contenues dans le Code pénal.

§ 2 : La "publicité" écartée par le Code pénal

Comme il a été dit précédemment, le Code pénal contient des incriminations qui sont le pendant, dans leur version non publique, de certaines infractions à la loi de 1881. Mais de manière plus générale, toutes les infractions du Code pénal en rapport avec l'image échappent à l'exigence de

117 TGI Paris, 5 juillet 2002, CCE 2002 comm. 149

118 Civ. 1^{re}, 10 avril 2013, CCE 2013 comm. 81, obs. A. Lepage

Notons cependant que la solution aurait été différente si les propos avaient été diffusés sur un mur public ou une page publique, auquel cas, la publicité n'aurait probablement fait aucun doute.

119 A. Lepage, *La notion de communauté d'intérêts à l'épreuve des réseaux sociaux*, CCE 2013 comm. 81 ; note ss. Civ. 1^{re}, 10 avril 2013 préc.

120 C. pén. art. R 621-1, R 621-2, R 624-3, R 624-4 et R 625-7

publicité au sens de l'article 23 de la loi de 1881. Cette soustraction à l'exigence de publicité se manifeste à deux égards : dans certains cas, l'appréhension de l'image est incriminée indépendamment de la diffusion ; dans d'autres cas, lorsque la diffusion de l'image est incriminée, elle l'est indépendamment des exigences de l'article 23 de la loi de 1881.

46. APPRÉHENSION INCRIMINÉE INDÉPENDamment DE LA DIFFUSION - A la lecture des articles 226-1 et 226-19 du Code pénal, nous constatons que les incriminations ne faut en aucun cas référence, pour la constitution de l'infraction, à une quelconque diffusion de l'image. L'article 226-19 incrimine le fait « *de mettre ou de conserver en mémoire informatisée* » des données à caractère personnel. L'article 226-1 quant à lui incrimine l'atteinte à l'intimité de la vie privée en « *fixant, enregistrant ou transmettant* » l'image d'une personne : la fixation suppose une reproduction photographique, l'enregistrement suppose une reproduction audiovisuelle, la transmission suppose l'utilisation d'un procédé d'espionnage à distance, mais aucun des trois procédés ne suppose une diffusion de l'image à une ou plusieurs personnes autres que l'auteur de l'infraction.

47. DIFFUSION INCRIMINÉE INDÉPENDamment DES EXIGENCES DE LA LOI DE 1881 - Par ailleurs, lorsque la diffusion de l'image est incriminée, elle l'est indépendamment des exigences de l'article 23 de la loi de 1881. C'est ce qu'a affirmé à juste titre la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 30 janvier 1978. En l'espèce, un individu avait fait parvenir à un mari demandeur en divorce, plusieurs montages représentant l'épouse de ce dernier, apparemment dans sa vie privée, en sachant que lesdits montages étaient destinés à être utilisés à l'appui de la procédure de divorce. Les montages avaient été montrés à des témoins et vus par les personnes ayant accès au dossier. Déclaré coupable de l'infraction de l'article 370 ancien par les juges du fond, l'individu s'était pourvu en cassation, faisant valoir qu'on ne pouvait pas raisonnablement caractériser une *publication* là où les documents avaient simplement été discutés au cours d'une procédure de divorce, d'autant que cette procédure devait se dérouler en Chambre du Conseil¹²¹. Mais la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en affirmant « *que la publicité prévue par l'article 370 du Code pénal n'est pas soumise aux exigences de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 ; qu'il n'importe que la publicité sciemment donnée aux montages incriminés ait été restreinte, alors d'ailleurs qu'en raison de leur fausseté, rien ne justifiait leur production à l'appui d'une procédure en divorce* »¹²².

Selon l'auteur de la note à la *Gazette du Palais* (dont nous n'avons pas trouvé l'identité), il serait aléatoire de déduire de l'arrêt que la publication était caractérisée par la simple communication des photographies au mari. Selon lui, la publicité résultait vraisemblablement de la production en justice des photos, divulgation que l'auteur des montages avait prévue et recherchée.

A dire vrai, les termes de l'arrêt sont ambigus. La Cour condamne l'individu pour avoir adressé les montages au mari, mais elle prend le soin de préciser la connaissance qu'avait l'individu de la destination des montages remis au mari. Il y a donc place au doute. Nous savons ce que n'est pas la publication au sens des articles 370 ancien et 226-8 nouveau : elle n'est pas la publicité au sens de la loi de 1881. Mais nous savons toujours pas ce qu'est, positivement, la publication. Et la jurisprudence en la matière est si rare que le doute risque de planer encore quelques années.

121 C. civ. art. 239 al. 1 ancien

122 Crim. 30 janvier 1978, RSC 1978 p. 864, obs. Levasseur ; Gaz. Pal. 1978 2. p. 467

Ajoutons encore que dans l'affaire précédemment évoquée, le mari demandeur en divorce aurait pu lui aussi faire l'objet de poursuites sur le fondement de l'article 370 ancien.

Ces développements témoignent de la grande diversité des incriminations relatives à l'appréhension de l'image d'une personne. Cela dit, les incriminations en cause ont pour dénominateur commun, la protection de la personne représentée sur l'image, et plus exactement, la protection de sa personnalité

CHAPITRE 2 : LA PERSONNALITÉ COMME DÉNOMINATEUR COMMUN

Comme le souligne le Professeur Emmanuel Dreyer, « *l'image témoigne de l'apparence extérieure de la personne telle qu'elle s'offre au regard de chacun* »¹²³. L'image de la personne, c'est en quelque sorte, la personne elle-même. Qu'il nous soit permis de rappeler cette croyance des Indiens d'Amérique selon laquelle les photographes capturent les esprits des vivants et les emprisonnent dans les images photographiques. C'est dire que, dans la plupart de ses aspects, la protection de la personne en rapport avec son image coïncide avec la protection de la personnalité (SECTION I). La personnalité étant une valeur disponible, le législateur fait constamment référence à la volonté individuelle de la personne représentée sur l'image (SECTION II).

SECTION I : UNE PROTECTION ACCRUE DE LA PERSONNALITÉ

.....

La protection pénale de la personnalité est en expansion (§1). Mais puisque le droit pénal est sélectif, pour les aspects qu'il ne couvre pas, c'est le droit civil qui assure le relais (§2).

§ 1 : Une protection pénale en expansion

48. PROMOTION JURIDIQUE CONTEMPORAINE DE LA PERSONNE - Depuis la seconde moitié du XX^e siècle, nous assistons à une montée en puissance de la considération de la personne ; ce que le Professeur René Savatier appelait en 1959 « *la promotion juridique contemporaine de la personne* »¹²⁴. Cette promotion juridique devait concerner la personne non seulement dans sa dimension physique, mais aussi dans sa dimension morale. Et naturellement, la protection de la personne en rapport avec son image devait participer de ce phénomène.

Dans une large mesure, c'est la protection de la personnalité qui est en jeu. A ce propos, deux précisions s'imposent : d'abord, la personnalité doit être envisagée comme une valeur protéiforme (A) ; ensuite, la personnalité doit être distinguée de la dignité (B).

A] La personnalité, une valeur protéiforme

La personnalité renvoie à ce qui caractérise la personne en particulier dans ses tendances et son tempérament, son individualité, son caractère¹²⁵. Concrètement, la personnalité doit être envisagée comme le tronc d'un arbre à plusieurs branches qui renvoient chacune à la vie privée, à la représentation, à l'honneur, à la considération ou encore à la présomption d'innocence. Le législateur a progressivement reconnu à tous ces attributs de la personnalité, une protection pénale, notamment en rapport avec l'image de la personne.

123 E. Dreyer, Droit pénal spécial, Ellipses, 2^e édition p. 198

124 R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959 p. 5 à 29

125 G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 10^e édition

49. HONNEUR ET CONSIDÉRATION - Dès l'origine, la loi sur la liberté de la presse a incriminé la diffamation et l'injure en ce qu'elles portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne. Dans le langage courant, les deux termes sont synonymes, et en droit, la jurisprudence ne cherche pas systématiquement à les distinguer. C'est la doctrine qui a formulé la distinction, et selon le Professeur Danièle Mayer, « *l'honneur, c'est l'œil de la conscience, la considération, c'est le regard du corps social* »¹²⁶. Quoiqu'il en soit, honneur et considération sont pénalement protégés ; et la diffusion d'une image qui y porte atteinte est sanctionnée par le droit pénal.

50. PRÉSUMPTION D'INNOCENCE - La loi du 29 juillet 1881, contient également depuis l'an 2000, une incrimination relative aux images portant atteinte à la présomption d'innocence. La présomption d'innocence, longtemps restée au seul état de garantie procédurale, est aujourd'hui devenue un véritable droit de la personnalité protégé à la fois par le droit civil¹²⁷ et par le droit pénal¹²⁸. Cette avancée mérite d'être félicitée. En effet, la présomption d'innocence fait partie « *des éléments qui fondent l'identité de la personne dans un espace communicationnel* »¹²⁹, et le jugement de l'opinion publique est parfois plus douloureux que celui de l'institution judiciaire. Il était donc important que la présomption d'innocence, grand principe reconnu à tous les niveaux (légal, constitutionnel, conventionnel et international), fut étendu à des considérations dépassant l'administration de la preuve.

51. PROTECTION DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL - Les données à caractère personnel ont elles aussi fait l'objet d'une protection par la loi du 6 janvier 1978¹³⁰ dont les dispositions sont aujourd'hui intégrées aux articles 226-16 et suivants du Code pénal. Si les applications concrètes de ces textes sont rares, ces derniers n'en demeurent pas moins utiles, ne serait-ce que par leur effet dissuasif. Et la diffusion de l'image d'une personne, donnée à caractère personnel, entre parfois dans leur champ d'application¹³¹. Au-delà de leur domaine, ces incriminations invitent à une réflexion sur la valeur sociale qu'elles protègent. Un début de réponse est apporté par l'article 1^{er} de la loi du 6 janvier 1978 aux termes duquel « *l'informatique doit être au service de chaque citoyen. [...] Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* »¹³². Mais la protection des données à caractère personnel est aussi intimement liée à la protection du secret professionnel et de la vie privée, comme en témoignent quelques affaires¹³³.

126 D. Mayer, D. 1985 p. 435

127 C. civ. art. 9-1, issu de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale

128 Loi du 29 juillet 1881, art. 35 ter

V. également C. proc. pén. art. préliminaire

129 A. Lucien, *La justice mise en scène : approche communicationnelle et l'institution judiciaire*, L'Harmattan, 2008, p. 211 et s.

130 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite *Loi informatique et libertés*

131 V. *supra* n° 19

132 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 préc. art. 1^{er}

133 CEDH, 25 février 1997, *Z... c/ Finlande* ; CEDH, 27 août 1997, *M. S. c/ Suède* : « *La protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention ; le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les parties contractantes à la Convention ; il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malade mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général ; la législation interne doit ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère*

52. REPRÉSENTATION DE LA PERSONNE - Le droit pénal protège par ailleurs l'authenticité de la personne à travers son image¹³⁴. Cela se traduit par l'incrimination de la publication de certains montages (art. 370 ancien ; art. 226-8 nouveau)¹³⁵. Mais là encore, la ratio legis est ambiguë.

L'article 370 ancien était rangé dans une Section du Code pénal intitulée « *Atteintes à la vie privée, dénonciation calomnieuse, révélation de secrets* » ; ce qui laissait sous-entendre que la publication d'un montage réalisé à partir de l'image d'une personne était sanctionnée dans la mesure où elle portait atteinte à la vie privée. Et dans toutes les revues juridiques, les arrêts rendus en la matière et les notes de doctrine étaient précédés du titrage *Vie privée*.

La réforme du Code pénal a été l'occasion de rendre la répression du montage indépendante de toute référence à la vie privée. En effet, aujourd'hui, l'atteinte à la vie privée et l'atteinte à la représentation de la personne figurent dans deux Sections distinctes. Donc, contrairement à la période antérieure à la réforme, aujourd'hui, il n'est plus nécessaire pour la constitution de l'infraction que le montage soit réalisé à partir de paroles ou d'images portant atteinte à l'intimité de la vie privée¹³⁶. C'est donc bien l'authenticité, la représentation de la personne qui est protégée, indépendamment de toute atteinte à la vie privée.

Notons au passage que si l'incrimination vise prioritairement la protection de la personne représentée sur l'image, elle protège également de façon indirecte la foi du public dans les images. L'idée étant que l'image, et surtout l'image photographique, a un pouvoir d'authentification ; en principe l'image ratifie ce qu'elle représente¹³⁷.

53. VIE PRIVÉE - La vie privée fait elle aussi l'objet d'une importante protection depuis la loi du 17 juillet 1970 qui a incriminé l'appréhension sans son consentement, de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. Cette incrimination embrasse bon nombre de situations ; mais ce qui peut apparaître comme une atteinte à l'intimité de la vie privée est parfois requalifié en agression sexuelle¹³⁸.

54. PEINES - Les valeurs sus-mentionnées renvoient toutes à la protection de la personnalité. Cela aurait pu conduire le législateur à sanctionner les atteintes qui y sont portées par des peines semblables ; ce qui n'est pourtant pas le cas. L'identité de valeur protégée - la personnalité - n'a pas été assortie d'une identité de peines :

C. pén. art. 226-1 et 226-2	Un an d'emprisonnement et 45 000 € d'amende
C. pén. art. 226-3	Cinq ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende
C. pén. art. 226-8	Cinq ans d'emprisonnement et 15 000 € d'amende

personnel relatives à la santé qui ne seraient pas conformes aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention ».

134 R. Gassin, Rép. Dalloz, dr. Pén. V. Vie privée

135 V. *supra* n° 30

136 CA Paris, 11^e ch., 29 octobre 1997, Dr. pén. 1998 n° 30

137 V. *supra* n° 3

138 Crim. 19 septembre 2006, n° 06-80.514, à propos de deux hommes s'étant mis d'accord à l'occasion d'une photo de groupe pour que le premier dénude la poitrine d'une femme de ce groupe, permettant ainsi au second de la photographier dans cet état.

C. pén. art. 226-19	Cinq ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende
Loi de 1881 art. 32 al. 1 et 33 al. 2	12 000 € d'amende ¹³⁹
Loi de 1881 art. 35 ter, 35 quater, 39 bis et 39 quinquies	15 000 € d'amende

*Tableau des peines principales encourues pour les infractions
commises en rapport avec l'image d'une personne*

Le caractère disproportionné des peines relatives à la manipulation de données à caractère personnel s'explique-t-il par l'ampleur particulière que peuvent revêtir les atteintes aux droits des personnes en raison du recours à la technologie moderne ? Par ailleurs, y a-t-il entre la vie privée et la représentation de la personne, une hiérarchie qui justifierait une différence dans le montant des amendes respectives ? Si l'absence de peine d'emprisonnement pour les infractions à la loi de 1881 peut s'expliquer par la conciliation avec la liberté d'expression, pourquoi ne pas tenir le même raisonnement pour certaines infractions du Code pénal ? ... Autant de questions qui ne trouvent pas de réponses claires et qui font naître un sentiment de malaise¹⁴⁰. Mais à défaut d'être assorties de peines identiques, les incriminations en lien avec l'image de la personne, et donc avec la personnalité, ont au moins pour point commun leur vocation universelle.

55. UNE PROTECTION UNIVERSELLE - Si le recensement des décisions de justice donne le sentiment que les incriminations en rapport avec l'image de la personne ne concernent que quelques privilégiés qui y auraient véritablement intérêt en raison de leurs fonctions ou de leur notoriété, cette apparence est trompeuse. La reconnaissance par le droit pénal français d'une maîtrise de la personne sur son image bénéficie à toute personne quelle que soit sa classe et quelle que soit sa qualité. Autrement dit, en ce domaine, le législateur français assure la même protection à toutes les catégories de personnes ; ce qui n'est pas le cas de l'État de Californie qui a récemment adopté une loi ne protégeant que certaines personnes au premier rang desquelles figurent les enfants de célébrités¹⁴¹ :

« Section 11414 of the Penal Code is amended to read:

11414. (a) Any person who intentionally harasses the child or ward of any other person because of that person's employment shall be punished by imprisonment in a county jail not exceeding one year, or by a fine not exceeding ten thousand dollars (\$10,000), or by both that fine and imprisonment.

(b) For purposes of this section, the following definitions shall apply :

(1) "Child" and "ward" mean a person under 16 years of age.

(2) "Harasses" means knowing and willful conduct directed at a specific child or ward that

¹³⁹ En matière de diffamation et d'injure, les peines d'emprisonnement ont été supprimées par la loi du 15 juin 2000. En pratique, les peines d'emprisonnement n'étaient jamais appliquées mais le législateur a jugé utile de les supprimer pour des considérations qui ne concernent pas directement la France. Certains pays étrangers se prévalaient en effet du système français pour justifier, à tort, l'emprisonnement des auteurs de diffamations et d'injures. Il est donc apparu nécessaire aux yeux du législateur de supprimer, en droit français, ces peines d'emprisonnement. Par ailleurs, cette suppression des peines d'emprisonnement permet d'éviter le risque d'une condamnation de la France pour atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

¹⁴⁰ V. également, A. Lepage, *Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, Dr. pén. 2005, étude n° 5

¹⁴¹ V. *Calif. Gov. signs bill increasing paparazzi protection for celebrity children* (disponible sur <http://www.foxnews.com/entertainment/2013/09/25/calif-gov-signs-bill-increasing-paparazzi-protection-for-celebrity-children/>)

seriously alarms, annoys, torments, or terrorizes the child or ward, and that serves no legitimate purpose, including, but not limited to, that conduct occurring during the course of any actual or attempted recording of the child's or ward's image or voice, or both, without the express consent of the parent or legal guardian of the child or ward, by following the child's or ward's activities or by lying in wait. The conduct must be such as would cause a reasonable child to suffer substantial emotional distress, and actually cause the victim to suffer substantial emotional distress.

(3) "Employment" means the job, vocation, occupation, or profession of the parent or legal guardian of the child or ward.

(c) A second conviction under this section shall be punished by a fine not exceeding twenty thousand dollars (\$20,000) and by imprisonment in a county jail for not less than five days but not exceeding one year. A third or subsequent conviction under this section shall be punished by a fine not exceeding thirty thousand dollars (\$30,000) and by imprisonment in a county jail for not less than 30 days but not exceeding one year »¹⁴².

La personnalité apparaît comme une valeur protéiforme qui embrasse à la fois la vie privée, l'honneur, la considération, le secret ou encore la présomption d'innocence. La personnalité est donc entendue de manière relativement large. Pour autant, elle doit rester dans sa sphère et ne pas être confondue avec la dignité.

B] La personnalité, une notion distincte de la dignité

La personnalité se distingue de la dignité par son caractère viager et son caractère disponible. Mais cette distinction n'est pas toujours affichée rigoureusement par le juge et le législateur concernant l'image de la personne.

56. UN DROIT VIAGER - Le droit de la personnalité étant un droit viager, il s'éteint, par définition, à la mort de son titulaire. Pour autant, quelques affaires en rapport avec l'image de la personne sèment le doute. La première affaire est relative à la publication dans le magazine Paris-Match de la photographie de l'acteur Jean Gabin étendu sur son lit de mort, passant outre les dernières volontés du défunt interdisant toute publicité posthume, et l'opposition de ses ayants droit. La seconde affaire concerne la publication, toujours dans le même hebdomadaire, de deux photographies de François Mitterrand étendu sur son lit de mort. Dans les deux affaires, la Cour de cassation conclut à une violation de l'intimité de la vie privée en affirmant « *que la fixation de l'image d'une personne, vivante ou morte, sans autorisation préalable des personnes ayant pouvoir de l'accorder, est prohibée et que la diffusion ou la publication de ladite image sans autorisation entre nécessairement dans le champ d'application des articles 226-1, 226-2 et 226-6 du Code pénal* »¹⁴³. En jugeant ainsi, la Cour de cassation étend à l'image du défunt le bénéfice de la protection accordée habituellement aux vivants. Heureuse dans son principe, la solution inspire toutefois quelques réserves quant à son fondement.

Comme il a été dit précédemment, l'article 226-1 du Code pénal incrimine le fait de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui en appréhendant, sans le consentement de celle-ci,

142 *Senate Bill n° 606* (disponible sur http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140 SB606). Ladite loi a été validée par le Gouverneur de Californie le 24 septembre 2013 et elle est entrée en vigueur le premier janvier 2014.

143 Crim. 21 octobre 1980, n° 80-90.146, D. 1981 Jur. p. 72, note Lindon ; Crim. 20 octobre 1998, n° 97-84.621, D. 1999 p. 106 note B. Beignier ; JCP 1999 II. n° 10044, note G. Loiseau

l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé¹⁴⁴. Ce texte protège donc l'intimité de la vie privée. Mais la vie privée de qui protège-t-on ?

Dans l'affaire Mitterrand, les juges de première instance avaient estimé que c'était la vie privée du défunt qui était en cause lorsque l'image de celui-ci était reproduite sans autorisation. Autrement dit, le droit au respect de la vie privée ne serait pas uniquement le droit des vivants ; il perdurerait après le décès. La Cour de cassation, plus prudente, ne reprend pas formellement cette conception. Mais elle ne s'en départit pas non plus puisqu'elle estime qu'a justifié sa décision, la cour d'appel qui avait relevé « *que le fait de prendre des photographies d'une dépouille mortelle porte incontestablement atteinte à la vie privée d'autrui, le respect étant dû à la personne humaine, qu'elle soit morte ou vivante, et quel que soit son statut* ». De ce fait, l'ambiguïté demeure. La question de savoir si la Cour entend protéger la vie privée du défunt ou si elle entend protéger la vie privée des proches du défunt n'est pas entièrement résolue.

A notre avis, la première interprétation doit être écartée. En effet, à la différence de la dignité qui transcende la distinction mort / vivant, les droits de la personnalité sont des droits viagers, des droits qui s'éteignent au décès de leur titulaire. Le droit à la vie privée étant un droit de la personnalité, il ne peut raisonnablement être reconnu à un cadavre qui, juridiquement, n'est plus une personne. La jurisprudence civile se prononce d'ailleurs en ce sens¹⁴⁵. Soutenir que le défunt bénéficie en droit pénal d'une protection de sa vie privée reviendrait à dire que le juge pénal prend le contre-pied de la jurisprudence civile ; ce qui semble audacieux.

Si respect est dû aux morts, la protection de la personnalité, quant à elle, ne concerne que les vivants. L'article 34 de la loi de 1881 en est une preuve supplémentaire puisqu'il incrimine les diffamations et injures dirigées contre la mémoire des morts, mais uniquement dans l'hypothèse où les auteurs des diffamations ou injures ont eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels *vivants*. En pratique, la Cour de cassation estime que le délit n'est réalisé que si l'auteur du document a eu l'intention de porter et a réellement porté atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants¹⁴⁶. Pour reprendre l'expression du rapporteur au Sénat Eugène Pelletan, la diffamation dirigée contre la mémoire des morts n'est admise « *qu'autant qu'elle passe par dessus leur tombe pour aller frapper les vivants* »¹⁴⁷. De même, le Professeur Grégoire Loiseau estime que « *si le respect des morts impose de sanctionner l'atteinte à leur mémoire, c'est à la condition que l'offense affecte les vivants, les proches, que l'on protège dans leurs sentiments à l'égard du défunt* »¹⁴⁸.

Par conséquent, ce qui pourrait justifier de réprimer sur le fondement des articles 226-1 et suivants l'appréhension non autorisée de l'image d'un mort, ne serait pas la protection de la vie privée du mort, mais probablement la protection de la vie privée de ses proches. L'infraction serait

144 V. *supra* n° 21 et s.

145 Civ. 1^{re}, 14 décembre 1999, n° 97-15.756, CCE 2000 comm. 39 ; à propos de la publication, peu après le décès de François Mitterrand, de l'ouvrage *Le Grand Secret* écrit par le docteur Gubler. La première chambre civile a estimé 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* ».

146 Crim. 22 mars 1960, Bull. crim. n° 160, D. 1960 p. 740

147 Sirey, Lois annotées 1881-1885, p. 218, note 67 sous art. 34.

148 G. Loiseau, *Le mort et son image*, JCP 1999 II. n° 10044, note sous Crim. 20 octobre 1998 préc.

ainsi « *hybride* »¹⁴⁹ avec d'une part, la fixation de l'image du défunt, et d'autre part, une atteinte à l'intimité de la vie privée de ses proches qui eux, ne sont pas représentés sur l'image. Cette analyse avait été adoptée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 2 juillet 1997, selon lequel « *le fait de prendre des photographies d'une dépouille mortelle portait incontestablement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui quelles que soient les analyses que l'on puisse faire sur le point de savoir si la notion d'autrui se rapportait au décédé ou à ses ayants droit* »¹⁵⁰.

Que penser de cette analyse ? Le Professeur Grégoire Loiseau estime que « *la lettre du texte, envisageant la vie privée d'autrui, autorise cette interprétation, encore qu'il soit douteux que son esprit fut bien de protéger l'image d'un mort* »¹⁵¹. A notre avis, la solution ne peut être approuvée, pour deux raisons : d'une part, elle admet que l'infraction est caractérisée par la fixation de l'image d'un cadavre (qui juridiquement, n'est plus une personne), alors que l'article 226-1 vise l'image d'une *personne* ; d'autre part, elle repose sur une dissociation des conditions posées par l'incrimination (atteinte à l'intimité de la vie privée de l'un par la fixation de l'image d'un autre) qui n'a probablement pas été envisagée par le législateur¹⁵². La solution procède donc d'une interprétation extensive des textes qui est regrettable sur le plan juridique (même si, dans son résultat pratique, la solution retenue par la Cour de cassation est difficilement contestable).

Dans ces deux décisions relatives à l'image d'un mort, le juge pénal a fait naître un doute sur la persistance après la mort d'un droit à la vie privée, ce qui aurait été contraire au caractère viager des droits de la personnalité, et aurait contribué à un brouillage entre les notions de personnalité et de dignité. Cela dit, parfois, c'est le législateur lui-même qui fait naître la confusion.

57. UNE VALEUR DISPONIBLE - La personnalité renvoie à ce qui caractérise la personne en particulier dans ses tendances et son tempérament, son individualité, son caractère. De ce fait, c'est une valeur disponible ; d'où la place importante accordée à la volonté individuelle. La dignité quant à elle évoque la commune appartenance de chaque personne au genre humain. Au-delà d'une personne en particulier, la dignité engage la personne en général, le genre humain. Et pour cette raison, la dignité est une valeur indisponible. Lorsque c'est la dignité qui est en jeu, en principe, il est fait abstraction de la volonté de l'intéressé¹⁵³. La distinction entre la personnalité et la dignité a donc une conséquence sur la prise en compte ou non de la volonté individuelle : là où il est question de personnalité, la place de la volonté individuelle est prépondérante ; là où il est question de dignité, toute référence à la volonté individuelle est écartée. En d'autres termes, personnalité et volonté individuelle sont en principe indissociables ; tandis que dignité et volonté individuelle sont en principe exclusives l'une de l'autre.

149 G. Loiseau, *Le mort et son image*, préc.

150 V. Crim. 20 octobre 1998, préc. où sont reproduits les motifs de l'arrêt de la cour d'appel de Paris

151 G. Loiseau, *Le mort et son image*, préc.

152 V. B. Beignier, note sous TGI Paris, 13 janvier 1997, D. 1997, p. 257. B. Beignier estime que l'article 226-1 n'est « *à destination que des vivants* ».

153 En témoignage, en matière administrative, l'affaire bien connue du lancer de nain : « *Considérant que l'attraction de "lancer de nain" consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération* » (CE, Ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*).

Pourtant, à l'occasion de la loi du 15 juin 2000, le législateur a créé une confusion en réunissant dans une même incrimination la notion de dignité et la référence à la volonté individuelle. En effet, le nouvel article 35 quater de la loi du 29 juillet 1881 (remplaçant l'ancien article 38 alinéa 3) punit désormais de 15 000 € d'amende, la diffusion 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.

Concrètement, cela signifie que si la personne objet des informations, la personne représentée sur l'image, donne son consentement à la diffusion, les informations et images diffusées seront hors du champ de l'article 35 quater, quand bien même elles porteraient atteinte à la dignité. Cette solution heurte la conception traditionnelle de la dignité et nous invite à nous demander si ça n'est pas plutôt la protection de la personnalité qui est au centre de l'incrimination.

La double référence à la dignité et à la volonté individuelle n'existait pas auparavant. Elle a été introduite par la réforme du 15 juin 2000 qui, dans l'esprit du législateur, devait remédier à l'imprévisibilité de l'article 38 alinéa 3 ancien¹⁵⁴. En réalité, cette réforme n'a en rien permis de rendre l'incrimination plus prévisible. En sus, elle a entraîné un brouillage entre les notions de dignité et de personnalité. Par conséquent, il aurait été préférable que le législateur tienne la notion de dignité à l'écart de la loi de 1881.

La distinction dignité / personnalité a été brouillée par les solutions récentes relatives à l'image de la personne. La rigueur juridique a été délaissée au profit d'une protection renforcée de la personne face à la diffusion de son image. Pour autant, la protection pénale reste sélective. Et pour les aspects qu'elle ne couvre pas, c'est le droit civil qui assure le relais.

§ 2 : Une protection pénale relayée par la protection civile

58. UN DROIT PÉNAL SÉLECTIF - Les comportements fautifs ne peuvent pas tous être assortis d'une sanction pénale. Le droit pénal se doit de ne réprimer que les atteintes les plus graves. A être trop présent, il risque de se décrédibiliser. Le droit pénal doit aussi inspirer la prudence et la mesure en raison des pressions qu'il exerce sur les libertés. En bref, trop de droit pénal tue le droit pénal. Mais l'excès inverse - à savoir, le rejet total du droit pénal en matière de presse - est lui aussi à éviter¹⁵⁵. Par conséquent, il est indispensable de maintenir une répartition équilibrée du contentieux entre le juge civil et le juge pénal.

59. VIE PRIVÉE - En matière d'atteinte à la vie privée par l'appréhension de l'image d'une personne, la protection pénale est cantonnée aux lieux privés¹⁵⁶. La fixation, sans son consentement, de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu public n'est pas pénalement sanctionnée. Si cette « *conception spatiale de la vie privée* » est regrettée par certains auteurs¹⁵⁷, elle ne nous semble pas

154 V. *supra* n° 16

155 *Contra* De nombreux magistrats estimeraient pourtant que le contentieux de la presse devrait revenir au juge civil ; les infractions pénales seraient limitées aux injures et diffamations à caractère discriminatoire ou raciste. V. Rapport sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale, présenté par M. Dominique Raimbourg en janvier 2013, p. 60 (disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i0652.pdf>)

156 V. *supra* n° 23

157 E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2^e édition, p. 200 ;

pour autant démesurée puisqu'elle permet une juste répartition entre ce qui relève du droit civil et ce qui relève du droit pénal : l'atteinte la plus grave, celle commise à l'encontre d'une personne se trouvant dans un lieu privé, fera l'objet d'une sanction pénale ; l'atteinte la moins grave, celle commise à l'encontre d'une personne se trouvant dans un lieu public, donnera simplement lieu à une réparation civile.

A défaut de trouver une réponse pénale, la violation de l'intimité de la vie privée pourra éventuellement trouver une réponse civile. Ainsi, la diffusion de la photographie d'un enfant, prise au cours d'une manifestation publique dans un lieu public, constitue une atteinte à sa vie privée dès lors que l'enfant apparaît isolément sur l'image en raison du cadrage réalisé par le photographe¹⁵⁸. Dans une certaine mesure, le droit civil assure également le relais du droit pénal en matière d'atteinte à la présomption d'innocence.

60. PRÉSUMPTION D'INNOCENCE - Face aux images, la présomption d'innocence fait l'objet d'une double protection, à la fois civile (C. civ. art. 9-1) et pénale (Loi du 29 juillet 1881, art. 35 ter). Heureuse dans son principe, cette dualité soulève en pratique quelques interrogations. D'un côté, le juge civil considère que seule une condamnation pénale devenue irrévocable fait disparaître, relativement aux faits sanctionnés, la présomption d'innocence dont l'article 9-1 du Code civil assure le respect¹⁵⁹. D'un autre côté, l'article 35 ter de la loi du 29 juillet 1881 dispose que *« lorsqu'elle est réalisée sans l'accord de l'intéressé, la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de l'image d'une personne identifiée ou identifiable mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation et faisant apparaître, soit que cette personne porte des menottes ou entraves, soit qu'elle est placée en détention provisoire, est punie de 15 000 euros d'amende »*.

La question se pose de savoir s'il ne faudrait pas uniformiser les deux régimes, à savoir, considérer que le *jugement* visé à l'article 35 ter devrait être entendu comme un *jugement irrévocable*¹⁶⁰. A notre avis, une telle solution, favorable à la répression, serait contraire à la légalité. L'analyse retenue par le juge civil n'a pas à être reprise par le juge pénal qui lui, est tenu par les principes de légalité et d'interprétation stricte de la loi pénale. Le juge pénal ne doit pas conditionner l'absence de répression à l'existence d'un *jugement irrévocable* là où la loi se contente d'un *jugement (tout court)*.

Par conséquent, en pratique, si l'image d'une personne mise en cause est publiée suite à un jugement de condamnation révoqué, l'article 35 ter de la loi de 1881 est inapplicable. Mais la personne concernée pourra obtenir réparation devant le juge civil sur le fondement de l'article 9-1 du Code civil. Telle doit être la ligne de démarcation entre ce qui relève du droit civil et ce qui relève du droit pénal.

B. Beignier, *Réflexions sur la protection de la vie privée*, Dr. fam. 1997, étude 11 p. 7 ;

J. Francillon, Code pénal annoté, Dalloz, 1996 p. 379

158 Civ. 1^{re}, 12 décembre 2000, n° 98-21.311, D. 2001 p. 2064

159 Civ. 1^{re}, 12 novembre 1998, D. 1999 somm. 165

160 V. *supra* n° 12

61. MONTAGE - L'article 226-8 du Code pénal incrimine quant à lui la publication du montage réalisé avec l'image d'une personne sans son consentement, mais uniquement s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention. Là encore, le droit pénal est sélectif, et les applications qui sont faites du texte peuvent laisser perplexes. Dans une affaire déjà évoquée¹⁶¹, la cour d'appel de Toulouse avait considéré, pour dire l'article 370 ancien inapplicable, « *que les moyens utilisés pour le montage, à savoir l'agrandissement et le cadrage artistique de la photographie, ainsi que son insertion dans un contexte publicitaire, et, par conséquent, l'existence même du montage, apparaissent à l'évidence lorsqu'on regardait l'affiche* ».

Le Professeur Georges Levasseur regrettait cette solution et s'interrogeait : « *Doit-on présumer que toute illustration publicitaire est un montage, c'est-à-dire la déformation d'une photographie originale ? Le droit à l'image ne consiste-t-il pas essentiellement à empêcher qu'il soit fait usage de votre visage pour des fins commerciales ou politiques sans votre consentement ? Suffirait-il qu'une telle publicité fasse expressément mention qu'elle constitue un montage pour que les victimes qui n'ont pas consenti à cette exploitation soient désarmées, sur le plan pénal tout au moins ? A fortiori, doit-il en être de même pour un montage présenté implicitement comme tel ? Si l'on doit suivre l'opinion de la Cour de Toulouse, l'utilisation publicitaire de l'image est "décriminalisée"...* »¹⁶².

Si les inquiétudes du Professeur Levasseur sont légitimes, elles semblent toutefois mêler deux valeurs distinctes : d'une part, la représentation, l'authenticité de la personne, pénalement protégée par l'article 226-8 du Code pénal ; d'autre part, le droit à l'image (*sur* l'image ?) qui lui, n'est pas protégé en tant que tel par le droit pénal. Le droit *à* ou *sur* l'image relève davantage de la matière civile.

62. PROTECTION DE L'IMAGE IN SE ET PER SE - Le droit pénal ne semble pas protéger l'image en elle-même. L'appréhension de l'image d'une personne n'est réprimée que dans la mesure où elle porte atteinte à un autre attribut de la personnalité qui lui, est pénalement protégé (vie privée, représentation, honneur, présomption d'innocence etc.). La protection de l'image en elle-même relève davantage du droit civil. Cela peut d'ailleurs paraître surprenant dès lors que le Code civil, contrairement au Code pénal, ne fait aucune référence à l'image de la personne et ne contient même pas le mot *image*.

En réalité, la protection civile du droit de la personne sur son image a été l'œuvre de la jurisprudence qui, avant même que le principe du respect de la vie privée soit consacré par la loi, avait reconnu un droit de la personne sur son image. Dans une affaire relative à des photographies de Brigitte Bardot, le TGI de la Seine avait en effet estimé que « *le simple fait de publier sans autorisation le portrait photographique d'autrui constitue une faute dont l'auteur doit réparation* ». La cour d'appel de Paris avait confirmé le jugement en affirmant que « *le droit de la personne sur son image ne saurait souffrir d'exception pour les vedettes de l'art et les personnalités publiques,*

161 CA Toulouse, 26 février 1974, D. 1974 p. 736 ; RSC 1976 p. 119, obs. Levasseur ; JCP 1975 II. 17903, note Lindon ; V. *supra* n° 35

162 G. Levasseur, RSC 1976, p. 119, à propos de CA Toulouse, 26 février 1974 préc.

hors le cas d'une autorisation nécessaire à la publication de toute reproduction de leurs traits ; que si cette autorisation est présumée exister lorsque la publication concerne leur vie publique ou leur activité professionnelle en raison de l'acceptation tacite mais non équivoque que l'intéressé a manifestée en s'exhibant aux regards du public, il n'en est pas de même lorsque la reproduction a trait à sa vie privée »¹⁶³.

Depuis que la loi du 17 juillet 1970 a consacré à l'article 9 du Code civil le principe selon lequel chacun a droit au respect de sa vie privée, la jurisprudence s'appuie sur ce texte pour reconnaître le droit sur l'image. En témoigne, cet arrêt rendu au visa de l'article 9 qui affirme dans un attendu de principe que « *selon ce texte, chacun a le droit de s'opposer à la reproduction de son image* »¹⁶⁴. Mais il restait une difficulté à résoudre...

Si bien souvent, l'atteinte au respect dû à la vie privée et l'atteinte au droit de chacun sur son image coïncident, la correspondance n'est pas pour autant systématique. S'est donc posée la question de l'autonomie du droit sur l'image par rapport au droit à la vie privée : l'image est-elle protégée en tant que telle, ou n'est-elle protégée que parce qu'elle est un vecteur d'atteinte à la vie privée ? C'est la première conception qui l'a emporté. On en voudra pour preuve, deux arrêts de la Cour de cassation, l'un affirmant que « *l'atteinte au respect dû à la vie privée et l'atteinte au droit de chacun sur son image constituent des sources de préjudice distinctes* »¹⁶⁵, l'autre affirmant que « *le respect dû à la vie privée et celui dû à l'image constituent des droits distincts* »¹⁶⁶.

En conclusion, le droit civil protège l'image *in se*, et *per se*. Donc toutes les fois où le droit pénal ne permet pas à la personne dont l'image a été appréhendée d'obtenir satisfaction, le droit civil pourra probablement prendre le relais sur le fondement du respect dû à l'image.

63. RESPONSABILITÉ CIVILE DE DROIT COMMUN - La diffusion de l'image d'une personne sans son consentement peut aussi être sanctionnée par le juge civil sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. En effet, l'affirmation de l'autonomie de l'article 9 par rapport à l'article 1382¹⁶⁷ n'a pas pour autant privé l'article 1382 de tout intérêt. Le droit commun de la responsabilité civile conserve un rôle non négligeable, notamment en cas d'irrecevabilité de l'action fondée sur une atteinte aux droits de la personnalité. Cette hypothèse trouve une illustration dans la réparation du préjudice moral subi par un proche suite à la diffusion de l'image du défunt. Dès lors qu'est caractérisée une faute du diffuseur de l'image, en relation de causalité avec un préjudice moral ressenti par l'entourage du défunt, l'extinction des droits de la personnalité attachés à ce dernier devient indifférente¹⁶⁸. Une autre illustration peut être trouvée dans l'affaire relative à cet artisan maçon dont l'image s'était retrouvée aux côtés d'un article de journal dénonçant des pratiques illégales auxquelles l'artisan était pourtant étranger. L'intéressé avait assigné la société éditrice du journal en réparation du préjudice subi du fait de la publication de son image sans son autorisation et de l'atteinte à la réputation de son entreprise qui en découlait. La cour d'appel de Chambéry avait

163 CA Paris, 27 février 1967, D. 1967 p. 453, note J. Foulon-Piganiol

164 Civ. 1^{re}, 13 janvier 1998, n° 95-13.694

165 Civ. 1^{re}, 12 décembre 2000, n° 98-21.161

166 Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, n° 02-14.730

167 Civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, n° 94-14798, D. 1997 p. 403

168 V. Ph. Pierre, *Etude sur l'indemnisation du préjudice moral en droit français* (disponible sur www.fondationdroitcontinental.org)

accueilli favorablement sa demande par une application conjuguée des articles 9 et 1382 du Code civil. Et le pourvoi a été rejeté¹⁶⁹. Preuve est donc faite de l'intérêt persistant de la responsabilité civile de droit commun, aussi subsidiaire soit-il.

Nous le voyons, la reconnaissance d'une maîtrise de la personne sur son image est assurée par l'action conjuguée du droit civil et du droit pénal. Depuis peu, la problématique touche également la matière administrative, en relation avec l'image des détenus.

64. DROIT SUR L'IMAGE DES DÉTENUS - La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009¹⁷⁰, en son article 41 alinéa 1, accorde clairement aux détenus une maîtrise sur leur image en affirmant que « *les personnes détenues doivent consentir par écrit à la diffusion ou à l'utilisation de leur image ou de leur voix lorsque cette diffusion ou cette utilisation est de nature à permettre leur identification* ». Seulement, l'article 41 alinéa 2 permet à l'administration pénitentiaire, sous certaines conditions, de faire exception à l'alinéa 1 et d'interdire la diffusion ou l'utilisation de l'image ou de la voix d'une personne condamnée. Si l'articulation de l'article 41 doit recevoir approbation, il paraît tout de même surprenant que le législateur ait confié cette problématique à l'administration pénitentiaire. Comme le souligne Madame Martine Herzog-Evans¹⁷¹, une telle faculté n'aurait dû être ouverte qu'au juge judiciaire, gardien des libertés individuelles lequel est toujours saisi des questions de droit à l'image en droit commun, et est bien compétent pour prendre les décisions relatives à l'article 41 s'agissant des prévenus¹⁷².

En conclusion, l'action combinée des matières pénale, civile et administrative aboutit à une protection globalement satisfaisante de la personnalité et à une véritable reconnaissance de la maîtrise des personnes sur leur image. Évidemment, une telle maîtrise implique la prise en compte constante de la volonté de la personne concernée.

SECTION II : UNE RÉFÉRENCE CONSTANTE A LA VOLONTÉ INDIVIDUELLE

.....

Puisqu'il est question de personnalité, la volonté individuelle doit occuper une place importante dans le système de protection. La personne doit être en mesure de pouvoir autoriser ou interdire la diffusion de son image. Autrement dit, la personne doit pouvoir maîtriser son image. A une époque où la photographie n'existait pas, la personne pouvait aisément s'opposer à la reproduction de son image. En effet, en raison de la longueur du travail, l'artiste qui souhaitait peindre le portrait d'une personne devait nécessairement obtenir son consentement. Seulement, avec l'apparition de la photographie et de toutes les technologies que nous connaissons aujourd'hui, le débat se présente en des termes très différents. C'est pourquoi la loi pénale protège désormais le consentement de la personne (§1). Cependant, depuis quelques années, une jurisprudence s'est développée en rapport avec la liberté d'expression et le caractère d'intérêt général du sujet traité. Cette jurisprudence est de nature à mettre en péril la maîtrise que la loi accorde à la personne sur son image en faisant primer la nécessité d'information du public (§2).

169 V. *supra* n° 8

170 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, dite *Loi pénitentiaire*

171 M. Herzog Evans, *Particularités du droit à l'image des détenus*, AJ Pénal 2013 p. 57

172 Loi pénitentiaire, art. 41 al. 2 *in fine* : « *Pour les prévenus, la diffusion et l'utilisation de leur image ou de leur voix sont autorisées par l'autorité judiciaire* ».

§ 1 : Une volonté individuelle protégée par la loi

Dans le domaine des atteintes à la personnalité, qui se caractérisent par une place importante accordée à la volonté individuelle, droit pénal de fond et procédure pénale coïncident : sur le plan substantiel, la constitution de l'infraction suppose l'absence de consentement (A) et sur le plan procédural, les poursuites sont soumises à une plainte préalable de la victime (B).

A] L'absence de consentement, élément constitutif de l'infraction

65. LA PERSONNALITÉ, UNE VALEUR DISPONIBLE - Les incriminations en rapport avec l'image de la personne protègent en priorité l'intérêt individuel, la personnalité de l'intéressé. Elles n'intéressent pas directement l'intérêt général et elles n'affectent pas l'intérêt des tiers. C'est ce qui explique que les infractions en cause reposent toutes explicitement sur l'absence de consentement de la victime¹⁷³. Il en va ainsi des infractions des articles 226-1 et 226-8 du Code pénal ; il en est de même, dans la loi du 29 juillet 1881 pour les infractions des articles 35 ter, 35 quater, 39 bis, et 39 quinquies.

66. ÉVOLUTIONS LÉGISLATIVES - Il faut cependant noter que cette référence à la volonté individuelle n'a pas toujours été de rigueur.

Concernant les images de personnes présumées innocentes, le projet de loi initial enregistré à l'Assemblée Nationale en 1998 ne faisait aucunement référence à la volonté individuelle. L'article 22 du projet de loi prévoyait l'insertion dans le *Chapitre VI du Titre II du Livre II* du Code pénal, relatif aux atteintes à la personnalité d'une *Section VII* intitulée *De l'atteinte à la réputation d'une personne mise en cause dans une procédure judiciaire*. Cette section était destinée à accueillir un article 226-30-1 ainsi rédigé : « *Est puni d'une amende de 100 000 F le fait de diffuser, de quelque manière que ce soit et quel qu'en soit le support, l'image d'une personne identifiée ou identifiable, mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale et n'ayant pas encore fait l'objet d'un jugement de condamnation, faisant apparaître que cette personne porte des menottes ou entraves [...]* »¹⁷⁴. Et c'est seulement à l'occasion des débats parlementaires que le choix a été fait d'intégrer la disposition à l'article 35 ter de la loi du 29 juillet 1881, avec en sus, la référence à *l'accord de l'intéressé*.

Concernant la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, c'est également la loi du 15 juin 2000 qui a ajouté la référence à l'accord de l'intéressé, à l'occasion du transfert de l'incrimination de l'article 38 alinéa 3 vers l'article 35 quater de la loi du 29 juillet 1881¹⁷⁵. Seulement, comme il a déjà été démontré¹⁷⁶, en ajoutant à la fois la référence à la volonté individuelle et la référence à la dignité, la loi du 15 juin 2000 a procédé à un mélange des genres : soit l'incrimination a pour objet la protection de l'apparence, de la représentation de la personne aux yeux du public, c'est-à-dire la protection de la personnalité, auquel cas, la référence au

173 V. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, p. 116 et s. pour une définition des incriminations disponibles

174 Projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes n° 1079 - Exposé des motifs (disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl1079.asp>)

175 V. *supra* n° 16

176 V. *supra* n° 57

consentement est justifiée et la référence à la dignité est malvenue ; soit l'incrimination a pour raison d'être la protection de la dignité, valeur indisponible, auquel cas, la référence au consentement est malvenue. A notre avis, il aurait été préférable que le législateur tienne la notion de dignité à l'écart de la loi du 29 juillet 1881.

Aujourd'hui, pour toute incrimination relative à l'appréhension de l'image d'une personne attentatoire à sa personnalité, la référence à la volonté individuelle est systématique aussi bien dans le Code pénal que dans la loi du 29 juillet 1881. Cette référence à la volonté individuelle se manifeste à travers différents termes.

67. TERMINOLOGIE - Les termes employés par les textes sont de trois ordres. Dans le Code pénal, il fait référence au *consentement* de l'intéressé, tandis que dans la loi du 29 juillet 1881, il est fait référence à *l'accord* de l'intéressé. Par ailleurs, l'article 39 bis de la loi de 1881 vise *la demande des personnes ayant la garde du mineur ou des autorités administratives ou judiciaires*. Dans certaines hypothèses, la jurisprudence vise quant à elle l'autorisation préalable des personnes ayant pouvoir d'accorder la fixation de l'image. A vrai dire, en droit, comme dans le langage courant, ces notions sont tenues pour synonymes. L'attention doit davantage être portée à la forme que doit prendre l'expression de la volonté de l'intéressé, car c'est sur ce point que les divergences sont les plus flagrantes.

68. CONSENTEMENT EXPRÈS, CONSENTEMENT TACITE - Mis à part l'article 226-19 du Code pénal qui fait référence à un consentement *exprès*, les autres textes, littéralement, n'exigent pas de consentement exprès. Il nous est donc permis de penser que pour les infractions en cause, un accord tacite est sans doute suffisant pour faire échec à la constitution de l'infraction.

69. CONSENTEMENT ÉCRIT, CONSENTEMENT VERBAL - Là encore, quelques divergences peuvent être observées entre les textes. Sans qu'on n'en comprenne les raisons, la loi du 15 juin 2000 a supprimé l'exigence d'un consentement écrit antérieurement prévue à l'article 39 bis de la loi du 29 juillet 1881. De ce fait, aujourd'hui, seul l'article 39 quinquies exige un accord écrit ; ce qui nous permet de penser *a contrario* que pour les autres incriminations étudiées, lorsque l'exigence de l'écrit n'est pas précisément édictée, l'accord peut être simplement verbal, voire tacite¹⁷⁷. Sur cette problématique, nous manquons de recul, mais il semble que la suffisance d'un accord verbal risque de susciter des difficultés de preuve. C'est peut-être d'ailleurs ces difficultés de preuve qui ont amené le législateur à recourir aux présomptions dans certaines hypothèses.

70. CONSENTEMENT PRÉSUMÉ - Pour faciliter la preuve du consentement, le législateur a parfois recours aux présomptions. Ainsi, en matière d'atteinte à l'intimité de la vie privée, l'article 226-1 du Code pénal dispose que « *Lorsque les actes mentionnés au 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* ». Le législateur voit en quelque sorte dans l'absence d'opposition, une volonté tacite de consentir à l'appréhension de l'image. En pratique, « *celui qui se sait photographié doit protester sur-le-champ si rien ne l'en empêche et en toute hypothèse auprès de l'auteur du cliché lorsqu'il lui est connu, à défaut, il ne saurait exciper d'un*

177 V. B. Ader, *La relation justice - média*, RSC 2001 p. 71 et s.

défaut de consentement »¹⁷⁸.

Nous le voyons, si la référence à la volonté individuelle est automatique, elle prend cependant des formes variées. Des divergences se manifestent également quant à l'identité de la personne qui exerce le droit de contrôle sur la diffusion de l'image.

71. PERSONNE EXERÇANT LE DROIT DE CONTRÔLE - La référence au consentement revient à accorder à chaque personne un droit de contrôle sur les attributs de sa personnalité. En vertu de ce droit, chaque personne peut consentir ou s'opposer à l'appréhension de son image. Seulement il arrive que ce droit de contrôle échappe - au moins en partie - à la personne concernée, pour être attribué à d'autres. Concernant l'image des mineurs, le droit de contrôle est accordé aux représentants légaux. Mais si le consentement des parents est nécessaire, il n'est peut-être pour autant pas suffisant. Puisque l'infraction concerne la personne même du mineur, il semble indispensable de prendre en compte son propre consentement, dans les hypothèses où le mineur est en mesure de le faire. Comme le souligne M. Xavier Pin, le juge pénal doit examiner la plus ou moins grande vulnérabilité de la victime, son intelligence et sa raison, pour déterminer sa capacité à donner ou non un consentement permissif valable. L'examen de la capacité de la victime est donc, en grande partie, une question de fait¹⁷⁹.

Toujours concernant les mineurs, l'article 39 bis de la loi du 29 juillet 1881 accorde le droit de contrôle aux *personnes qui ont la garde du mineur*. L'article 39 bis de la loi de 1881 attribue également un droit de contrôle aux autorités administratives ou judiciaires¹⁸⁰.

Si le droit de contrôle sur l'appréhension de l'image du mineur est confié essentiellement à ses parents, inversement, le droit de contrôle sur l'appréhension de l'image des parents semble être abandonné aux enfants (ou plus précisément aux héritiers) lorsque les parents sont décédés. En effet, deux arrêts déjà cités à plusieurs reprises¹⁸¹ reconnaissent aux héritiers le droit de s'opposer à la fixation et à la diffusion de l'image du défunt. Mais la réciproque est sans doute vraie aussi : la solution retenue dans les arrêts précités permet sans doute aux héritiers d'autoriser à leur gré une telle publication.

Cette double prérogative - faculté de s'opposer à la diffusion et faculté d'autoriser la diffusion - inspire méfiance et prudence : comment composer avec la liberté d'information ? Comment gérer les conflits nés du désaccord entre les héritiers ? Comment éviter que la faculté des héritiers d'autoriser la diffusion ne se transforme en un « *droit de péage, c'est-à-dire, finalement, en*

178 F. Cordier, *L'atteinte à l'intimité de la vie privée en droit pénal et les médias*, LC n° 20, 1999/4

179 V. également, X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, p. 131, n° 144 ;

V. également E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2^e édition, p. 211 n° 461

180 Avant que la loi du 15 juin 2000 n'intervienne, l'article 39 bis de la loi du 29 juillet 1881 d'une part, la demande écrite des personnes qui ont la garde du mineur, d'autre part, la demande ou l'autorisation écrite du ministre de l'Intérieur, du préfet du département, du procureur de la République, du juge d'instruction ou du juge des enfants.

Ces solutions créent une rupture avec la conception traditionnelle des droits de la personnalité mais elles se justifient sans doute par la volonté de protection du mineur et par des considérations tenant au maintien de l'ordre public et à la bonne administration de la justice.

181 V. *supra* n° 22 et n° 56

un droit d'exploiter à des fins mercantiles l'image du défunt »¹⁸² ?

Comme le souligne le Professeur Grégoire Loiseau, « *tout ne se monnaie pas et l'image du mort, "ce reflet de reflet"¹⁸³, doit échapper à l'orbe du droit des biens. Mieux vaudrait donc concevoir la faculté laissée aux héritiers, moins comme un droit exclusif sur le sort de l'image du défunt, que comme un devoir de mémoire »¹⁸⁴.*

En conclusion, les personnes - et dans certaines hypothèses, leurs représentants légaux ou leurs ayants-droits - ont une maîtrise sur leur image, un droit de contrôle qui se traduit en droit substantiel par le fait que l'absence de consentement est un élément constitutif de l'infraction. Cette logique trouve le plus souvent un prolongement sur le plan procédural avec l'exigence d'une plainte préalable de la victime.

B] La nécessité d'une plainte préalable de la victime

72. L'EXIGENCE FRÉQUENTE D'UNE PLAINTÉ PRÉALABLE - Le plus souvent, les poursuites sont soumises à une plainte préalable de la victime. Ainsi, l'article 226-6 du Code pénal dispose que dans les cas prévus par les articles 226-1 et 226-2, l'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit. L'article 48 de la loi du 29 juillet 1881 pose une exigence du même ordre concernant la diffamation et l'injure (L. du 29 juillet 1881, art. 48 6°), les images portant atteinte à la présomption d'innocence (L. du 29 juillet 1881, art. 48 7°) et les reproductions des circonstances d'un crime ou d'un délit (L. du 29 juillet 1881, art. 48 8°).

73. UNE CURIEUSE EXCEPTION - Nous pouvons toutefois regretter que la plainte préalable de la victime ne soit pas exigée pour les poursuites de l'atteinte à la représentation de la personne. Puisque la publication d'un montage réalisé avec l'image d'une personne est sans aucun doute une atteinte à la personnalité, la logique aurait voulu que l'article 226-6 soit applicable à l'infraction prévue et réprimée à l'article 226-8 du Code pénal. Ce n'est pourtant pas le cas : l'article 226-9 du Code pénal qui dispose que les articles 226-5 « *et* » 226-7 sont applicables à la section en cause, écarte, par ses termes mêmes, l'application de l'article 226-6 du Code pénal.

Acte volontaire ou simple ou erreur de plume ? Nous accorderons au législateur le bénéfice du doute et considérerons que la conjonction « *et* » a été inopinément substituée à la préposition « *à* »... Cela dit, il serait opportun que le législateur prenne la peine de remédier à cette incohérence et qu'il réécrive le texte. Deux lettres (*e t*) à remplacer par une seule (*à*), et la logique serait ainsi respectée : les poursuites en matière de montage pourraient être soumises à une plainte préalable de la victime, comme la majorité des autres infractions en lien avec la personnalité.

La nécessité d'une plainte préalable de la victime est une preuve supplémentaire de la place centrale accordée à la volonté individuelle en matière de personnalité. Là encore, cela traduit bien la volonté d'accorder à la personne une maîtrise sur son image. Cette exigence procédurale s'explique par ailleurs par la volonté de protéger la victime qui aspirerait au secret et à l'oubli et qui ne

182 G. Loiseau, *Le mort et son image*, JCP 1999 II n° 10044, note sous Crim. 20 octobre 1998 préc.

183 F. Ringel et E. Putman, *Après la mort...* D. 1991, chron. p. 243

184 G. Loiseau, *Le mort et son image*, JCP 1999 II n° 10044, préc.

souhaiterait pas que des poursuites soient engagées, au risque d'aggraver l'atteinte qui a été portée à sa personne.

74. RETRAIT DE PLAINTÉ - Puisqu'il s'agit de prendre en compte le plus largement possible la volonté individuelle, le retrait de sa plainte par la victime a pour effet de mettre fin aux poursuites¹⁸⁵. La plainte préalable de la victime est donc une condition *sine qua non* de la validité des poursuites. Toutefois, selon une jurisprudence récente, des actes d'enquête peuvent toujours être requis *avant* le dépôt de plainte puisque « *l'article 226-6 du code pénal subordonne au dépôt préalable d'une plainte de la victime le seul exercice, par le procureur de la République, de l'action publique, [lequel exercice de l'action publique] suppose la saisine d'une juridiction d'instruction ou de jugement* »¹⁸⁶. Une telle solution s'explique par la nécessité de lutter contre le risque de déperdition des preuves des infractions pénales supposées, mais elle fait en partie échec à l'objectif classique de prise en compte de la volonté individuelle. Il ne s'agit là que d'une première illustration des menaces que fait peser le juge sur la maîtrise accordée par la loi à la personne représentée sur l'image.

§ 2 : Une volonté individuelle menacée par le juge

Depuis 2008, le droit de la presse connaît une évolution sensible dans la mesure où la jurisprudence introduit au titre de la justification de certaines infractions, le caractère d'intérêt général du sujet traité. La jurisprudence en question s'est dans un premier temps développée en rapport avec la diffamation (A), mais elle tend à se répandre sur l'ensemble des infractions de presse et il n'est pas impossible qu'elle soit un jour étendue à certaines infractions du Code pénal en rapport avec l'image de la personne (B).

A] Le caractère d'intérêt général du sujet traité et ses débuts

75. FAITS JUSTIFICATIFS TRADITIONNELS - Traditionnellement, la diffamation connaissait deux faits justificatifs propres que sont l'exception de vérité et la bonne foi. C'est le second fait justificatif qui retiendra notre attention.

76. CRITÈRES DE LA BONNE FOI - Pour caractériser la bonne foi, la jurisprudence exigeait traditionnellement la réunion de quatre critères : l'absence d'animosité personnelle, la légitimité du but poursuivi, la prudence et la mesure dans l'expression et le sérieux de l'enquête. Mais depuis 2008, le fait justificatif de la bonne foi semble être troublé par l'apparition d'une nouvelle notion : *le caractère d'intérêt général du sujet traité*.

77. CARACTÈRE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL - Définir concrètement ce qui relève ou non de l'intérêt général est un exercice périlleux. A vrai dire, tout dépend des faits de l'espèce, laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond. A titre d'illustration, ont un caractère d'intérêt général, les sujets traitant du rachat frauduleux par un organisme bancaire d'une compagnie d'assurance de

185 Crim. 14 janvier 1997, Bull. crim. n° 9

186 Crim. 31 janvier 2012, n° 11-85.464

V. également E. Dreyer, Droit pénal spécial, Ellipses, 2^e édition, p. 210

droit étranger qui a entraîné la mise à la charge de l'État français, et donc du contribuable des sommes considérables¹⁸⁷ ; du traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national¹⁸⁸ ; ou encore de l'histoire du Cambodge¹⁸⁹. Mais le caractère d'intérêt général a également été reconnu à des affaires de portée simplement locale¹⁹⁰.

78. PORTÉE - Au-delà, la question la plus délicate est de savoir si le caractère d'intérêt général du sujet traité participe de la bonne foi et dans quelle mesure, ou s'il s'agit d'un fait justificatif distinct. Malheureusement, le recensement des arrêts de la Cour de cassation ne permet pas d'apporter une réponse claire. Le conseiller à la chambre criminelle Jean-Yves Monfort est lui-même très prudent : « *chose aussi rare que certaines naissances chez les pachydermes dans les zoos, on a assisté ces dernières années à l'apparition d'un nouveau critère de la bonne foi, à moins qu'il ne s'agisse d'une autre unité de mesure de la diffamation et peut-être des autres infractions de presse* »¹⁹¹.

Dans un premier temps, la Cour de cassation semblait utiliser la référence au caractère d'intérêt général du sujet traité pour pallier l'absence de l'un des quatre critères traditionnels de la bonne foi. Autrement dit, par une appréciation globale, la Cour de cassation combinait quelques-uns des critères traditionnels de la bonne foi et le critère de l'intérêt général pour justifier la diffamation.

Seulement, depuis un arrêt du 10 septembre 2013¹⁹², la Cour de cassation rend ses décisions le plus souvent au seul visa de l'article 10 de la Conv. EDH, et non plus au double visa des articles 10 de la Conv. EDH et 29 de la loi du 29 juillet 1881. Cette évolution dans la jurisprudence permet de penser que la Cour de cassation entend s'éloigner des règles traditionnelles relatives à la diffamation et au fait justificatif de la bonne foi qui lui est propre. En d'autres termes, la référence au seul article 10 de la Conv. EDH semble marquer la volonté de la Cour de cassation de faire du critère d'intérêt général du sujet traité, un fait justificatif indépendant de la bonne foi et tiré du seul article 10 de la Convention européenne.

B] Le critère d'intérêt général du sujet traité et ses évolutions

79. INDÉPENDANCE PAR RAPPORT À LA BONNE FOI - Le caractère d'intérêt général du sujet traité tend à devenir un fait justificatif indépendant de la bonne foi ; mais il ne saurait à lui seul justifier l'infraction. Encore faut-il que ce caractère d'intérêt général soit doublé d'une « *base factuelle suffisante* »¹⁹³. Caractère d'intérêt général, base factuelle suffisante... tous ces concepts proviennent du droit européen¹⁹⁴. Le juge français tend à se les approprier pour créer de toutes

187 Crim. 11 mars 2008, Bull. crim. n° 59

188 Crim. 12 mai 2009, CCE 2009 comm. 82, à propos de l'affaire dite des disparues de l'Yonne

189 Crim. 27 avril 2011, Bull. n° 77

190 Crim. 19 janvier 2010, CCE 2010 comm. 52 ; et Crim. 29 mars 2011, CCE 2011 comm. 79

191 J-Y. Monfort, *L'apparition en jurisprudence du critère du débat d'intérêt général dans le droit de la diffamation*, Légipresse, Janvier 2012, p. 21 et s.

192 Crim. 10 septembre 2013, n° 12-81.990

193 Crim. 26 mai 2010, n° 09-87.083 ; Crim. 11 octobre 2011, n° 10-81.078 et n° 10-81.080, CCE 2012 comm. 8 ; Crim. 13 mars 2012, n° 11-85.580 et n° 11-85.582

194 V. CEDH, 29 mars 2001, *Thoma c/ France* ; CEDH 11 avril 2006, *Brasilier c/ France* ; et CEDH, 7 novembre 2006, *Mamère c/ France*

pièces ce qui s'apparente à un nouveau fait justificatif reposant sur le triptyque suivant : caractère d'intérêt général du sujet traité / base factuelle suffisante / proportionnalité.

Si cette innovation était à l'origine cantonnée à la diffamation, elle semble progressivement s'étendre à l'ensemble des infractions à la loi du 29 juillet 1881. On en voudra pour preuve un arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 2011 qui a fait référence au *caractère d'intérêt public* du sujet traité pour justifier l'infraction de l'article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881¹⁹⁵. A cet arrêt, s'en ajoute un autre, paru il y a quelques semaines en rapport avec l'affaire du Mediator. Le Figaro avait publié le 7 février 2012 un article intitulé "Chez Servier, on l'appelait le Merdiator". Cet article comprenait des extraits de procès-verbaux d'audition d'un témoin, lors de la procédure d'instruction ouverte par le TGI de Paris et ayant entraîné la mise en examen de M. Servier et de plusieurs sociétés de son groupe. Les Laboratoires Servier avaient alors assigné en dommages-intérêts, le directeur de la publication, l'auteur de l'article et la société éditrice du journal, sur le fondement de l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881¹⁹⁶. La cour d'appel de Paris les avaient déboutés de leur demande au motif que « *la publication [...] s'inscrivait [...] dans le cadre d'un large débat public préexistant sur la responsabilité des Laboratoires au regard du risque et des conséquences dommageables sur leur santé que le recours au Mediator aurait fait courir à ses utilisateurs et présentait ainsi un intérêt informatif général pour le public* ». Et le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation qui a fait référence au caractère d'intérêt général du sujet traité pour écarter l'application de l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 : « *l'affaire du Médiator avait trait à un problème de santé publique et informer à son sujet revêtait un caractère d'intérêt général* »¹⁹⁷.

80. EXTENSION POSSIBLE À TOUTES LES INFRACTIONS DE PRESSE - Cette jurisprudence peut potentiellement concerner toutes les infractions de presse, et les infractions en rapport avec l'image de la personne n'échapperont probablement pas à son emprise. Cela signifie que toute infraction commise par l'appréhension de l'image d'une personne pourra échapper à la répression chaque fois que le sujet traité présentera un caractère d'intérêt général ou d'intérêt public. En définitive, cette solution revient à retirer à la personne représentée sur l'image le droit de contrôle qui lui était accordé par la loi, chaque fois que le débat présentera un caractère d'intérêt général.

Outre le fait qu'elle neutralise la maîtrise que devrait avoir la personne sur la diffusion de son image, cette solution est également regrettable au regard des principes de droit pénal général. D'abord, le caractère d'intérêt général du sujet traité est apprécié au cas par cas, selon les faits de l'espèce ; ce qui est source d'imprévisibilité et donc, contraire au principe de la légalité. Ensuite, par cette solution, la Cour de cassation s'arroge, une fois de plus, le droit de créer de toutes pièces ce qui s'apparente à un fait justificatif, alors qu'en vertu du principe de légalité, seul le législateur est compétent pour incriminer et neutraliser les incriminations¹⁹⁸.

195 Crim. 7 juin 2011, n° 10-85.179

196 Cet article interdit de publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique.

197 Civ. 1^{re}, 11 mars 2014, n° 12-29.419

198 La jurisprudence a déjà érigé se sa propre initiative plusieurs faits justificatifs : état de nécessité, nécessité des droits de la défense du salarié, bonne foi en matière de diffamation.

81. EXTENSION POSSIBLE AUX INFRACTIONS DU CODE PÉNAL - Par ailleurs, si la jurisprudence continue sur sa lancée, elle pourrait aller jusqu'à s'étendre à certaines infractions du Code pénal. Autrement dit, l'article 10 de la Conv. EDH pourrait alors s'opposer, au nom du droit à l'information, à une condamnation pour atteinte à l'intimité de la vie privée en raison de la publication de l'image d'une personne. Dans le cadre de l'affaire *Mitterrand*, la Cour de cassation avait fait preuve de sagesse et elle avait estimé que les articles 226-1 et 226-2 du Code pénal ne violaient pas l'article 10 de la Conv. EDH, au motif que l'article 10 prévoyait lui-même en son second paragraphe des limites à la liberté d'expression¹⁹⁹. Pour autant, au regard des évolutions jurisprudentielles de ces dernières années, il n'est pas insensé d'envisager que la Cour de cassation puisse un jour reconsidérer sa position.

De telles évolutions, impulsées par la jurisprudence européenne, ne sont pas anodines puisqu'elles sont susceptibles de faire plier la maîtrise jusqu'ici accordée par la loi aux personnes représentées sur les images face à la liberté d'expression. Sans chercher à mettre trop d'obstacles à la liberté d'expression, qu'il nous soit permis de rappeler que l'article 8 de la Conv. EDH protège le droit à la vie privée qui inclut le droit sur l'image et qui mérite qu'on lui accorde la même importance que l'article 10. Nous comptons alors sur le bon sens et la sagacité du juge pour calmer les ardeurs des plaideurs qui pensent que l'article 10 peut permettre de gagner tous les combats impliquant la liberté d'expression. Cela vaut pour le combat liberté d'expression / personnalité ; mais cela vaut également pour le combat liberté d'expression / moralité publique.

199 Crim. 20 octobre 1998, n° 97-84.621

DEUXIÈME PARTIE :

LA PROHIBITION DES IMAGES NOCIVES

Certaines images retiennent l'attention du législateur en ce qu'elles sont susceptibles de porter atteinte à la personnalité des personnes qu'elles représentent. D'autres images, retiennent quant à elle l'attention du législateur en raison de leur nocivité, en raison des atteintes qu'elles portent à la moralité publique. En cette matière, le régime pénal présente deux caractéristiques qu'il conviendra d'apprécier : il s'agit d'un arsenal répressif à géométrie variable (Chapitre 1) et particulièrement lourd (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : UN ARSENAL RÉPRESSIF À GÉOMÉTRIE VARIABLE

Le législateur est parti de l'idée que certaines images pouvaient, en raison des scènes qu'elles montrent, être nocives pour le spectateur ou la société dans son ensemble. A partir de là, il a jugé bon d'intervenir pour incriminer les comportements en rapport avec ces images. Seulement, la tâche s'est avérée délicate en raison de la variabilité des concepts (SECTION I), et le système tel qu'il est conçu aujourd'hui ne permet pas d'identifier avec certitude les objectifs visés en pratique par le législateur (SECTION II).

SECTION I : DES CONCEPTS VARIABLES

.....

Les textes ont longtemps eu recours à la notion de bonnes mœurs ; mais en raison des inconvénients qu'elle présentait, la notion a été abandonnée lors de la réforme du Code pénal (§1), pour laisser place aux notions de pornographie, de violence, de dignité et d'indécence qui, en pratique, présentent les mêmes inconvénients que la notion précédente (§2).

§ 1 : La disparition de la notion de bonnes mœurs

82. HISTORIQUE - L'interdiction des images contraires aux bonnes mœurs est une préoccupation ancienne. La loi du 18 juillet 1791 incriminait déjà « *l'outrage à la pudeur des femmes, par actions deshonnêtes, par exposition ou vente d'images obscènes* ». Depuis, l'incrimination a été modifiée à de nombreuses reprises et elle a oscillé entre le Code pénal et des lois particulières.

En 1810, l'incrimination a été reprise dans le Code pénal à l'article 387 qui visait « *toute exposition ou distribution de chansons, pamphlets, figures ou images contraires aux bonnes mœurs* ». Puis, elle est sortie du Code pour passer dans la loi du 17 mai 1819²⁰⁰ qui punissait en son article 8, « *tout outrage à la morale publique ou religieuse, ou aux bonnes mœurs par l'un des moyens énoncés à l'article 1er de la loi* » parmi lesquels figurait l'image²⁰¹. L'incrimination a ensuite trouvé place à l'article 28 de la loi du 29 juillet 1881 qui, dans sa rédaction initiale, disposait : « *L'outrage aux bonnes mœurs commis par l'un des moyens énoncés en l'article 23 sera puni d'un emprisonnement de un mois à deux ans et d'une amende de 16 francs à 2000 francs. Les mêmes peines seront applicables à la mise en vente, à la distribution ou à l'exposition de dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images obscènes* »²⁰². Cinquante-huit ans plus tard, l'incrimination a été intégrée dans le décret-loi du 29 juillet 1939 dit *Code de la famille*²⁰³. Elle est finalement revenue

200 Loi du 17 mai 1819 sur la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse, ou par tout autre moyen

201 Loi du 17 mai 1819 préc. art. 1^{er} : « *Quiconque, soit par des discours, des cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés, des dessins, des gravures, des peintures ou des emblèmes vendus ou distribués, mis en vente, ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou affiches exposés aux regards du public, aura provoqué l'auteur ou les auteurs de toute action qualifiée crime ou délit à la commettre, sera réputé complice et puni comme tel* ».

202 V. JO, 30 juillet 1881

203 Dr. pén. 1939, 4, 369

dans le Code pénal avec la loi du 15 mars 1957²⁰⁴. Et à la veille de la réforme du Code, les articles 283 et 284 anciens étaient rédigés comme suit :

« Art. 283. Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et 'une amende de 360 F à 30 000 F quiconque aura :

Fabriqué ou détenu en vue d'en faire commerce, distribution, location, affichage ou exposition ;

Importé ou fait importer, exporté ou fait exporter, transporté ou fait transporter sciemment aux mêmes fins ;

Affiché, exposé ou projeté aux regards du public ;

Vendu, loué, mis en vente ou en location, même non publiquement ;

Offert, même à titre gratuit, même non publiquement, sous quelque forme que ce soit, directement ou par un moyen détourné ;

Distribué ou remis en vue de leur distribution par un moyen quelconque,

Tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, photographies, films ou clichés, matrices ou reproductions phonographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs. [...].

« Art. 284. Sera puni des mêmes peines :

Quiconque aura fait entendre publiquement des chants, cris ou discours contraires aux bonnes mœurs ;

Quiconque aura publiquement attiré l'attention sur une occasion de débauche ou aura publié une annonce ou une correspondance de ce genre, quels qu'en soient les termes ».

Nous le voyons, la notion de *bonnes mœurs* a été conservée au fil des réformes successives. Mais malgré les interventions multiples du législatif, le contenu des bonnes mœurs demeurait imprécis (A), de sorte que la notion paraissait de moins en moins adaptée (B).

A] Les bonnes mœurs, une notion imprécise

83. DÉFINITION - Dans le langage courant, la notion de *bonnes mœurs* (par opposition à *mauvaises mœurs*) renvoie au mode de vie d'un individu, à la manière dont il se comporte. En droit, la notion renvoie davantage aux règles de conduite imposées par une certaine morale sociale, comme en atteste d'ailleurs l'étymologie²⁰⁵. Seulement, cette approche très générale ne permettait pas de résoudre toutes les difficultés.

84. DOMAINE - La première difficulté tenait au domaine que couvre la notion de *bonnes mœurs* au sens des textes sus-mentionnés : le contenu des bonnes mœurs devait-il être cantonné à la sphère de la seule morale sexuelle ? Devait-il au contraire être envisagé par référence à la morale dans tous ses aspects et englober « *l'ensemble des bas instincts de l'homme* »²⁰⁶ ?

Les textes originels visaient expressément les *images obscènes*, du latin *obscena* qui signifie *organes génitaux*. Donc, si l'on s'en tient aux textes, c'est la première conception qui devait l'emporter. Et la jurisprudence a suivi cette voie, comme en témoigne un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 7 janvier 1958 qui a défini l'outrage aux bonnes mœurs en le distinguant à la fois de l'apologie du crime, et de la législation sur les publications destinées à la jeunesse.

204 Loi n° 57-309 du 15 mars 1957 qui a décidé que les articles 119 à 126 inclus du décret du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française deviendraient les articles 283 à 290 inclus du Code pénal

205 Du latin *mos* ; au pluriel, *moris*

206 Ph. Conte, *Les outrages aux bonnes mœurs*, in *Liberté de la presse et droit pénal*, PUAM, 1994, p. 186 et s.

En l'espèce, les auteurs et éditeurs d'un livre intitulé *Ça va être ta fête* étaient poursuivis du chef d'outrage aux bonnes mœurs, et condamnés de ce chef en première instance au motif que le livre « d'une valeur littéraire minime, comprenait de nombreuses descriptions de scènes de violence, de cruauté et de tortures dont l'intrigue banale n'était que le prétexte, mais qui, par l'exemple pernicieux qu'elles offrent, étaient bien de nature à porter atteinte aux bonnes mœurs ». Le jugement a été réformé par la cour d'appel de Paris qui a rappelé que le décret-loi du 29 juillet 1939 ne s'appliquait qu'aux publications contraires aux bonnes mœurs et que « cette expression devait être interprétée comme s'appliquant exclusivement aux dessins, images ou livres pornographiques ou de nature à exciter les passions d'ordre sexuel »²⁰⁷. Dès lors que le livre en cause ne se référait qu'à des actes de cruauté n'ayant pas pour but la satisfaction d'instincts sexuels dépravés, les faits ne pouvaient entrer dans la qualification légale d'outrage aux bonnes mœurs.

Une fois le contenu des bonnes mœurs défini, une autre difficulté - et non des moindres - devait être résolue : celle du seuil en-deçà duquel la liberté prime et au-delà duquel l'outrage aux bonnes mœurs est caractérisé. Or, à ce sujet, incertitudes et contradictions ne manquaient pas.

85. CURSEUR - La notion de bonnes mœurs, au même titre que la notion d'ordre public, est extrêmement variable dans le temps et dans l'espace. Ce qui était objet de scandale à une époque donnée est parfois toléré par la société quelques décennies plus tard. La répression de l'homosexualité a disparu en 1982²⁰⁸ pour laisser place à l'inverse à une protection des personnes homosexuelles²⁰⁹ ; l'avortement a fait l'objet d'une dépénalisation partielle progressive²¹⁰ ; l'adultère a lui aussi fait l'objet d'une dépénalisation²¹¹. Et puisque nos développements concernent au premier chef l'image, rappelons également qu'une simple immoralité dans l'esprit du film *Les liaisons dangereuses 1960* avait conduit le maire de Lisieux à en interdire la projection sur le territoire de la commune²¹², alors que vingt cinq ans plus tard, la reprise de ce film, avec cette fois la mise à l'image de scènes sexuelles qui n'étaient que sous-entendues dans la première version, n'a suscité aucun trouble.

On voudra encore pour preuve de cette évolution des sensibilités, la volonté du législateur lui-même de permettre la révision de condamnations prononcées contre des écrivains pour outrages

207 CA Paris, 7 janvier 1958, D. 1958 p. 453

208 Loi n° 82-683 du 4 août 1982 abrogeant l'article 331 alinéa 2 ancien du Code pénal et dépénalisant ainsi les rapports homosexuels avec un mineur âgé de plus de quinze ans

209 V. C. pén. art. 132-77 et art. 225-1 contenant des circonstances aggravantes applicables à certaines infractions lorsque ces dernières sont commises à raison de l'orientation ou l'identité sexuelle de la victime

V. également, en matière civile, Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

210 Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, dite *Loi Veil* ; Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social ; et Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception ;

V. également Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, adopté par le Sénat en deuxième lecture le 17 avril 2014 et dont l'article 5 *quinquies C nouveau* prévoit le remplacement, dans l'article L. 2212-1 du CSP des mots « que son état place dans une situation de détresse » par les mots « qui ne veut pas poursuivre une grossesse ».

211 Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce

V. également D. Mayer, *De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France : en matière de mœurs*, RSC 1989 p. 442 et s.

212 L'arrêté du maire avait toutefois été annulé par le tribunal administratif de Caen, en raison du caractère général et absolu de l'interdiction. V. TA Caen, 20 décembre 1960, *Société des Films Marceau*, D. 1961 p. 25

V. également, M. Gros, *Droit administratif - L'angle jurisprudentiel*, L'Harmattan, 4^e édition, p. 42

aux bonnes mœurs. La procédure a été mise en place en 1946²¹³ et elle a permis à la mémoire de Baudelaire d'être déchargée de la condamnation prononcée près d'un siècle plus tôt en rapport avec *Les Fleurs du Mal*²¹⁴.

En raison de son caractère imprécis et évolutif, la notion de bonnes mœurs paraissait de moins en moins adaptée.

B] Les bonnes mœurs, une notion devenue inadaptée

Certains esprits soutenaient que la variabilité de la notion de *bonnes mœurs* condamnait le principe même d'une incrimination en la matière²¹⁵. D'autres au contraire, notamment les associations familiales, s'inquiétaient de la banalisation de l'érotisme et de la pornographie, et redoutaient le développement d'un commerce fondé sur la pornographie. Ces associations prônaient alors un renforcement des instruments juridiques pour lutter contre ces phénomènes. La jurisprudence, quant à elle faisait preuve d'une grande instabilité, avec des décisions contradictoires. Le recensement des décisions permet d'établir un classement en trois catégories : les *décisions-frein*, les *décisions-accompagnement* et les *décisions-stabilisation*.

86. LES DÉCISIONS-FREIN - La catégorie des *décisions-frein* peut être illustrée par un jugement du tribunal correctionnel d'Orange en date du 19 avril 1950. L'affaire concernait la diffusion d'affiches de spectacle représentant un groupe de *girls*. Au premier plan, était représentée une femme presque entièrement nue, qui portait un cache-sexe de petites dimensions, fixé par quatre rangs de perles, et une étoile à l'extrémité de chaque sein. Le second plan était constitué par un rideau de danseuses, ayant chacune le pied gauche à terre et la jambe droite levée. Une telle image devait-elle être jugée contraire aux bonnes mœurs ? Le tribunal a répondu par la négative, en expliquant que la position des danseuses évoquait la danse, sans suggérer une quelconque scène de débauche et que l'expression du visage des femmes n'avait rien de bestial ou de malsain. Seulement, le tribunal a pris soin de rappeler que « *la mode ne fait pas la justice et que les tribunaux ne sont pas les serviteurs des passions humaines ; [et] que si la notion de bonnes mœurs doit être appréciée en fonction de la moralité publique d'un pays à une époque déterminée, il appartient aussi aux tribunaux de ralentir une évolution des mœurs qu'ils jugent contraire à une morale plus élevée* »²¹⁶. Cette décision témoigne de la volonté de certains juges de ralentir l'évolution (trop) rapide des mœurs²¹⁷. D'autres juges, au contraire, accompagnaient l'évolution des mœurs en se bornant à la constater.

87. LES DÉCISIONS-ACCOMPAGNEMENT - Quelques décisions rendues par la cour d'appel de Besançon ont été remarquées en ce qu'elles contribuaient à accompagner l'évolution des mœurs. La

213 Loi n° 46-2064 du 25 septembre 1946 ouvrant un recours en révision contre les condamnations prononcées pour outrages aux bonnes mœurs commis par la voie du livre

214 Crim. 31 mai 1949, D. 1949 p. 348

215 P. Rolland, *Les contradictions de la censure cinématographique*, D. 1977 p. 320, note sous TGI Paris, 8 novembre 1976

216 TGI Orange, 19 avril 1950, Gaz. Pal. 1950 2. p. 35

217 V. également TGI Paris, 8 novembre 1973, D. 1973 somm. p. 30 ayant soulevé d'office la nullité d'une convention de strip-tease comme contraire aux bonnes mœurs, en vertu de la mission de « *salubrité sociale* » confiée au juge par l'article 6 du Code civil

cour jugea en effet par un arrêt du 29 janvier 1976 que « *la détention en vue de la vente de diapositives pornographiques, qui sont nettement moins suggestives que la projection de films présentant cette caractéristique, ne saurait constituer un outrage aux bonnes mœurs de l'époque à prendre en considération, dont le relâchement était évident et ne pouvait qu'être constaté* »²¹⁸. Quelques années plus tôt, la même cour avait déjà adopté une solution similaire en rapport avec l'implantation des sex-shops²¹⁹. Le tribunal correctionnel de Paris s'est lui aussi fait remarquer en jugeant que le délit d'outrage aux bonnes mœurs n'était pas constitué par le fait de commercialiser une statuette lumineuse se présentant au recto comme une petite silhouette féminine habillée, et au verso comme un phallus en érection²²⁰ ; décision que le Professeur Michèle-Laure Rassat n'hésite pas à qualifier d'aberrante²²¹.

88. LES DÉCISIONS-STABILISATION - A mi-chemin entre les *décisions-frein* et les *décisions-accompagnement*, figuraient les *décisions-stabilisation*, c'est-à-dire des décisions qui se référaient à une voie moyenne et faisaient preuve de conciliation. En atteste, un jugement du tribunal correctionnel de Paris selon lequel « *l'état des mœurs contemporain, sans doute plus libéral, impose le respect de certaines limites que le tribunal a précisément pour mission de ne pas laisser dépasser et qui répondent à un sentiment collectif, réclamant une certaine liberté mais rejetant la licence* ». Le tribunal avait ainsi retenu l'outrage aux bonnes mœurs à propos d'un prospectus composé de dessins représentant des jeunes femmes soit entièrement nues soit présentées munies de divers vêtements, sous-vêtements ou accessoires dont la présence dans le dessin n'intervenait que pour mieux souligner le caractère érotique du graphisme et exciter les instincts sexuels²²². L'idée d'une conciliation est présente également dans un arrêt postérieur rendu par le même tribunal qui estime qu'il faut trouver un juste équilibre entre les vœux des associations de défense de la moralité et les proclamations d'extrémistes turbulents²²³.

Ces diversités d'approches montrent à quel point la notion de bonnes mœurs était variable dans le temps et dans l'espace, et éminemment subjective. Cela avait pour inconvénient de créer de grandes incertitudes, contraires à la légalité ; et une telle situation ne pouvait perdurer. La notion de bonnes mœurs a donc disparu du Code pénal lors de la réforme de 1994 pour laisser place aux notions de pornographie, violence, dignité et indécence.

§ 2 : La consécration des notions de pornographie, violence, dignité et indécence

89. ORIGINE - Si par commodité de langage, les auteurs utilisent toujours la notion de bonnes mœurs ou la notion de morale publique, le Code pénal, lui, les a délaissées.

Le projet de réforme initial avait fait disparaître purement et simplement le délit d'outrage aux bonnes mœurs²²⁴. C'est seulement lors des travaux parlementaires que s'est manifestée la

218 CA Besançon, 29 janvier 1976, JCP 1977 II. 18640

219 CA Besançon, 9 mai 1972, JCP 1973 II. 17305, note Fayard

220 TGI Paris, 30 avril 1974, Gaz. Pal. 1975 I. 29

221 M-L. Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 6^e édition

222 TGI Paris, 12 janvier 1972, Gaz. Pal. 1972 I. 79

223 TGI Paris, 8 novembre 1976, D. 1977 p. 320

224 Le gouvernement de l'époque entendait contraventionnaliser la matière

volonté de maintenir une incrimination en ce domaine. En effet, lors de la première lecture du texte au Sénat, le groupe communiste a présenté un amendement visant à interdire les images de mineurs à caractère pornographique et qui devint l'article 227-23 du Code pénal. Un article additionnel, l'article 227-24, a été adopté à l'issue de la réunion de la commission mixte paritaire pour réprimer la diffusion de productions nocives susceptibles d'être perçues par un mineur.

La réforme du Code pénal a donc maintenu le principe d'une incrimination, mais en délaissant la notion de bonnes mœurs. Les textes visent désormais les images et messages à caractère pornographique, et les messages à caractère violent ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine. Depuis la loi du 14 mars 2011, l'article 227-24 vise également les messages de nature à inciter les mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger ; ce qui n'appelle pas de commentaire particulier à ce stade de nos développements²²⁵.

Par ailleurs, si la réforme du Code pénal a fait disparaître la notion de bonnes mœurs, elle a toutefois conservé la notion de décence, dans le domaine contraventionnel.

Une étude minutieuse des notions de pornographie (A), de violence (B), de dignité (C) et de décence (D) nous amènera à la conclusion que la réforme du Code pénal n'a pas permis de gagner en clarté.

A] La notion de pornographie

90. TEXTES - L'article 227-23 du Code pénal vise « *l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique* », et l'article 227-24 vise le « *message à caractère pornographique* ». Seulement, la loi ne définit pas la pornographie. La définition, ou plutôt les définitions, sont à chercher ailleurs.

91. DÉFINITION GÉNÉRALE - Dans son ouvrage de *Droit du sexe*, M. Francis Caballero propose de définir la pornographie comme la représentation d'actes sexuels avec une totale crudité à des fins d'excitation du public²²⁶. Le juge pénal, quant à lui, évoque « *une représentation grossière de la sexualité blessant la délicatesse et tendant à exciter les sens* »²²⁷. Ainsi entendue, la notion de pornographie est éminemment subjective, tout comme l'était la notion de bonnes mœurs. Donc si l'on s'en tient à de telles définitions, l'incrimination issue de la réforme risque de souffrir des mêmes maux que l'incrimination antérieure à la réforme.

92. RECHERCHE D'UN CRITÈRE OBJECTIF - Pour remédier à l'instabilité de la notion, les juridictions administratives semblent vouloir se référer à un critère objectif, celui des scènes de sexe non simulées. Ainsi, le Conseil d'État a qualifié le film *Baise-moi* de message pornographique, en ce qu'il était « *composé pour l'essentiel d'une succession de scènes de grande violence et de scènes de sexe non simulées, sans que les autres séquences traduisent l'intention, affichée par les réalisatrices, de dénoncer la violence faite aux femmes par la société* »²²⁸. Seulement, au regard des

225 Sur la rupture dans l'incrimination opérée par cet ajout, V. *infra* n° 106

226 F. Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2000, p. 363

227 CA Bordeaux, ch. instr. 2 mars 2010 ; V. Crim 2 mars 2011, n° 10-82.250 rejetant le pourvoi

228 CE, 30 juin 2000, CCE 2000, comm. 95 obs. A. Lepage ; à propos du film *Baise-moi*

termes du Code, le critère des scènes de sexe non simulées ne semble pas adapté en matière pénale.

93. CARACTÈRE INADAPTÉ DU CRITÈRE DES SCÈNES DE SEXE NON SIMULÉES - Si le caractère pornographique d'un message devait dépendre uniquement d'une succession de scènes de sexe non simulées, cela reviendrait a contrario, à autoriser la diffusion des scènes de sexe simulées. Ce qui n'est pourtant pas le cas. On en voudra pour preuve, les termes mêmes du Code pénal. En incriminant à l'article 227-23, le fait de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image d'un mineur présentant un caractère pornographique, le législateur avait essentiellement en vue les films et les photographies représentant des mineurs réels. Seulement, dans son sens le plus large, le mot image désigne aussi bien la photographie et les films que les dessins et les sculptures ; et le mot mineur peut renvoyer aussi bien à une personne humaine qu'à un personnage fictif. Alors, quelle position adopter ? Fallait-il considérer que l'incrimination était cantonnée aux films et aux photographies représentant un mineur personne humaine ? Au contraire, fallait-il étendre l'incrimination à toutes les formes d'images et aux fictions ? Afin de lever toutes les incertitudes, la loi du 17 juin 1998²²⁹ a complété l'article 227-23 qui vise désormais « *l'image ou la représentation d'un mineur* ». Cet ajout n'était peut-être pas indispensable, mais il a le mérite de clarifier la portée de l'incrimination : les fictions entrent dans le champ d'application de l'article 227-23 ; et cela ne fait plus aucun doute²³⁰.

Comme il vient d'être démontré, un film pornographique peut impliquer des personnages fictifs. Or, nous concevons difficilement que des personnages fictifs puissent être acteurs de scènes de sexe non simulées. Par conséquent, le caractère pornographique d'une image ne peut pas dépendre uniquement de l'existence de scènes de sexe non simulées.

En résumé, la succession de scènes de sexe non simulées est un indice permettant de caractériser la pornographie. Mais la réciproque n'est pas vraie : la pornographie peut être caractérisée même en l'absence de scènes de sexe non simulées. C'est dire que la tentative de définition basée sur le critère objectif de l'existence de scènes de sexe non simulées est vouée à l'échec, du moins pour ce qui concerne la matière pénale.

94. NÉGATIVEMENT - A défaut de pouvoir définir positivement et objectivement la notion de pornographie, nous exposerons en quelques propositions ce qu'elle n'est pas. - Première proposition : la pornographie n'est pas l'érotisme²³¹. Il en résulte que la représentation d'actes sexuels dans leur réalité la plus crue, dès lors qu'elle est expurgée de scènes de perversions sexuelles dégradantes, ne devrait pas tomber sous le coup de la loi pénale²³². - Seconde proposition : la pornographie n'est pas caractérisée en présence d'une simple nudité. Les photos de nus d'enfants

Le critère avait déjà été suggéré par le commissaire du gouvernement M. Bruno Genevois selon qui, constitue un film pornographique, le film qui montre une activité sexuelle non simulée, sous réserve que soient pris en compte l'intention du réalisateur, le contenu d'ensemble du film et la qualité de la réalisation.

229 Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

230 Crim. 12 septembre 2007, n° 06-86.763, D. 2008 p. 827 ; rejet du pourvoi formé contre un arrêt d'appel qui avait considéré qu'en application de la loi du 17 juin 1998 qui a étendu l'objet du délit à toute représentation d'un mineur, les images non réelles représentant un mineur imaginaire, telles que des dessins ou des images résultant de la transformation d'une image réelle, entrent dans les prévisions de l'article 227-23 du Code pénal. V. *infra* n° 126

231 Pour l'anecdote : l'écrivain et cinéaste Alain Robbe-Grillet qui refusait toute censure en matière de pornographie *n'hésitait pas à reprendre à son compte la formule d'André Breton : « La pornographie, c'est l'érotisme des autres ».*

232 V. J. Francillon, Code pénal commenté, Dalloz, 1996, p. 512

n'entrent pas dans la définition de l'article 227-23 du moment qu'il ne s'y ajoute rien²³³. De même, les simples photos de nus susceptibles d'être vues par des mineurs n'entrent pas dans la définition de l'article 227-24²³⁴. - Pour le reste, tout est affaire de sensibilités et de degrés... En conclusion, la notion de pornographie issue de la réforme du Code pénal est tout aussi subjective que la notion d'outrage aux bonnes mœurs ; ce qui nuit à la prévisibilité des solutions. Les mêmes reproches peuvent être formulés à l'encontre de la notion de violence.

B] La notion de violence

95. NOUVEAUTÉ - L'article 227-24 incrimine notamment le fait de fabriquer, de transporter ou de diffuser un « *message à caractère violent* », lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Cette référence aux messages à caractère violent est une nouveauté de la réforme de 1994²³⁵. Au même titre que la notion de pornographie, la notion de violence est une notion *ouverte*²³⁶ qui pose en pratique des difficultés d'appréciation non négligeables.

96. INCERTITUDES QUANT AU CONTENU - Qu'est-ce qu'un message à caractère violent ? Qu'est-ce qu'une image à caractère violent ? Faut-il étendre l'incrimination à toutes sortes de brutalités, y compris envers les biens ou les animaux²³⁷ ? Si tel était le cas, cela reviendrait à faire tomber sous le coup de la loi pénale, la majeure partie des images circulant sur internet, à la télévision, dans les journaux ou dans les salles de cinéma ; ce qui constituerait sans doute une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication. Faut-il alors cantonner la répression aux images de violences envers les personnes ? Dans une telle hypothèse, ne faudrait-il pas opérer une distinction entre d'une part, les images représentant des violences individuelles (au sens des articles 222-7 et s. du Code pénal), et d'autre part, les images représentant des violences collectives (attentats, prises d'otages etc), pour ne réprimer que l'une ou l'autre des catégories ? Autant de questions auxquelles la jurisprudence devra apporter des réponses.

97. INCERTITUDES QUANT À L'APPRÉCIATION DU CARACTÈRE VIOLENT - Par ailleurs, le caractère violent de l'image doit-il être apprécié seulement au regard du contenu intrinsèque de cette image ? Ou faut-il aussi prendre en compte l'impact de l'image, c'est-à-dire l'impression de violence que ressent le spectateur ? En toute hypothèse, ne faudrait-il pas également prendre en compte un élément psychologique, à savoir l'état d'esprit de l'auteur de la diffusion, « *afin de vérifier la pureté de ses intentions, sa volonté de profiter ou non de la curiosité malsaine ou morbide du public* »²³⁸ ?

233 V. CA Douai, 16 mai 2007, JurisData n° 2007-337309, relaxant le prévenu au motif que ne présente aucun caractère pornographique, l'image détenue par un père de son fils, nourrisson, représenté nu avec le sexe fictivement grossi par un effet de loupe.

234 Cela dit, les faits pourraient à certains égards constituer une exhibition sexuelle (C. pén. art. 222-32)

235 Auparavant, une publication violente ne constituait pas un outrage aux bonnes mœurs ; V. *supra* n° 84

236 M-L. Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 6^e édition, p. 757

237 A propos des animaux, le droit civil leur reconnaît désormais la qualité « *d'être vivants doués de sensibilité* ». V. Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, adopté par l'Assemblée Nationale le 16 avril 2014 ; art. 1^{er} bis (C. civ. art. 515-14 à venir). Le droit civil rejoint ainsi le droit pénal qui considère implicitement les animaux comme des êtres vivants sensibles en leur réservant une protection particulière (C. pén. art. 521-1 et s., R 653-1 et R 655-1).

238 Ph. Conte, *Les outrages aux bonnes mœurs*, in *Liberté de la presse et droit pénal*, préc. p. 200

98. INCERTITUDES QUANT AU SEUIL DE RÉPRESSION - Le seuil de répression est également une donnée susceptible de varier dans le temps et dans l'espace. Cela dit, compte-tenu de l'état actuel des sensibilités et de la diffusion quotidienne d'images violentes, le seuil à partir duquel les images présentant un caractère violent tombent sous le coup de la loi ne peut être situé qu'à un niveau élevé²³⁹. Ce qui, en pratique, risque d'aboutir à une absence de poursuites en ce domaine, à moins que l'image soit de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine²⁴⁰.

C] La notion de dignité

99. TEXTES ET DÉFINITION - L'article 227-24 du Code pénal vise le message, et donc, l'image « *de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine* ». Une fois de plus, le législateur emploie une notion - *la dignité* - sans la définir. Tout au plus, savons-nous que le *Titre II* du *Livre II* du Code pénal contient un *Chapitre V* intitulé *Des atteintes à la dignité de la personne*, et que figurent dans cette catégorie, les discriminations, la traite des êtres humains, la dissimulation forcée du visage, le proxénétisme et les infractions qui en résultent, le recours à la prostitution des mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables, l'exploitation de la mendicité, l'exploitation de la vente à la sauvette, les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, le bizutage, ou encore les atteintes au respect dû aux morts. Plus largement, il est admis en doctrine que l'atteinte à la dignité renvoie à la négation de la qualité d'être humain. Porter atteinte à la dignité, c'est infliger à une personne un traitement que l'on aurait hésité à infliger à une chose ; c'est réduire la personne à l'état de chose. Cela dit, les contours de la notion de dignité restent particulièrement flous. Par conséquent, en ayant recours à cette notion dans l'incrimination ici étudiée, le législateur crée une imprévisibilité qui à elle-seule est regrettable. Mais la structure grammaticale du texte d'incrimination amplifie encore l'imprévisibilité.

D'abord, le texte vise l'atteinte « *grave* » à la dignité. Une atteinte à la dignité n'est-elle pas nécessairement « *grave* » ? A en croire le législateur, non. Il faudrait alors distinguer d'une part les atteintes graves et d'autre part, les atteintes mineures ou légères ; ce qui peut paraître déplacé. A notre avis, la présence de l'adjectif « *grave* » dans le texte d'incrimination n'est pas la bienvenue puisqu'elle risque de conduire à des distinctions qui n'ont pas lieu d'être. Toute atteinte à la dignité est nécessairement « *grave* » ; et il serait déplacé de prétendre à des distinctions entre des atteintes graves et des atteintes légères à la dignité.

Par ailleurs, le législateur ne vise pas le message portant gravement atteinte à la dignité, mais le message « *de nature à...* », c'est-à-dire *susceptible* de porter gravement atteinte à la dignité. Cette formule laisse perplexe : comment un message, une image, peuvent-ils être « *de nature à...* » porter atteinte à la dignité ? Soit ils n'y portent pas atteinte, soit ils y portent atteinte. Il n'y a pas de juste milieu possible, sauf à prendre en compte l'impact de l'image sur le spectateur, la sensibilité du spectateur, l'émotion que va ressentir tel ou tel spectateur face au message, à l'image. A vrai dire, la formule « *de nature à...* » a probablement été adoptée pour faciliter le travail du juge qui peut alors procéder par affirmation et ainsi faire l'économie de la démonstration d'une atteinte effective à la

239 V. en ce sens J. Francillon, Code pénal commenté, Dalloz, 1996, p. 513

240 Sur l'autonomie (ou l'absence d'autonomie ?) des différentes branches de l'incrimination les unes par rapport aux autres, V. *infra* n° 100

dignité. Le domaine de l'incrimination est donc dans une large mesure imprévisible. Mais au-delà de son domaine, c'est surtout la question de l'autonomie de l'incrimination qui se pose.

100. AUTONOMIE ? - L'article 227-24 du Code pénal vise le message, et donc, l'image « à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ». L'emploi de la conjonction *ou* dans l'article 227-24 montre que dans l'esprit du législateur, le message incriminé peut être simplement violent, ou simplement pornographique, ou simplement susceptible de porter gravement atteinte à la dignité humaine. Seulement, en pratique, il ressort des quelques décisions rendues que lorsque les juridictions constatent des actes dégradants pour la personne humaine, ces actes consistent justement en des violences et des perversions sexuelles²⁴¹. Réciproquement, la diffusion d'images à caractère pornographique et d'images à caractère violent n'est sanctionnée en pratique qu'au-delà d'un certain seuil particulièrement élevé qui tend à rejoindre les atteintes à la dignité. Dès lors, se pose la question de l'autonomie des différentes branches de l'incrimination, les unes par rapport aux autres.

A ce jour, nous manquons de jurisprudence, mais il y a lieu de penser qu'en pratique, les juges substitueront à la conjonction *ou*, la conjonction *et*. Seraient alors seuls sanctionnés, les messages à caractère violent ou pornographique, *et* de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine. Autrement dit, « la jurisprudence pourrait avoir tendance à ériger le caractère attentatoire à la dignité humaine en commun dénominateur des différents messages visés, spécialement pour le message "violent" qui n'est pas suffisamment précisé »²⁴². A toutes ces incertitudes, s'ajoutent encore les incertitudes en rapport avec la notion de décence.

D] La notion de décence

101. TEXTES - L'article R 38-9° ancien incriminait le fait d'exposer ou de faire exposer sur la voie publique ou dans des lieux publics, des affiches ou images contraires à la décence. L'article R 38-10° ancien incriminait quant à lui le fait d'envoyer sans demande préalable du destinataire, de distribuer ou de faire distribuer à domicile ou dans des lieux publics tous prospectus, écrits, images, photographies ou objets quelconques, contraires à la décence. Lors de la réforme du Code, les deux contraventions ont été reprises au sein d'une unique contravention avec quelques différences de rédaction tenant aux modes de perpétration de l'infraction. Les termes *images, affiches, prospectus, écrits, photographies* et *objets quelconques* ont laissé place au terme plus générique de *messages*. En effet, l'article R 624-2 punit désormais d'une amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe, « le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence » (première branche) et « le fait, sans demande préalable du destinataire, d'envoyer ou de distribuer à domicile de tels messages » (seconde branche).

102. NOTION CHANGEANTE - Comme les notions de pornographie, de violence et de dignité, la notion de décence est elle aussi une notion ouverte, subjective, variable dans le temps et dans l'espace. Pour en rendre compte, nous comparerons deux affaires traitées sous l'empire des anciens textes. - Dans la première, une photographie représentant deux jeunes femmes nues et enlacées a été

241 V. par ex. CA Paris, 11 mars 1998, D. 1998 I.R. p. 131

242 Ph. Conte, Droit pénal spécial, LexisNexis, 4^e édition, p. 245

jugée contraire à la décence²⁴³. - Dans la seconde, intervenue seize ans plus tard, il a été jugé qu'une affiche présentant la sortie d'un film et représentant deux jeunes enfants en diabolos dont l'un avait le sexe en érection n'était pas indécente²⁴⁴. A la lecture de ces affaires, transparait immédiatement le caractère évolutif de la notion de décence. Mais mieux encore, la notion de décence couvre des domaines différents selon qu'on se trouve dans la première branche de la contravention ou dans la seconde branche.

103. DOMAINE - Si tout ce qui est indécent n'est pas nécessairement pornographique, tout ce qui est pornographique est nécessairement indécent. Donc, la contravention de l'article R 624-2 est en principe applicable aux messages pornographiques. Toutefois, en pratique, seule la seconde branche de l'incrimination leur sera applicable.

En effet, dans le cadre de la première branche de l'incrimination, il est question d'une diffusion sur la voie publique ou dans les lieux publics. Or, nécessairement, le message diffusé dans ces conditions est susceptible d'être perçu par un mineur. Donc, en pratique si le message indécent est pornographique, c'est le délit de l'article 227-24 qui trouvera à s'appliquer. Autrement dit, dans les faits, la première branche de l'article R 624-2 ne peut concerner que les messages contraires à la décence au sens strict, c'est-à-dire essentiellement les nus. Alors même que les messages pornographiques entrent dans le cadre de l'indécence, ils ne peuvent pas être concernés par la première branche de l'incrimination.

En revanche, dans la seconde branche de l'incrimination, il est question d'envoi à domicile. Or, si l'expéditeur a pris suffisamment de précautions pour que cet envoi ne soit pas accessible à un mineur (envoi nominatif et clos, remise en mains propres, remise contre signature etc), la contravention peut viser à la fois les images indécentes mais aussi les images pornographiques dont la diffusion aux seuls adultes n'est pas réprimée par le délit de l'article 227-24 mais qui entrent manifestement dans le cadre de la décence²⁴⁵.

Au vu de ces différences de domaines, il y a lieu de s'interroger sur la pertinence de la réunion des deux anciennes contraventions en une seule. Mais plus généralement, une constatation s'impose : les choix opérés par le législateur lors de la réforme du Code n'auront pas permis un véritable gain de clarté. Les notions de pornographie, violence, dignité et indécence sont toutes des notions ouvertes et subjectives, comme l'était la notion de bonnes mœurs. « *Le nouveau Code pénal réalise plus une mise à jour qu'une révolution de notre système répressif. C'est (donc) la jurisprudence qui aura le dernier mot, avec, devant elle, la possibilité de tout modifier ou de beaucoup conserver* »²⁴⁶. Si les domaines couverts par les textes manquent souvent de précision et de clarté, il en va de même pour les objectifs poursuivis par le législateur à travers les incriminations en cause.

243 Crim. 26 juin 1974, n°73-92.547, Bull. crim. n° 241

244 CA Paris, 20 avril 1990, Gaz. Pal. 1990. 1. 309 ; et Ph Bertin, *Le sexe du diabolos ou métro, boulot, porno...*, Gaz. Pal. 1990. 1. doct. 296

245 V. M-L. Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 6^e édition p. 759

246 Ph. Conte, *Les outrages aux bonnes mœurs*, in *Liberté de la presse et droit pénal*, préc. p. 209 ; Ph. Conte ajoute, à juste titre : « *Certes, la chambre criminelle se plaît à souligner (avec impartialité) la sagacité et le bon sens des juges (Crim. 16 mars 1959, Bull. n° 190). Peut-on néanmoins, avec tout le respect nécessaire, suggérer que la garantie n'est pas nécessairement à la hauteur des périls ?* »

SECTION II : DES PERSPECTIVES VARIÉES

.....

A première vue, tout porte à croire que le législateur a entendu cantonner la protection face aux images nocives aux seuls mineurs (§1). Cependant, à la réflexion, cette interprétation semble partiellement erronée dans la mesure où, en filigrane, figure la protection de la moralité publique dans son ensemble (§2).

§ 1 : La préservation apparente de la candeur des mineurs

104. TRAVAUX PARLEMENTAIRES - La lecture des travaux parlementaires, notamment du rapport de la commission mixte paritaire²⁴⁷, laisse penser que le mineur est au cœur du dispositif et qu'il est la première personne, voire la seule personne à protéger. La lecture du rapport nous apprend notamment que l'actuel article 227-24 a été adopté à l'initiative du rapporteur de la Commission des lois du Sénat qui souhaitait maintenir une incrimination dans le domaine des mœurs pour permettre « *de poursuivre les Minitels roses [...] aisément accessibles aux... mineurs* ». Le document nous apprend également que le rapporteur de la Commission des lois de l'Assemblée nationale avait exprimé sa « *préférence pour une limitation du champ des délits aux seuls messages destinés aux... mineurs* ». Nous apprenons encore que le nouvel article 227-24 inséré dans le *Chapitre VII* du Code pénal relatif aux atteintes aux mineurs et à la famille, l'a été « *compte tenu de son objet que la commission a décidé de limiter à la protection des seuls mineurs* ». Cette place des incriminations dans le code appelle justement quelques observations.

105. PLACE DES INCRIMINATIONS - Avant la réforme, les articles 283 et suivants figuraient dans un *Chapitre IV* intitulé *Crimes et délits contre la paix publique*. Désormais, les deux principaux textes, les articles 227-23 et 227-24, figurent dans la *Section V* du *Chapitre VII*, intitulée *De la mise en péril des mineurs*. Cette place des incriminations dans le code est révélatrice des nouveaux objectifs et des nouvelles priorités du législateur : à la préservation de la paix publique, serait substituée la lutte contre la mise en péril des mineurs. Cette interprétation est corroborée par la référence faite au mineur au sein même des articles 227-23 et 227-24.

106. RÉFÉRENCE AU MINEUR AU SEIN DES TEXTES - Les dispositions antérieures à la réforme du Code pénal incriminaient l'outrage aux bonnes mœurs quel que soit l'âge du spectateur, la minorité de celui-ci n'étant retenue qu'à titre de circonstance aggravante²⁴⁸. Désormais, l'article 227-24 impose, pour la répression, que les messages nocifs aient été susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur. Cela signifie que la minorité du spectateur, autrefois envisagée comme circonstance aggravante, est devenue élément constitutif de l'infraction principale. Autrement dit, ce qui était auparavant cause d'accentuation de la répression est devenu condition de la répression²⁴⁹. Désormais, est seul réprimé, le message ayant pour spectateur potentiel, un mineur. Il s'agit donc

247 Rapport de MM. Charles Jolibois et Michel Pezet, fait au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 1^{er} juillet 1992

248 C. pén. art. 286 ancien

249 Notons cependant que le message doit simplement avoir été... « *susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* » ; de sorte que la répression n'est pas soumise à la démonstration d'une atteinte effective. L'infraction de l'article 227-24 est une infraction formelle ; V. *infra* n° 130

apparemment d'un recentrage de l'incrimination sur les mineurs. La loi du 14 avril 2011²⁵⁰ a continué dans la même démarche en étendant le champ de l'incrimination aux messages « *de nature à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger* ». Cet ajout tardif qui vise un type de message bien différent des autres rompt l'unité de l'incrimination²⁵¹, mais il marque une fois de plus la volonté du législateur d'opérer un recentrage de la protection pénale autour du mineur.

107. PARENTÉ AVEC LA LOI DU 16 JUILLET 1949 - D'ailleurs, l'allusion faite à deux reprises au mineur dans l'article 227-24 du Code pénal n'est pas sans rappeler les dispositions de la loi du 16 juillet 1949²⁵² selon lesquelles les publications apparaissant comme principalement destinées aux enfants et adolescents ne doivent comporter « *aucune illustration, aucun récit, aucune chronique, aucune rubrique, aucune insertion présentant sous un jour favorable le banditisme, le mensonge, le vol, la paresse, la lâcheté, la haine, la débauche ou tous actes qualifiés crimes ou délits ou de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse, ou à inspirer ou entretenir des préjugés ethniques ou sexistes* », et « *aucune publicité ou annonce pour des publications de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse* »²⁵³. La parenté entre l'article 227-24 du Code pénal et la loi du 16 juillet 1949 est frappante et elle avait d'ailleurs été relevée dans la circulaire du 14 mai 1993²⁵⁴. Donc tout porte à croire que le domaine de la protection pénale est limité aux mineurs.

108. CONSÉQUENCE - Si la protection était effectivement cantonnée aux mineurs, alors, il faudrait considérer que les messages visés par l'article 227-24 du Code pénal ne sont punissables que s'ils peuvent choquer les mineurs. Autrement dit, « *dans les situations visées par ce texte, il serait nécessaire de raisonner non plus en rapport avec la morale des adultes, mais en fonction de la sensibilité plus vive des mineurs, en sorte que, paradoxalement, le texte nouveau, apparemment plus restrictif de ce point de vue, provoquerait à cet égard aussi, un élargissement de l'incrimination* »²⁵⁵. Comme le Professeur Philippe Conte, nous pensons que cette manière de raisonner n'est pas satisfaisante, notamment pour des raisons tenant à ce que sont les mineurs.

La définition du mineur - individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis²⁵⁶ - ne doit pas faire oublier que la catégorie des mineurs est en réalité très hétérogène. Elle regroupe à la fois le nouveau-né, le nourrisson, l'enfant et l'adolescent qui ont chacun des sensibilités différentes en raison de leur âge, de leur vécu, de leur maturité. S'il fallait apprécier le caractère choquant d'un message en raisonnant en fonction de la sensibilité des mineurs, se poserait la délicate question de la détermination du mineur de référence pour cette

250 Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite *Loppsi 2*

251 Comme le souligne le Professeur Philippe Conte, en voulant préserver les mineurs contre un risque physique, et non plus moral, cette variante de l'infraction avait en réalité sa place parmi les infractions qui entendent réprimer la création d'un péril pour l'intégrité corporelle ou pour la vie d'autrui ; V. Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 4^e édition, p. 245

252 Loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse

253 Loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 préc. art. 1 et 2

254 V. Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur

255 Ph. Conte, *Les outrages aux bonnes mœurs, in Liberté de la presse et droit pénal*, préc. p. 196 ; Ph. Conte expose cette thèse pour la réfuter immédiatement.

256 C. civ. art. 388

appréciation.

Par ailleurs, l'analyse consistant à dire qu'il faudrait apprécier le caractère choquant d'un message en raisonnant en fonction de la sensibilité des mineurs semble « *difficilement conciliable avec la différence que sous-entend [l'article 227-24] en matière de sexualité, entre la pornographie et le simple érotisme, qui n'a, semble-t-il, de signification véritable qu'au regard de la morale commune des adultes* »²⁵⁷.

En conclusion, si tout semble plaider en faveur d'un cantonnement du domaine de protection aux seuls mineurs, cette première approche n'est pas entièrement satisfaisante. Il est donc préférable d'analyser les dispositions en cause comme préservant la moralité publique dans son ensemble.

§ 2 : La préservation sous-jacente de la moralité publique

Dans certaines hypothèses, alors même que le mineur est expressément visé par le texte d'incrimination (soit comme sujet de l'image, soit comme spectateur de l'image), c'est en réalité la moralité publique dans son ensemble qui est préservée (A). De manière encore plus évidente, la préservation de la moralité publique est également assurée par d'autres textes qui eux, ne font aucune référence au mineur acteur ou spectateur (B).

A] La préservation de la moralité publique malgré la référence expresse au mineur

109. L'ARTICLE 227-23 - Évidemment, en incriminant les actes en rapport avec les images de mineurs à caractère pornographique, l'article 227-23 du Code pénal protège le mineur représenté sur l'image. L'incrimination a pour effet de faire échapper ce mineur à des situations dont il ne comprend pas forcément le sens et qui peuvent s'avérer traumatisantes pour lui²⁵⁸. Mais la protection du mineur représenté sur l'image n'est qu'indirecte. La *ratio legis* réside en réalité dans la préservation de la moralité publique dans son ensemble. Il s'agit d'éviter une banalisation de telles images ou représentations qui pourrait, le cas échéant, favoriser le développement des atteintes et agressions sexuelles sur les mineurs. Autrement dit, l'article 227-23, associé aux articles 227-25 et suivants qui répriment les atteintes sexuelles sur mineurs de quinze ans, a pour finalité, la lutte contre les réseaux et trafics pédophiles²⁵⁹. C'est d'ailleurs cette philosophie qui explique pourquoi l'article 227-23, lorsqu'il incrimine en son alinéa 2, la diffusion de l'image pornographique d'un mineur, ne distingue pas selon l'âge du spectateur, qui peut donc aussi bien être un enfant qu'un adulte. C'est bien *toute personne* qu'il s'agit de garder à l'écart de telles images ; les objectifs étant de protéger le mineur qui n'a pas à être acteur de ce type de scènes dégradantes pour lui, de protéger "l'innocence" des personnes (adultes et mineures) qui n'ont pas à être spectateurs de telles scènes, et de lutter contre les pulsions déviantes des adultes qui recherchent de telles images.

110. L'ARTICLE 227-24 - La référence faite au mineur dans l'article 227-24 pourrait elle aussi nous amener à penser que le texte ne protège que les mineurs, mais il faut dépasser cette première

257 Ph. Conte, *Les outrages aux bonnes mœurs, in Liberté de la presse et droit pénal*, préc. p. 197

258 V. E. Dreyer, *Droit pénal spécial, Ellipses*, 2^e édition, p. 261

259 V. J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial, Cujas*, 5^e édition, p. 422 ; V. également, M. Véron, *Droit pénal spécial, Sirey*, 14^e édition, p. 255

impression. Certes, les mineurs sont protégés face aux images nocives, mais ils ne sont pas les seules personnes concernées par la protection.

Le texte interdit de fabriquer, transporter ou diffuser certains messages, et donc certaines images, lorsqu'elles sont susceptibles d'être vues par des mineurs. Le texte ne se contente pas d'interdire la transmission aux mineurs ; il interdit la transmission *susceptible* d'atteindre les mineurs. Or, par définition tout message public est susceptible d'atteindre un mineur. Donc, la prohibition posée par l'article 227-24 revient en pratique à interdire la circulation des images nocives sur la voie publique et dans tous les lieux publics accessibles aux mineurs. La manipulation de telles images doit donc désormais s'effectuer dans des lieux prévus à cet effet et dans lesquels peuvent se rendre les personnes majeures en quête de ce type d'images. Autrement dit, de façon plus générale, la circulation des images nocives n'est possible qu'au sein de cercles restreints regroupant des personnes qui sont toutes majeures et qui, a priori, portent toutes un intérêt à ce type d'images²⁶⁰.

Cela a pour effet de protéger non seulement les mineurs mais aussi tous les majeurs qui souhaitent se tenir à l'écart de telles images. C'est donc bien la moralité publique dans son ensemble qui est préservée, malgré la référence faite aux mineurs par les textes. De façon encore plus évidente, la préservation de la moralité publique est aussi assurée par d'autres textes qui eux, ne font aucune référence au mineur.

B] La préservation de la moralité publique en l'absence de référence au mineur

Deux incriminations traduisent clairement la volonté de préserver la moralité publique : l'une est relative à la diffusion de messages contraires à la décence (1) ; l'autre est relative à l'enregistrement et à la diffusion d'images de violence (2).

1.) La diffusion de messages contraires à la décence

111. DISCIPLINE COLLECTIVE - Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner que le législateur sanctionne « *le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence* », et « *le fait, sans demande préalable du destinataire, d'envoyer ou de distribuer à domicile de tels messages* »²⁶¹. Le texte d'incrimination ne fait aucune distinction selon l'âge du spectateur, qui peut donc aussi bien être un majeur qu'un mineur. Il s'agit d'imposer un certain ordre social, une certaine discipline collective ; la transgression de cette discipline collective étant sanctionnée d'une peine contraventionnelle.

112. PEINE CONTRAVENTIONNELLE - Les actes en question sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe. Le choix d'une peine contraventionnelle reflète parfaitement l'esprit de l'incrimination. Nous le savons, les contraventions ont une portée essentiellement pragmatique et disciplinaire, elles sont destinées à sanctionner les écarts de

260 Nous pourrions toutefois imaginer une hypothèse résiduelle dans laquelle l'image nocive aurait circulé au sein d'un cercle de personnes majeures mais qui n'avaient pas toutes consenti à l'échange des images. Dans ce cas, l'article 227-24 serait probablement écarté ; mais la contravention de l'article R 624-2 alinéa 2 pourrait trouver application si l'on considérait par exemple qu'un envoi par mail constitue un envoi à domicile.

261 C. pén. art. R 624-2 ; V. également *supra* n° 101

conduite, les atteintes à l'organisation de la vie sociale au quotidien²⁶². C'est exactement cette finalité que poursuit l'article R 624-2 : « *alors que les messages ne présentent pas de caractère violent, pornographique ou attentatoire à la dignité humaine, leur multiplication ne semble pas acceptable en société : la vulgarité n'est sans doute pas une infraction mais il n'y a pas de raison d'en être fier et de l'imposer à autrui* »²⁶³. Nous le voyons, l'objet de l'incrimination est bien de sauvegarder la moralité publique. C'est d'ailleurs ce qu'avait rappelé la Cour de cassation dans une décision du 26 juin 1976 traitant de la recevabilité d'une constitution de partie civile.

113. CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE - Dans l'affaire sus-mentionnée, un passant s'était constitué partie civile dans la poursuite exercée contre un individu pour exposition sur la voie publique d'images contraires à la décence, et la cour d'appel de Colmar avait déclaré cette action civile recevable. L'arrêt a été censuré par la Cour de cassation qui a estimé que « *la contravention d'exposition sur la voie publique ou dans des lieux publics d'affiches ou d'images contraires à la décence ne lèse que la généralité des citoyens ; que, par suite, elle n'entraîne pas, en principe, un préjudice direct et certain porté à tel ou tel individu* »²⁶⁴. Ce qu'il faut comprendre de cette décision, est que l'objet de l'incrimination n'est pas tant la tranquillité des yeux de tel ou tel individu que la sauvegarde de la moralité publique. Puisque l'incrimination n'a pas pour objet la protection de tel ou tel spectateur individuellement, le spectateur ne peut pas prétendre être directement victime de l'infraction. La Cour de cassation ne nie pas le fait que le spectateur ait pu subir un préjudice. Mais ce préjudice n'étant pas un préjudice direct, il laisse le droit pénal indifférent²⁶⁵.

Indépendamment de ces considérations procédurales qui, à vrai dire, sont assez incertaines²⁶⁶, l'arrêt permet d'illustrer à quel point la prohibition des images nocives s'inscrit dans une logique de sauvegarde de la moralité publique. La préservation de la moralité publique est encore assurée par une incrimination récemment introduite dans le Code pénal, et relative à l'enregistrement et à la diffusion d'images de violence.

2.) L'enregistrement et la diffusion d'images de violence

114. CONTEXTE - La sophistication des téléphones portables qui sont désormais tous équipés d'un appareil photo, la généralisation des smartphones, et le développement des réseaux sociaux, ont fait émerger un nouveau comportement, particulièrement chez les adolescents, qui consiste à filmer et à publier sur internet, des scènes de violences commises sur une personne, en général dans le contexte scolaire. Ce nouveau phénomène a suscité l'émoi de l'opinion publique, il a fait l'objet d'une large médiatisation, et une fois de plus, le législateur, se laissant abuser par ses mauvais réflexes, a souhaité légiférer.

262 *Adde* Sur la spécificité des contraventions par rapport aux crimes et délits, V. Y. Mayaud, Droit pénal général, PUF, 4^e édition, p. 329

263 E. Dreyer, Droit pénal spécial, Ellipses, 2^e édition, p. 286

264 Crim. 26 juin 1994, D. 1975 p. 81, note M. Puech

265 Rien n'empêche pour autant le spectateur de porter son action devant les juridictions civiles.

266 La formule de l'arrêt de cassation contient l'incidente « *en principe* », ce qui peut vouloir dire que dans certaines hypothèses, l'action civile est recevable. A notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer à nouveau sur la question depuis cet arrêt qui, de surcroît, a été rendu sous l'empire des anciennes dispositions du Code pénal.

115. TEXTE - La loi du 5 mars 2007²⁶⁷, symptôme de la *boulimie législative*²⁶⁸, a créé au sein du Code pénal un article 222-33-3 incriminant la pratique dite du *happy slapping*²⁶⁹. L'alinéa 1 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* » ; et l'alinéa 2 ajoute : « *le fait de diffuser l'enregistrement de telles images est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». Laissons de côté le caractère surprenant du domaine de l'incrimination²⁷⁰, et intéressons-nous seulement à l'opportunité d'une telle incrimination : était-elle réellement nécessaire à la protection des victimes des violences faisant l'objet de l'enregistrement... ? Qu'il nous soit permis d'en douter.

116. SUFFISANCE DE LA COMPLICITÉ DE DROIT COMMUN - L'article 222-33-3 alinéa 1 érige l'enregistrement de certaines atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne en acte de complicité de ces infractions. Or, dans la plupart des hypothèses, la complicité de droit commun (C. pén. art. 121-7) est parfaitement en mesure d'appréhender ces actes.

En effet, lorsque l'auteur de l'enregistrement est en même temps celui qui organise l'agression, alors, des poursuites pénales peuvent être engagées du chef de complicité par provocation ou par fourniture d'instructions sur le fondement de l'article 121-7 alinéa 2.

Par ailleurs, même si l'auteur de l'enregistrement n'est pas à l'origine de l'agression, il est possible de retenir sa responsabilité pénale sur le fondement de l'article 121-7 alinéa 1. Expliquons-nous : en principe, l'article 121-7 alinéa 1 relatif à la complicité par aide ou assistance suppose un acte positif²⁷¹ ; et en principe, celui qui a facilité une infraction par simple inaction ou abstention ne peut pas être reconnu complice de l'infraction²⁷². Cependant, la jurisprudence a apporté quelques assouplissements à cette règle de principe, et en pratique, toute inaction qui se présente sous les traits d'un encouragement à l'action est volontiers considérée comme perdant son caractère passif, pour finalement revêtir une portée positive²⁷³. Par exemple, « *il peut se faire qu'à elle seule la présence sur les lieux du prévenu [...] ait eu pour résultat d'accroître l'audace des malfaiteurs ou d'affaiblir la résistance de leur victime. Cette attitude physiquement passive comporte alors une aide psychologique positive et efficace qui équivaut à une participation matérielle au délit et doit*

267 Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance

268 G. Carcassonne, *Penser la loi*, Pouvoirs, n° 114, *La loi*, Septembre 2005, p. 39 : « *BOULIMIE - Les Américains ont inventé une expression - couch potatoe - pour décrire le comportement du téléspectateur continûment avachi devant son poste, qui se gave machinalement de tout ce qui lui tombe sous les yeux ou la main. Notre législateur lui ressemble. [...] Légiférer est devenu un réflexe, souvent conditionné par la télévision. Tout sujet d'un "vingt heures" est virtuellement une loi. Un fait divers, une émotion quelconque, mais aussi un problème tangible provoquent une démanègeaison législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution. On légifère d'abord puis, rarement et seulement si l'on n'a rien de plus rentable à faire, on réfléchit ensuite* ».

269 Les auteurs parlent également de *vidéolynchage*

270 Le texte ne concerne que les violences physiques ou sexuelles, et omet les homicides...

271 Crim. 8 mars 1951, Bull. crim. n° 76 ; Crim 6 septembre 2000, n° 00-80.989

272 Crim. 21 octobre 1948, Bull. crim. n° 242 ; Crim. 27 décembre 1960, Bull. crim. n° 624

273 V. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 4^e édition, p. 437, pour un recensement des décisions dans lesquelles les juges ont retenu la complicité au motif que le prévenu avait un devoir d'intervention et que son inertie devait s'interpréter comme une aide morale, une influence positive dans l'esprit de l'auteur principal.

*être prise en considération au même titre »*²⁷⁴. Et si la simple présence d'une personne sur les lieux peut constituer une assistance morale punissable, *a fortiori*, la même solution vaut lorsque la personne en question possède une caméra entre les mains. C'est d'ailleurs ce qu'a estimé la cour d'appel de Versailles en condamnant du chef de complicité de violences volontaires un élève qui, ayant eu directement connaissance du projet d'un autre élève de frapper un camarade, a accompagné l'auteur et la victime dans un petits bois et a filmé la scène avec son téléphone portable. La cour a estimé que le possesseur du téléphone portable avait ainsi « *incité l'auteur des coups à faire étalage de toute sa force et, en définitive, l'a de nouveau encouragé, ce qui ne peut être autrement analysé que comme une aide morale volontaire »*²⁷⁵.

En conclusion, l'incrimination spéciale du *happy slapping* n'était pas nécessaire puisque la plupart des hypothèses entrent dans le cadre de la complicité de droit commun. Seule une hypothèse y échappe : il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'enregistrement a lieu à l'insu et/ou contre le gré de l'auteur des violences. Dans ce cas précis, la complicité de droit commun ne permet pas de sanctionner l'auteur de l'enregistrement. Mais si le recours au *Livre I* du Code pénal ne permet pas la répression, une issue peut être trouvée dans le *Livre II*.

117. RECOURS POSSIBLE À DES QUALIFICATIONS AUTONOMES - Le *Livre II* du Code pénal et la loi du 29 juillet 1881 contiennent un certain nombre d'incriminations susceptibles de sanctionner la personne qui enregistre et/ou diffuse des images relatives aux atteintes à l'intégrité physique. Nous retiendrons quatre séries de textes, tous déjà évoqués au fil de nos développements : les articles 226-1 et suivants, si la scène se déroule dans un lieu privé²⁷⁶ ; l'article 227-24, si l'enregistrement est susceptible d'être vu par un mineur ; l'article 35 quater de la loi du 29 juillet 1881, si l'enregistrement est réalisé sans l'accord de la victime et porte gravement atteinte à sa dignité ; et en toute hypothèse, l'article 223-6 du Code pénal (délit de non-obstacle à la commission d'une infraction et délit de non-assistance à personne en péril)²⁷⁷. L'insertion dans le Code pénal de l'article 222-33-3 n'est donc pas d'une grande utilité²⁷⁸.

118. UTILITÉ RÉSIDUELLE DE L'ARTICLE 222-33-3 - En pratique, la principale utilité du texte réside dans le quantum des peines qui sera fonction de la violence objet de l'enregistrement et qui dans certaines hypothèses pourra atteindre des sommets particulièrement élevés ; ce qui n'est pas sans plaire à l'opinion publique parfois très (trop ?) répressive²⁷⁹.

274 A. Légal, RSC 1972, p. 376, note sous Crim. 27 octobre 1971

275 CA Versailles, 24 octobre 2006, Juris-Data n° 2006-317110

276 V. A. Lepage, *Les vertus du droit commun, ou le happy slapping sanctionné sans le secours du nouvel article 222-33-3 du Code pénal*, CCE 2007, comm. 137, note sous TGI Versailles, 27 juin 2007, condamnant pour atteinte à la vie privée et non-assistance à personne en danger la personne qui a filmé avec son téléphone portable l'agression de son professeur dans une salle de classe.

277 TGI Versailles, 27 juin 2007, préc.

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

279 En témoigne, cette affaire récente dans laquelle un jeune homme handicapé a été agressé par quatre mineurs qui ont filmé la scène et publié la vidéo sur les réseaux sociaux et à propos de laquelle les internautes réclament « *une peine exemplaire* » (pétition disponible sur https://secure.avaaz.org/fr/petition/Manuel_VALSS_Une_peine_de_prison/?fbss).

119. PRÉSERVATION DE LA MORALITÉ PUBLIQUE - Si l'appréhension du *happy slapping* par la loi du 5 mars 2007 n'a pas réellement contribué à améliorer la protection des victimes de violences, elle a toutefois marqué la volonté du législateur de renforcer la préservation de la moralité publique. En effet, conscient du pouvoir suggestif de l'image, le législateur a souhaité limiter la diffusion d'images de violences qui sont susceptibles de choquer le spectateur ou de faire naître chez lui de mauvaises intentions. En témoignent, l'intitulé de la loi - *Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance* - et l'intitulé du Chapitre V de ladite loi - *Dispositions relatives à la prévention d'actes violents pour soi-même ou pour autrui* - qui mettent tous deux l'accent sur la... *prévention*. Autrement dit, ce qui est en cause dans l'incrimination, ce n'est pas tant les violences que l'image de ces violences. L'idée sous-jacente est que le comportement malsain consistant à enregistrer une agression est contraire à la moralité publique et que pour cette raison, il mérite d'être sanctionné pénalement. La philosophie du système mérite de recevoir approbation, mais les moyens mis en œuvre par le législateur sont contestables.

120. CONCLUSION - Si au cours de nos développements, nous avons tenté de tracer quelques lignes directrices, il nous faut admettre que de nombreuses incertitudes subsistent. D'abord, s'agissant des concepts utilisés par le législateur, la réforme du Code pénal n'aura pas permis un gain de clarté fulgurant. Ensuite, s'agissant des objectifs poursuivis par le législateur, il est souvent difficile de les déterminer avec précision : si la préservation de la moralité publique figure toujours en arrière-plan, pour autant, le législateur n'hésite pas à mettre au premier plan, tantôt le mineur acteur de certaines scènes, tantôt le mineur spectateur, tantôt le spectateur en général, tantôt les victimes de violences et d'infractions sexuelles. Les perspectives adoptées par le législateur varient, s'alternent, se cumulent... Cela laisse planer des incertitudes qui sont d'autant plus embarrassantes que l'arsenal répressif institué en la matière est particulièrement lourd.

CHAPITRE 2 : UN ARSENAL RÉPRESSIF LOURD

Tels qu'il est conçu, l'arsenal destiné à lutter contre les images nocives est particulièrement lourd, du moins sur le papier. Cela se manifeste à la fois dans la rédaction des incriminations (SECTION I) et dans le jeu limité des faits justificatifs (SECTION II).

SECTION I : DES INCRIMINATIONS PROPICES À LA RÉPRESSION

.....

Les scènes représentées sur les images nocives impliquent généralement des personnes. Et l'on pourrait imaginer que les textes imposent, à titre de condition préalable, l'identification des personnes en cause. Ce n'est pourtant pas le cas. Cette indifférence à l'identification d'une personne facilite évidemment la répression (§1). Mais le caractère accentué de la répression se manifeste également par la multitude de comportements incriminés (§2).

§ 1 : Une indifférence à l'identification d'une personne

Dans l'hypothèse où l'image d'une personne humaine est reproduite sur un support, il n'est pas nécessaire que cette personne soit formellement identifiée ou identifiable pour que la répression puisse avoir lieu (A). Mieux encore, la répression peut même être envisagée lorsque la personne représentée n'est pas une personne humaine, mais une personne fictive (B).

A] La répression en l'absence d'identification d'une personne humaine

121. RATIO LEGIS ET CONSÉQUENCE - Si la plupart des textes protecteurs de la personnalité visent l'image d'une personne « *identifiée ou identifiable* »²⁸⁰, à l'inverse, les textes que nous étudions ici font abstraction de cette circonstance. L'explication est la suivante : les incriminations ici étudiées n'ont pas vocation à protéger - ou en tout cas, pas directement - la personne représentée sur l'image dans son individualité. L'enjeu de la répression réside davantage dans la préservation de la moralité publique, dans la protection de « *la généralité des citoyens* »²⁸¹ et dans la protection de la dignité des personnes ; ce qui renvoie à la commune appartenance au genre humain, et non aux intérêts de telle ou telle personne en particulier. Dès lors, la présence d'une personne identifiée sur l'image n'est en rien indispensable à la constitution de l'infraction.

122. ILLUSTRATIONS - Ainsi, les infractions des articles 227-24 et R 624-2, lorsqu'elles sont commises par l'image, peuvent parfaitement être constituées hors la présence d'une personne sur l'image. A titre d'illustration, certains auteurs laissent entendre que les messages à caractère violent visés par l'article 227-24 pourraient inclure les représentations complaisantes d'actes de cruauté commis sur des animaux²⁸². Dans une telle hypothèse, aucune personne humaine victime ne serait représentée sur l'image, et l'infraction serait pourtant constituée.

280 V. par ex. L. du 29 juillet 1881, art. 35 ter, 39 bis et 39 quinquies

281 Crim. 26 juin 1994, D. 1975 p. 81, note M. Puech

282 V. Ph Conte, Droit pénal spécial, LexisNexis, 4^e édition, p. 245

Dans le même esprit, l'article 222-33-3 vise, sans autre précision, les « *images relatives à la commission* » de certaines atteintes volontaires à l'intégrité de la personne. Puisque la *commission* d'une atteinte à l'intégrité physique peut difficilement se concevoir hors la présence d'une victime, il semble que la présence de cette victime sur l'image est indispensable à la condamnation de l'auteur de l'enregistrement. Pour autant, faute d'exigence expresse du texte en ce sens, il n'est pas nécessaire que cette victime soit identifiée ou identifiable.

Toujours dans la même logique, l'article 227-23 du Code pénal vise l'image d'un mineur à caractère pornographique sans exiger que ce mineur soit identifié ou identifiable. La jurisprudence en a d'ailleurs tiré les conséquences, comme en témoigne un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 17 avril 2009²⁸³.

En l'espèce, une jeune fille mineure s'était rendue au domicile d'un garçon en compagnie d'un autre garçon ; l'intention des adolescents étant d'avoir des relations sexuelles à trois. Pendant les relations sexuelles, l'un des garçons avait demandé à l'autre de filmer ses ébats avec la jeune fille afin de montrer la scène à des amis. Les deux garçons avaient alors été poursuivis pour avoir diffusé l'image d'un mineur présentant un caractère pornographique. En première instance, les juges avaient estimé que l'infraction n'était pas constituée, semble-t-il, au motif que les relations sexuelles avaient eu lieu dans la pénombre, que l'image était de mauvaise qualité, et qu'il était donc difficile d'identifier les personnes filmées. La cour d'appel a infirmé le jugement et expliqué que l'obscurité et les difficultés à distinguer la scène sur le film « *ne [faisaient] pas obstacle à la réalité de l'infraction, qui [était] constituée par le fait d'enregistrer une image à caractère pornographique, quelle que soit par ailleurs la qualité de l'image* ». La cour a même fourni au soutien de sa décision un argument d'ordre technique en précisant qu'il « *n'était possible de filmer que si une image était visible dans le viseur de l'appareil* ». D'après la cour d'appel, il n'y avait pas lieu de s'engager, comme l'avaient fait les premiers juges, dans une appréciation des éléments qualitatifs de l'image pour caractériser la matérialité de l'infraction²⁸⁴.

Cette décision de la cour d'appel d'Aix-en-provence est intéressante puisqu'elle permet de rappeler que l'article 227-23 n'exige en rien que l'image représente une personne identifiée ou identifiable. Autrement dit, pour sa constitution, l'infraction suppose simplement une image pornographique d'un mineur ; et peu importe que ce mineur soit identifié ou non.

Mieux encore, les dispositions de l'article 227-23 sont par ailleurs applicables « *aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur* ». L'idée sous-jacente est toujours la même : puisqu'il s'agit de lutter contre la pédopornographie et contre toute forme d'incitation ou de complaisance à l'égard de celle-ci, il est logique que le champ de l'incrimination soit étendu aux images de personnes ayant l'aspect physique d'un mineur. En effet, en pratique, de

283 CA Aix-en-Provence, ch. des mineurs, 17 avril 2009, n° 08/05604, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n° 71, note L. Belfanti et Ph. Belloir. L'arrêt n'ayant pas été reproduit, nous nous basons sur les dires de MM. Belfanti et Belloir.

284 C'est le principe d'interprétation stricte de la loi pénale qui dicte la solution. L'article 227-23 vise le fait « *de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image [...] d'un mineur lorsque cette image [...] présente un caractère pornographique* ». Donc, dès lors que l'existence d'une scène pédopornographique est avérée, le simple fait de pointer l'objectif de l'appareil sur cette scène et de l'enregistrer constitue l'infraction, peu important la qualité de l'enregistrement qui en résulte.

telles images peuvent présenter le même danger que l'image pornographique d'un véritable mineur.

Nous le voyons, le législateur s'en tient à l'apparence et n'accorde que peu d'importance à l'identité véritable de la personne représentée sur l'image. A vrai dire, nous aurions préféré pouvoir affirmer que le législateur n'accorde *aucune* importance à l'identité de la personne. Ce n'est malheureusement pas le cas : l'article 227-23 contient en effet une réserve importante en permettant au prévenu d'établir que « [la] personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image ». Nous ne pouvons que partager le regret exprimé par le Professeur Agathe Lepage face à cette précision qui « sème le trouble, donnant l'impression que le législateur a voulu, maladroitement, couper la poire en deux »²⁸⁵. Si l'objectif poursuivi par le législateur consiste bien dans la préservation de la moralité publique et dans la lutte contre la pédopornographie, si c'est bien l'apparence d'un mineur qui compte, alors, il devrait être indifférent que la personne représentée ayant *l'aspect* d'un mineur soit *en réalité* majeure²⁸⁶.

Malgré cette imperfection, c'est bien l'apparence qui a retenu la faveur du législateur, et cela traduit une fois de plus l'indifférence du droit pénal à l'identité et à l'identification de la personne représentée sur l'image, dès lors qu'il est question de moralité publique. Cela est d'autant plus vrai que depuis la loi du 17 juin 1998²⁸⁷, l'incrimination est également étendue à la « *représentation d'un mineur* », et donc, aux personnes fictives.

B] La répression en présence d'une personne fictive

123. DIFFICULTÉS D'INTERPRÉTATION DU TEXTE ORIGINEL - Au lendemain de la réforme du Code pénal, l'article 227-23 circonscrivait l'élément matériel de l'infraction à « *l'image d'un mineur* ». Seulement, *l'image* est une notion polysémique ; ce qui avait pour effet de soulever une double interrogation. - Première interrogation : fallait-il entendre *l'image* dans son sens le plus strict, c'est-à-dire comme la reproduction d'un objet ou d'une personne par la photographie ou par une technique apparentée (cinéma, télévision, radiologie etc.)²⁸⁸ ? Fallait-il au contraire entendre *l'image* dans un sens plus large, c'est-à-dire comme la représentation d'un objet ou d'une personne non seulement par des procédés d'enregistrement photographique mais également par les arts graphiques ou plastiques (dessin, peinture, sculpture etc.)²⁸⁹ ? - Seconde interrogation : fallait-il entendre *l'image d'un mineur* dans son sens le plus strict, c'est-à-dire comme le reflet d'une personne humaine ? Fallait-il au contraire entendre *l'image d'un mineur* dans un sens le plus large, et y inclure l'image d'un mineur imaginaire ?

Le Sénat s'est saisi du problème en octobre 1997 à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs²⁹⁰. MM. Charles Jolibois et Nicolas About ont chacun défendu un amendement visant à

285 A. Lepage, *QPC et article 227-23 du Code pénal*, CCE 2012 comm. n° 98, sous Crim. 6 juin 2012, n° 12-90.016

286 L'existence de cette réserve pourrait toutefois trouver une explication en rapport avec le principe de la liberté d'expression. V A. Lepage, *QPC et article 227-23 du Code pénal*, préc.

287 Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

288 GDEL, Tome 5, *Image*, p. 5475

289 Le Grand Robert de la langue française, 2^e édition, Tome V, p. 371

290 Projet de loi relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs,

modifier la rédaction de l'article 227-23.

124. L'AMENDEMENT ABOUT - M. About défendit l'amendement n° 80 qui envisageait de rédiger l'article 227-23 comme suit : « *Le fait d'utiliser un mineur, avec ou sans contrainte, dans le but de fixer, d'enregistrer ou de diffuser son image ou sa représentation, lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique [...] est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende* ». Selon M. Nicolas About, ce qui devait justifier l'emprisonnement, ce n'était pas tant la *représentation* en elle-même, que *l'usage* de mineurs réels. Toujours selon M. About, « *le délit [résidait] d'abord dans le traumatisme causé à l'enfant, puis dans l'exploitation, éventuellement commerciale, qui est faite de son image* ». Pour le sénateur, il fallait faire porter la faute « *sur l'utilisation même de l'enfant à des fins pornographiques et non pas sur le seul acte de diffusion de l'image* »²⁹¹. Un tel amendement aurait renversé totalement la *ratio legis* : à la protection de la moralité publique, se serait substituée la protection exclusive des mineurs contre l'exploitation de leur image à des fins pornographiques. En outre, si cet amendement avait été adopté, l'article 227-23 aurait présenté deux inconvénients. D'abord, les poursuites auraient été conditionnées par l'instrumentalisation d'enfants *réels* ; ce qui revenait à exclure du champ d'incrimination, les productions pornographiques mettant en scène des mineurs imaginaires/fictifs. Ensuite, la partie poursuivante aurait été contrainte d'établir non seulement l'existence de la représentation pédopornographique, mais également l'implication de mineurs réels dans la réalisation de cette représentation ; ce qui était susceptible de freiner la répression. Il est donc apparu nécessaire aux parlementaires d'opter pour « *une solution plus commode, mais aussi plus répressive* »²⁹². Ce fut l'amendement Jolibois.

125. L'AMENDEMENT JOLIBOIS - Le rapporteur Charles Jolibois proposait « *d'insérer un article additionnel tendant à réprimer la diffusion de représentations de mineurs à caractère pornographique (par exemple des images virtuelles) en visant à l'article 227-23 du code pénal, non seulement l'image pornographique, mais également la "représentation" pornographique d'un mineur* »²⁹³. L'amendement Jolibois ayant été adopté²⁹⁴, désormais, toute représentation pédopornographique est punissable, que celle-ci implique de vrais enfants ou qu'elle soit purement imaginaire. C'est d'ailleurs ce qu'a confirmé la Ministre de la Justice Elisabeth Guigou dans la circulaire du 1^{er} octobre 1998 :

« L'objet du délit, qui jusqu'à présent était défini comme l'image d'un mineur, c'est-à-dire en pratique la reproduction picturale, photographique ou cinématographique d'un enfant, est étendu à toute représentation d'un mineur. Il peut donc s'agir d'images non réelles représentant un mineur imaginaire, c'est-à-dire des dessins, ou même des images résultant de la transformation d'une image réelle : photo-montage, détournement ou superposition d'images, transformation informatique de

texte de Mme Elisabeth Guigou, déposé à l'Assemblée Nationale le 3 septembre 1997

291 Propos cités dans la note de M. David Lefranc, *De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin animé*, D. 2008 p. 827

292 D. Lefranc, *De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin animé*, préc.

293 Rapport de M. Charles JOLIBOIS, fait au nom de la commission des lois, déposé au Sénat le 22 octobre 1997 (disponible sur <http://www.senat.fr/rap/197-049/197-0494.html#toc102>). Notons au passage l'accent mis par le rapporteur Charles Jolibois sur la nécessité de réprimer « *les images virtuelles* ».

294 Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, art. 17

documents graphiques numérisés ("morphing"), etc »²⁹⁵.

A en croire les termes de la circulaire, l'image devait être entendue, même avant 1998, comme « *la reproduction picturale, photographique ou cinématographique d'un enfant* ». L'image était donc, semble-t-il, déjà entendue dans un sens large incluant non seulement la photographie, mais également la reproduction d'une personne par les arts plastiques (dessin, peinture etc.). Il était donc déjà question de *représentation*, à tout le moins, de *reproduction*. C'est ce qui a amené certains auteurs à écrire que l'ajout du terme *représentation* « *n'était pas forcément utile* »²⁹⁶.

A notre avis, la loi du 17 juin 1998 apporte quand même une nouveauté. Est désormais réprimée, l'image pornographique mettant en scène des personnages purement imaginaires ; ce qui n'était probablement pas le cas auparavant. Expliquons-nous : à en croire la circulaire, l'article 227-23 dans sa rédaction antérieure à 1998 était applicable aussi bien à la reproduction photographique ou cinématographique qu'à la reproduction *picturale* d'un mineur. Seulement, le mineur en question devait être un *vrai* mineur, une personne *humaine*. En revanche, depuis la loi du 17 juin 1998, puisque le texte parle de « *représentation d'un mineur* », il n'est plus cantonné à la reproduction d'un vrai mineur ; il s'étend aussi à la pédopornographie purement imaginaire, aux fictions.

126. JURISPRUDENCE - Le texte dans sa nouvelle rédaction ne donne pas lieu à des applications très fréquentes. La seule affaire véritablement remarquable est relative à la diffusion en France d'un film d'animation japonais à caractère pornographique qui représentait un jeune personnage ayant des relations sexuelles avec trois femmes adultes. L'affaire a été jugée par la cour d'appel de Douai qui a élaboré de toutes pièces un critère permettant de déterminer l'âge d'un personnage de fiction. D'après la cour, pour déterminer la qualité de majeur ou de mineur du personnage, il convient d'examiner ses caractéristiques morphologiques. En l'espèce, la cour d'appel de Douai a retenu la culpabilité des prévenus en affirmant que « *le personnage représenté sur la vidéo-cassette 'Twin Angels - le retour des bêtes célestes - vol. 3' [présentait] incontestablement les caractéristiques d'un jeune enfant, compte tenu, notamment, de sa petite taille par rapport aux personnages adultes qui [l'entouraient], l'absence de signes morphologiques laissant supposer qu'il pourrait s'agir d'un adulte et des traits de son visage le faisant au surplus apparaître comme un très jeune enfant* »²⁹⁷.

Les prévenus soutenaient pour leur défense que le personnage en question, Onimaro, était en réalité une personne majeure, que dans une scène de l'un des épisodes de la série, il était précisé que le personnage était âgé de dix-huit ans, que l'apparence enfantine du personnage s'expliquait par des considérations culturelles, qu'elle s'expliquait également par le style de graphisme adopté²⁹⁸, et que n'importe quel amateur de manga ne se laisserait pas abuser par cette apparence. Aucun de ces

295 Circulaire du 1^{er} octobre 1998, relative à la présentation générale des dispositions de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs (disponible sur http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2009/04/cir_3228.pdf)

296 M-L. Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 6^e édition, p. 746

297 CA Douai, 9^e ch., 30 juin 2006 ; V. Crim.12 septembre 2007, n° 06-86.763, rejetant les pourvois ; Dr. pén. 2007, comm. n° 152, obs. M. Véron ; D. 2008 p. 827, note D. Lefranc

298 Le film d'animation était réalisé dans le style *SD* ("*Super Déformé*") qui aurait apparemment pour conséquence de conférer une allure enfantine à tout personnage, puisque même les adultes et les vieillards présentent des traits arrondis ainsi qu'une petite taille.

arguments n'a été retenu par la cour, pour la simple raison que le droit pénal s'en tient à l'apparence : *en apparence*, compte-tenu de ses caractéristiques morphologiques, Onimaro ne pouvait être perçu que comme un mineur ; d'où la condamnation.

127. FAIBLESSE DE L'ARTICLE 227-23 - Cette solution très sévère invite, au passage, à pointer une faiblesse de l'article 227-23. Rappelons-le, le dernier alinéa de l'article 227-23 énonce dans sa première partie que « *les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur* ». Et dans sa deuxième partie, le texte offre un moyen de défense au prévenu en lui permettant d'établir « *que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image* ». Seulement en pratique, ce moyen de défense n'est pas effectif en toute hypothèse. Dans l'hypothèse de la diffusion de l'image pornographique d'un mineur réel, l'auteur de la diffusion pourra aisément se défendre en fournissant l'acte d'état civil de la personne qui a l'apparence d'un mineur mais qui, en réalité, est majeure. En revanche, dans l'hypothèse de la diffusion d'une représentation pornographique d'un mineur imaginaire, l'auteur de la diffusion ne disposera pas de ce moyen de défense. En effet, par définition, le mineur imaginaire n'apparaît pas sur les registres d'état civil. Il faudrait donc prouver sa majorité d'une autre manière. Seulement, comme en témoigne l'arrêt de la cour d'appel de Douai, les juges refusent de prendre en compte les critères culturels, le graphisme, ou encore le contenu du scénario. Par conséquent, la preuve de l'âge d'un personnage imaginaire devient une preuve impossible. Tout ceci aboutit à une situation fâcheuse puisque le régime juridique de l'article 227-23 est plus rigoureux appliqué à la fiction qu'à des films tournés avec de vraies personnes. Pour cette raison, la situation mériterait d'être confrontée au principe d'égalité dans le cadre d'une QPC²⁹⁹.

Quoiqu'il en soit, l'application de l'article 227-23 aux scènes impliquant des personnages imaginaires³⁰⁰ traduit à nouveau l'indifférence du droit pénal à l'identification de la personne représentée sur la production nocive. Que la personne représentée soit réelle ou imaginaire, qu'elle soit identifiable ou non, cela importe peu. Dès lors qu'il est question de lutter contre la pédopornographie et de sauvegarder la moralité publique, le droit pénal reste totalement indifférent à l'identité et à l'identification de la personne représentée. Seul compte, le caractère attentatoire à la moralité publique. C'est la *ratio legis* qui dicte cette sévérité ; sévérité qui se manifeste également par la multitude de comportements incriminés.

§ 2 : Une multitude de comportements incriminés

128. LISTE ALPHABÉTIQUE - Acquérir, consulter, détenir, diffuser, distribuer, enregistrer, envoyer, exporter, fabriquer, faire commerce, faire exporter, faire importer, fixer, importer, offrir, rendre disponible, transmettre, transporter... La liste des comportements (alternativement) incriminés en rapport avec les images nocives est tellement longue qu'en la lisant nous avons presque l'impression de consulter le *Bescherelle*. Et si cherchons à classer ces verbes, nous obtenons alors trois groupes : 1^{ER} GROUPE : RÉALISATION ; 2^E GROUPE : CIRCULATION ; 3^E GROUPE :

299 A. Lepage, *QPC et article 227-23 du Code pénal*, préc.

300 Nous avons simplement envisagé l'application de l'article 227-23 aux scènes impliquant des personnages imaginaires. Mais le raisonnement est transposable aux infractions des articles 227-24 et R 624-2 : ces textes faisant simplement référence à un « *message* » sans autre précision, ils sont susceptibles de s'appliquer aux fictions.

CONSOMMATION. Mais la métaphore de la conjugaison s'arrête ici. En effet, plutôt que de décliner fastidieusement chacun de ces verbes/comportements, il apparaît préférable d'en piocher certains et de mettre ainsi l'accent sur deux grandes tendances qui s'illustrent parfaitement en rapport avec les images nocives : la tendance à la pénalisation (A), et la tendance du droit pénal à s'implanter sur internet (B).

A] La tendance à la pénalisation

129. L'ALLONGEMENT RÉCURRENT DE L'ARTICLE 227-23 - Constaté le phénomène de *l'inflation législative* est presque devenu une banalité. Le Professeur René Savatier l'aura fait près de quarante années avant nous³⁰¹. Pour autant, le phénomène est tellement accentué en rapport avec les images nocives, que nous nous devons de l'évoquer. En effet, l'article 227-23 relatif aux images pédopornographiques a fait l'objet de nombreuses modifications : la loi n° 98-468 du 17 juin 1998³⁰² a ajouté la référence à la « *représentation* » d'un mineur et a incriminé l'importation et l'exportation ; la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002³⁰³ a incriminé la détention des images ; la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004³⁰⁴ a ajouté une circonstance aggravante tenant à la bande organisée ; la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004³⁰⁵ a incriminé le fait d'offrir les images ou représentations ; et la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006³⁰⁶ a rehaussé les peines et incriminé la tentative.

Par ailleurs, la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007³⁰⁷ a incriminé le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des images ou représentations pédopornographiques. Il s'agit bien d'une infraction d'habitude³⁰⁸, de sorte qu'une seule consultation ne suffit pas à constituer l'infraction. Seulement, à cette hypothèse de la « *consultation habituelle* », la loi n° 2013-711 du 5 août 2013³⁰⁹ a ajouté l'hypothèse de la « *consultation en contrepartie d'un paiement* » qui, elle, est une infraction simple : un acte isolé suffit alors à caractériser l'infraction. La différence de régime entre les deux hypothèses s'explique par l'indulgence du législateur qui considère qu'une consultation isolée peut être le fait d'une erreur ou d'une faiblesse passagère qui ne mérite pas sanction pénale. En revanche, dès lors que la consultation, fut-elle isolée, s'est accompagnée d'un paiement, cela traduit l'intérêt particulier de l'internaute pour ce type de contenus nocifs et mérite une réaction pénale.

La loi du 5 août 2013 a également complété l'alinéa 1 de l'article 227-23 qui incriminait auparavant le fait, *en vue de sa diffusion*, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la

301 R. Savatier, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, D. 1977 chron. p. 43

302 Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, art. 17

303 Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, art. 14

304 Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite *Loi Perben II*, art.6

305 Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 44

306 Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, art. 16

307 Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, art. 29

308 A. Lepage, *Consultation d'images pornographiques de mineurs*, CCE 2012 comm. 20, obs. ss. CA Paris, 22 septembre 2011

309 Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, art. 5

représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique ; ce à quoi il a été ajouté que « *lorsque l'image ou la représentation concerne un mineur de quinze ans, ces faits sont punis même s'ils n'ont pas été commis en vue de la diffusion de cette image ou représentation* ». Cette précision est la bienvenue puisqu'elle permet de faire le lien entre l'incrimination des atteintes sexuelles sur mineurs de quinze ans et l'incrimination de la pédopornographie.

Cet inventaire des nombreux toilettages de l'article 227-23 illustre parfaitement le mouvement de pénalisation à l'œuvre en la matière ; mouvement qui s'est également manifesté par l'incrimination du *happy slapping*³¹⁰ et l'incrimination (maladroite³¹¹) au sein de l'article 227-24 des messages de nature à inciter les mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger. A cela s'ajoute le fait que le délit de l'article 227-24, par son caractère formel, favorise la répression.

130. LE CARACTÈRE FORMEL DU DÉLIT DE L'ARTICLE 227-24 - Le délit de l'article 227-24 issu de la réforme du Code pénal reprend en partie l'ancien délit d'outrage aux bonnes mœurs. Et à ce propos, on écrit souvent que la transition s'est faite dans le sens d'une certaine restriction puisque, contrairement à l'ancien délit d'outrage aux bonnes mœurs qui était consommé indépendamment du public visé, le délit de l'article 227-24 du Code pénal n'est constitué que lorsque le message est « *susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* ». Cela ne fait aucun doute. Seulement, il ne faut pas perdre de vue le fait que le législateur a entendu faire de ce délit, un délit *formel* ; ce qui, *en pratique*, est susceptible de donner au nouveau délit une portée quasiment équivalente à celle du délit antérieur. Deux arguments permettent de s'en convaincre. D'une part, le caractère formel du délit a pour effet de dispenser la partie poursuivante de rapporter la preuve que le message a effectivement atteint un mineur ; ce qui facilite la répression. D'autre part, sur le plan des comportements incriminés, le caractère formel du délit permet de sanctionner non seulement la diffusion délibérée à un mineur mais également l'absence de précautions prises pour éviter l'accès à des mineurs. Ainsi, l'infraction est constituée lorsque la publication en cause n'est pas vendue exclusivement dans des endroits où un contrôle minimal peut être effectué sur les revues, auxquelles peuvent accéder les mineurs, ou encore lorsque la publication est vendue à la criée, pratique qui ne permet pas d'éviter l'acquisition ou la vision de ces journaux par les mineurs³¹².

L'infraction est également constituée lorsqu'une revue consacrée aux jeux vidéos dont les lecteurs sont en grande partie mineurs propose ou offre à ses lecteurs un CD-Rom contenant des images violentes ou pornographiques. Il est vrai qu'en l'espèce, les disques étaient cryptés. Mais pour obtenir les clés de décryptage, il suffisait d'effectuer des manipulations simples, pour un coût modique. Autrement dit, il suffisait pour le mineur de se présenter comme majeur pour accéder aux contenus, par l'intermédiaire d'un serveur télématique, sans aucun contrôle. Par conséquent, les juges ont considéré que l'infraction était constituée³¹³.

L'infraction est encore constituée lorsqu'un enseignant a transféré sur l'ordinateur d'une salle de classe des images pornographiques qu'il savait nécessairement, en raison de l'insuffisance des

310 Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, art. 44

311 V. *supra* n° 106

312 CA Aix-en-Provence, 13° ch., 9 février 1996, Juris-Data n° 1996-040902

313 Crim. 23 février 2000, Bull. crim. n° 85, RSC 2000 p. 639, obs. J. Francillon

précautions et protections existantes - les images étaient simplement enregistrées dans un fichier intitulé "perso" -, accessibles à ses élèves mineurs³¹⁴.

Nous le voyons, les juges font preuve de grande rigueur quant aux précautions à prendre pour rendre impossible l'accès des mineurs à ces messages, notamment lorsqu'il s'agit de sites internet. Les juges estiment qu'il ne suffit pas de dissuader les mineurs par un message d'avertissement (qui provoque d'ailleurs souvent l'effet inverse). Il faut, positivement, les empêcher d'avoir accès aux contenus nocifs. C'est ainsi que dans un arrêt du 2 avril 2002, la cour d'appel de Paris a condamné le gérant de trois sites pornographiques accessibles aux mineurs en estimant que les diverses mises en garde et informations contenues sur la page d'accueil du site ne répondaient pas aux exigences de l'article 227-24 du Code pénal. Le principe est posé par l'arrêt dans les termes suivants : *« l'obligation de précaution s'imposait au diffuseur du message et non au receveur, l'accessibilité aux dites images étant bien le fait de leur commercialisation et non de la carence éventuelle des parents ou de la permissivité ambiante »*³¹⁵. Seulement, en pratique, l'application de ce principe est particulièrement délicate : *« il semble difficile, pour des raisons techniques, de pouvoir faire peser sur le seul émetteur la garantie d'une impossibilité totale d'accès des mineurs aux sites relevant du domaine de l'article 227-24 du Code pénal »*³¹⁶. A notre avis, les parents ont également un rôle à jouer au quotidien dans la préservation des intérêts de leurs enfants. Ils se doivent d'être vigilants.

Quoiqu'il en soit, ces quelques décisions illustrent parfaitement la multitude des comportements incriminés ; et la dernière d'entre elles illustre en outre, la tendance croissante du droit pénal à s'implanter sur internet en riposte aux images illicites qu'il accueille.

B] La tendance du droit pénal à s'implanter sur internet

131. INCIDENCE DES NOUVELLES TECHNOLOGIES - De fait, le développement des nouvelles technologies, notamment d'internet, multiplie les modes concevables de commission des infractions. Au lendemain de la réforme du Code pénal, les images nocives se transmettaient le plus souvent de la main à la main. Aujourd'hui, c'est par le biais de l'outil informatique que ces images se diffusent. Mais les nouvelles technologies ont encore d'autres incidences. Elles favorisent la dissimulation des délinquants grâce à l'anonymat et elles sont propices à une commission des infractions dans un cadre qui dépasse les frontières françaises. Avec internet, la délinquance peut aisément prendre une dimension internationale. Et, conscient de ces réalités, le droit pénal tend de plus en plus à s'implanter sur internet.

132. LES RÉPONSES DU DROIT PÉNAL - La plupart des incriminations font preuve d'une certaine neutralité technologique, de sorte qu'elles s'appliquent aussi bien dans un contexte classique que dans le contexte des nouvelles technologies. Mais ces dernières années, le législateur a manifesté, particulièrement en rapport avec l'incrimination de la pédopornographie, sa volonté de s'implanter sur internet. En témoigne, la loi n° 98-468 du 17 juin 1998³¹⁷ qui a incriminé

314 Crim. 12 octobre 2005, Bull. crim. n° 258

315 CA Paris, 13^e ch., 2 avril 2002, CCE 2002, comm. 111, obs. A.Lepage

316 A. Lepage, *Interdit aux mineurs*, CCE 2002, comm. 111, ss. CA Paris, 13^e ch., 2 avril 2002 préc.

317 Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la

l'importation et l'exportation des images ou représentations et qui permet ainsi d'appréhender les images qui ne font que transiter par le territoire français³¹⁸. En témoignent également, la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007³¹⁹ qui a incriminé le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des images ou représentations pédopornographiques, et la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006³²⁰ qui a érigé en circonstance aggravante, l'utilisation d'un « réseau de télécommunications » (devenu « réseau de communications électroniques » depuis la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007)³²¹.

Nous le voyons, toutes ces mesures sont propices à la répression. Cette sévérité du droit pénal au stade de la constitution des infractions se double d'une rigueur particulière s'agissant de la justification des infractions.

SECTION II : DES FAITS JUSTIFICATIFS ENTENDUS STRICTEMENT

.....

Pour échapper à la répression, les prévenus sont souvent tentés d'invoquer un fait justificatif. Seulement, compte-tenu du caractère nocif des images en cause, les faits justificatifs sont entendus strictement, que ce soit sur le terrain des activités scientifiques et médiatiques (§1), ou sur le terrain de l'activité artistique (§2).

§ 1 : Une activité scientifique et médiatique encadrée

Il est des personnes qui, à l'occasion de l'exercice de leur profession, peuvent être amenées à enregistrer, recenser, consulter ou diffuser certaines images particulièrement choquantes. A leur égard, se pose la question d'une possible justification tirée d'un intérêt scientifique (A) ou de la nécessité d'informer le public (B).

A] Image et intérêt scientifique

133. PRIVILÈGE DU SAVANT - Si certaines images sont prohibées au quotidien en raison de leur nocivité pour le public, elles peuvent néanmoins revêtir un intérêt scientifique non négligeable. Il n'est pas rare de trouver des images indécentes, des images à caractère violent ou des images attentatoires à la dignité humaine dans les traités médicaux ou dans les ouvrages de criminologie. Nocives pour un public non averti, ces images n'en sont pas moins nécessaires à la recherche scientifique. Dès lors, tant en raison de leur objet que du cercle restreint des personnes auxquels ils sont réservés, les travaux purement scientifiques contenant de telles images doivent échapper à la répression.

protection des mineurs, art. 17

318 V. Circulaire du 1^{er} octobre 1998, relative à la présentation générale des dispositions de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs (disponible sur http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2009/04/cir_3228.pdf)

319 Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, art. 29

320 Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, art. 16

321 Il peut toutefois paraître surprenant que cette circonstance aggravante n'ait pas été prévue par le législateur en rapport avec les actes visés à l'article 227-24.

134. PRIVILÈGE ÉTENDU AU DIFFUSEUR - Dans un souci de cohérence, l'éditeur ou le libraire qui diffuse l'ouvrage scientifique doit pouvoir jouir du même privilège. Quelle serait l'utilité d'un tel ouvrage s'il ne pouvait être diffusé ? En principe, la diffusion de l'ouvrage scientifique doit pouvoir échapper à la répression. Mais pour cela, encore faut-il que la publication conserve un caractère scientifique, c'est-à-dire qu'elle soit réservée à un public averti. « *Si donc, dans le dessein d'augmenter la vente et, en réalité, de spéculer sur une curiosité malsaine, [l'éditeur ou le libraire] expose le livre, en ayant soin de l'ouvrir à une page contenant une gravure particulièrement choquante, il commet incontestablement un délit, dont seul, d'ailleurs, il aura à répondre, l'auteur se trouvant entièrement étranger à ce fait de publication* »³²².

135. LIMITE - La justification tirée de l'intérêt scientifique ne joue donc que dans la mesure où la production et la diffusion de l'ouvrage s'inscrivent dans un cadre purement scientifique. Au-delà, le principe de la prohibition reprend toute son ampleur.

Ainsi, l'ouvrage de Nicolas Venette, *De la génération de l'homme ou Tableau de l'amour conjugal* aurait-il pu donner lieu à des poursuites pénales. Nicolas Venette, docteur en médecine, et professeur d'anatomie et de chirurgie entendait faire de cet ouvrage un traité de sexologie. Seulement, ce qui devait être un ouvrage scientifique a en réalité pris la forme d'un « *roman médical, rempli d'erreurs et d'histoires indécentes* »³²³ ; le tout, illustré de figures complaisantes dessinées par l'auteur³²⁴. L'on se souvient d'ailleurs de la réaction de M. Homais, dans *Madame Bovary*, lorsqu'il ramassa l'ouvrage tombé de la poche de Justin :

« - *L'amour... conjugal ! [...] Ah ! très bien ! très bien ! très joli ! Et des gravures !... Ah ! c'est trop fort !*

Homais marcha d'abord de long en large, à grands pas, gardant le volume ouvert entre ses doigts, roulant les yeux, suffoqué, tuméfié, apoplectique. Puis il vint droit à son élève, et, se plantant devant lui les bras croisés :

- Mais tu as donc tous les vices, petit malheureux ?... Prends garde, tu es sur une pente !... Tu n'as donc pas réfléchi qu'il pouvait, ce livre infâme, tomber entre les mains de mes enfants, mettre l'étincelle dans leur cerveau, ternir la pureté d'Athalie, corrompre Napoléon ! Il est déjà formé comme un homme. Es-tu bien sûr, au moins, qu'ils ne l'aient pas lu ? Peux-tu me certifier... ? [...] Ce n'est pas que je désapprouve entièrement l'ouvrage ! L'auteur était médecin. Il y a là-dedans certains côtés scientifiques qu'il n'est pas mal à un homme de connaître et, j'oserais dire, qu'il faut qu'un homme connaisse. Mais plus tard ! Attends du moins que tu sois homme toi-même et que ton tempérament soit fait »³²⁵.

Le caractère scientifique de l'ouvrage n'étant en réalité qu'un prétexte pour diffuser des contenus nocifs, la publication du *Tableau de l'amour conjugal* aurait sans doute pu entraîner une condamnation de l'auteur ou du libraire pour outrage à la morale publique et aux bonnes mœurs³²⁶.

322 M-L. Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 6^e édition, p. 751

323 L-G. Michaud (dir.), Biographie universelle, L-G. Michaud, Libraire-éditeur, 1827, tome 48, p. 135

324 Le *Journal de l'amateur des livres* (cité dans J-J. Darmon, Le Colportage de librairie en France sous le Second Empire, Plon, 1972, p. 94) écrivait par ailleurs « *Mauvais au point de vue de la science puisqu'il fourmille d'erreurs, ce livre l'est encore plus sous d'autres rapports. Répandu à profusion dans les classes les moins instruites, il contribue puissamment à la démoralisation. Les tableaux licencieux qu'il présente, l'emploi des aphrodisiaques qu'il enseigne, les questions de situ et modo, et une foule d'autres tout aussi délicates sur lesquelles il s'étend avec complaisance, tout cela doit faire regretter de voir cet ouvrage au nombre de ceux qu'on fabrique à l'usage du peuple* »

325 G. Flaubert, *Madame Bovary*, Troisième partie, Chapitre II

326 Ce ne fut apparemment pas le cas. La publication du *Tableau de l'amour conjugal* aurait simplement donné lieu à

Les représentations complaisantes ne sont pas les bienvenues dans les travaux scientifiques. La règle vaut également pour les productions destinées à informer le public par l'image.

B| Image et information du public

136. PRINCIPE DE PROHIBITION ET ARTICULATION - Les conciliations sont généralement difficiles, et c'est le cas de la conciliation entre d'une part, la préservation de la moralité publique qui implique la prohibition des images nocives, et d'autre part, la liberté d'information qui implique à l'inverse la diffusion de certaines de ces images. En pratique, il semble que le principe reste celui de la prohibition. Cela dit, en cas d'infraction, une justification tirée du principe de la liberté de l'information est envisageable (1), sans que la liberté de l'information puisse pour autant tout justifier (2).

1.) Une justification envisageable

La loi du 5 mars 2007³²⁷ qui a incriminé l'enregistrement et la diffusion d'images de violence a en même temps inscrit au dernier alinéa de l'article 222-33-3, un fait justificatif spécial à cette infraction. Pour les autres infractions en rapport avec des images nocives³²⁸, la justification pourra toujours être tirée de l'article 10 de la Conv. EDH qui, rappelons-le, est directement invocable devant les juridictions nationales.

137. JUSTIFICATION FONDÉE SUR L'ART. 222-33-3 AL. 3 DU CODE PÉNAL - Le troisième alinéa de l'article 222-33-3 prévoit que « *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 [...]* ». Ce fait justificatif créé par la loi du 5 mars 2007 est dit spécial en ce qu'il est réservé à l'infraction de l'article 222-33-3. A vrai dire, il présente également un second caractère de spécialité qui tient cette fois aux personnes concernées par la justification. En effet, le texte vise l'enregistrement ou la diffusion qui résulte « *de l'exercice normal d'une profession* » ; ce qui signifie que le texte ne joue qu'au bénéfice des professionnels de l'information. On peut voir dans cette disposition une certaine méfiance du législateur à l'égard du simple particulier qui, parce qu'il dispose d'un smartphone et d'un accès internet, pense pouvoir s'improviser journaliste et se croit autorisé à publier toutes sortes de contenus nocifs en ligne. Cette méfiance du législateur est justifiée. Seulement, on peut nier le fait que bien souvent, les simples particuliers sont les premiers témoins des événements d'actualité et que les scènes qu'ils enregistrent peuvent se révéler très utiles³²⁹. Or, tel qu'il est rédigé, l'article 222-33-3 alinéa 3, dans sa première partie, ne joue pas à leur égard. Cela dit, pour les particuliers, la deuxième partie de l'article 222-33-3 alinéa 3 pourra éventuellement prendre le relais. Le texte dispose dans sa deuxième partie qu'il n'est pas applicable

une condamnation du libraire Le Bailly à une amende de mille francs pour vente de livres sans nom ni adresse d'imprimeur. Le Bailly a bien été poursuivi en 1862 pour outrage à la morale publique et aux bonnes mœurs, mais les poursuites n'avaient apparemment aucun lien avec la publication de l'ouvrage de Nicolas Venette ; elles étaient relatives à la publication d'un autre ouvrage intitulé *Chansons badines et joyeuses par Piron, Collé, Panard, Gallet et autres auteurs*. V. J.-J. Darmon, *Le Colportage de librairie en France sous le Second Empire*, préc. p. 79.

327 Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance

328 On songe essentiellement à l'infraction de l'article 227-24 du Code pénal

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

lorsque l'enregistrement ou la diffusion « *est réalisé afin de servir de preuve en justice* ». Donc en pratique, le particulier qui enregistrerait ou diffuserait les images en question pourrait bénéficier de l'impunité s'il arrivait à prouver son intention de servir les intérêts de la justice. Cela ne sera pas sans soulever quelques difficultés probatoires (on ne sonde pas les reins et les cœurs...³³⁰) mais c'est peut-être la solution la plus commode pour lutter efficacement contre l'utilisation abusive des nouvelles technologies par des personnes qui ne font que rechercher une scène publique sur laquelle ils peuvent exprimer leur sadisme ou brandir ce qu'ils considèrent comme des trophées.

En l'état actuel du droit, le fait justificatif de l'article 222-33-3 n'est réellement efficace qu'à l'égard des professionnels du journalisme et il n'opère justification que pour l'infraction prévue et réprimée par l'article 222-33-3. Dans les autres hypothèses, c'est sur le fondement de l'article 10 de la Conv EDH qu'une justification pourra être envisagée.

138. JUSTIFICATION FONDÉE SUR L'ART. 10 DE LA CONV. EDH - Selon l'article 10 de la Conv. EDH, « *toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière* ». Et la Cour européenne opte pour une conception large de cette liberté d'expression, comme en témoignent les termes de l'arrêt *Handyside* : « *La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels [d'une société démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population* »³³¹.

De même, dans l'affaire *Jersild*, la Cour européenne rappelle que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et que « *les garanties à accorder à la presse revêtent donc une importance particulière* ». Dans cette affaire, un journaliste avait invité des jeunes aux attitudes racistes à participer à un entretien télévisé, et il avait été condamné par les juridictions nationales pour complicité du fait de la diffusion de propos racistes au cours de l'émission télévisée. La Cour européenne conclut à une violation de l'article 10 de la Conv. EDH. Selon la Cour, les reportages d'actualité axés sur des entretiens, mis en forme ou non, représentent l'un des moyens les plus importants sans lesquels la presse ne pourrait jouer son rôle indispensable de chien de garde public. La Cour d'ajouter que « *sanctionner un journaliste pour avoir aidé à la diffusion de déclarations émanant d'un tiers dans un entretien entraverait gravement la contribution de la presse aux discussions de problèmes d'intérêt général et ne saurait se*

330 Adde Y. Mayaud, enseignement de droit pénal général dispensé dans le cadre du Master 2 Droit pénal et sciences pénales de l'Université Panthéon-Assas : « *L'intention ne se livre pas d'elle-même, elle échappe au mortel. Seul Dieu peut en connaître les profondeurs. Cette réalité est fort bien chantée dans les Saintes Écritures, particulièrement dans le Psaume 7, Verset 10 : "Mets un terme à la malice des méchants et affermis le juste, toi qui sonde les cœurs et les reins, Dieu juste !" Le cœur, objet du sondage est l'organe de la vie interne ; les reins, organes cachés, sont également considérés comme le siège des passions, des pensées secrètes, des sentiments. Le cœur et les reins désignent dans le langage biblique l'intérieur de l'être humain, cet intérieur impénétrable, insondable, sauf par Dieu lui-même. Le Psaume est depuis longtemps récupéré à des fins autres que la louange de Dieu. Le psaume est aujourd'hui l'assise d'une vérité qui s'est en quelque sorte vulgarisée, d'une vérité devenue maxime partagée par tous, croyants ou non et destinée à manifester la difficulté de rentrer dans la pensée humaine, donc dans l'intention. On dit volontiers qu'il est impossible de sonder les reins et les cœurs* ».

331 CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, § 49

concevoir sans raisons particulièrement sérieuses »³³².

Nous le voyons, dans le domaine de la presse, la Cour européenne se montre particulièrement favorable à la liberté d'expression et reconnaît une valeur essentielle au droit à l'information dès lors que le sujet présente un caractère d'intérêt général³³³. Seulement, la presse écrite et télévisée s'alimente de plus en plus de scènes de violences et d'actes dégradants pour la personne humaine, et la presse tend parfois à privilégier l'information spectacle sur toute autre considération. Par conséquent, des limites s'imposent.

2.) Une justification limitée

La permission de la loi tirée du principe de la liberté de l'information ne saurait tout justifier, que l'on soit sur le terrain de l'article 222-33-3 du Code pénal ou sur le terrain de l'article 10 de la Conv. EDH.

139. SUR LE TERRAIN DE L'ARTICLE 222-33-3 DU CODE PÉNAL - Le bénéfice de l'immunité prévue à l'article 222-33-3 du Code pénal n'est pas absolu. Si les images de violence ont été enregistrées et diffusées dans un souci d'information du public, les dispositions de l'article 222-33-3 ne seront pas applicables au professionnel du journalisme. En revanche, toutes les autres dispositions pénales lui restent applicables, notamment les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 (art. 35 quater, 39 bis, et 39 quinquies).

140. SUR LE TERRAIN DE L'ARTICLE 10 DE LA CONV. EDH - De même, sur le terrain de l'article 10 de la Conv. EDH, le principe de la liberté de l'information ne saurait tout justifier, notamment si les images diffusées ne sont pas absolument indispensables à la compréhension de l'événement présenté. On en voudra pour preuve, deux décisions rendues à propos de reportages parus respectivement dans les numéros 37 et 38 du magazine *Entrevue*. Le premier reportage, intitulé *Japon : Lolita Business* était constitué d'interviews de personnes prétendument concernées par le phénomène de l'attirance que l'on prête aux japonais envers les très jeunes filles, et il était illustré par des clichés censés les représenter, dont certains montraient des adolescentes dans des poses très suggestives. Le second reportage, du même type que le premier, et intitulé *Les trottoirs de Fortaleza*, était constitué d'interviews de personnes prétendument concernées par le phénomène de la prostitution enfantine au Brésil, et il était illustré par des photographies les représentant.

Dans les deux affaires, les juges ont retenu la culpabilité du directeur de la publication (en qualité d'auteur), et des auteurs des reportages (en qualité de complices), sur le fondement des articles 227-24 et 227-29 du Code pénal. Les deux décisions sont rédigées dans des termes très proches ; la première, affirmant que « *les textes et photographies litigieux ne se présentent pas comme le compte-rendu objectif d'un mode de vie, ou comme une enquête sur un phénomène de société dans un pays étranger, mais comme une mise en scène complaisante relevant du voyeurisme, d'un certain nombre de perversions et de déviations sexuelles prêtées aux japonais* »³³⁴ ; la seconde affirmant que « *la photographie et les textes litigieux ne constituent pas*

332 CEDH, 23 septembre 1994, *Jersild c/ Danemark*, § 35

333 *Adde* Nous avons déjà eu l'occasion de montrer à quel point les juridictions nationales reprenaient à leur compte ce critère tenant au caractère d'intérêt général du sujet traité pour justifier les infractions de presse ; V. *supra* n° 75 et s.

334 TGI Paris, 12 juin 1997, RSC 1998 p. 575, obs. Francillon ; Légipresse n° 148, 1998 III-3, note Chamagne

une information objective sur la réalité de l'existence menée par les enfants victimes de la prostitution au Brésil, ou comme une enquête invitant les lecteurs à la réflexion, mais comme la présentation complaisante, relevant du voyeurisme, d'un drame touchant des milliers d'enfants »³³⁵.

En d'autres termes, si la présentation des phénomènes avait été neutre, sobre, objective, dépourvue de détails scabreux, la liberté de l'information aurait pu s'épanouir pleinement. Seulement, en l'espèce, la présentation des phénomènes était d'une telle légèreté qu'elle ne pouvait être excusée par la nécessité d'informer le public. Si la liberté d'expression doit prendre une place importante dans une société démocratique, elle ne doit pas pour autant s'exercer sans limite³³⁶. Elle doit se concilier avec d'autres impératifs, notamment la préservation de la moralité publique. Et c'est cette même raison qui justifie les solutions retenues en rapport avec les activités artistiques.

§ 2 : Une activité artistique doublement contrôlée

L'activité artistique - et plus particulièrement, les productions cinématographiques - font l'objet d'un double contrôle relevant d'une part, des autorités administratives (A) et d'autre part, du juge pénal (B).

A] La police du cinéma entre les mains des autorités administratives

141. VISA D'EXPLOITATION - Conformément à l'article L 211-1 du Code du cinéma et de l'image animée³³⁷, toute bande-annonce et tout film (français ou étranger, de court ou de long métrage) ayant vocation à être produit publiquement doit obtenir un visa d'exploitation. À cet effet, le film doit être présenté préalablement à la Commission de classification des œuvres cinématographiques qui le visionne intégralement et rend un avis sur la classification que ce film mérite. Il appartient ensuite au Ministre chargé de la Culture de délivrer le visa d'exploitation qui procède dans le même temps à la classification du film.

142. CLASSIFICATIONS - La matière est très largement régie par le décret n° 90-174 du 23 février 1990³³⁸. Jusqu'en 2001, ledit décret prévoyait en son article 3, cinq classifications différentes : film tous publics ; film interdit aux moins de douze ans ; film interdit aux moins de seize ans ; film interdit aux moins de dix-huit ans après inscription sur la liste X prévue à l'article 11 de la loi n° 75-1278 du 30 décembre 1975³³⁹ pour incitation à la violence ou en raison du caractère pornographique ; et film totalement interdit. En apparence satisfaisant, ce système présentait tout de même une faille. En effet, le décret ne prévoyait pas d'autre interdiction de représentation aux mineurs que l'inscription sur la liste X. Cela signifie qu'en pratique, lorsque l'autorité administrative souhaitait interdire un film aux mineurs, la seule façon d'y parvenir était d'inscrire le film sur cette liste. Or, le régime qui découle de l'inscription sur la liste X est particulièrement sévère puisque les

335 TGI Paris, 12 septembre 1997, RSC 1998 p. 575, obs. Francillon ; Légipresse n° 148, 1998 III-3, note Chamagne.

Jugement confirmé par CA Paris, 11 mars 1998, D. 1998 I.R. p. 131

336 Conv. EDH, art. 10§2

337 Ce texte remplace l'ancien article 19 du Code de l'industrie cinématographique abrogé au 26 juillet 2009

338 Décret n° 90-174 du 23 février 1990 pris pour l'application des articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques

339 Loi n° 75-1278 du 30 décembre 1975 de finances pour 1976

films concernés sont soumis à des mesures financières et fiscales pénalisantes et ils ne peuvent être exploités que dans des salles spécialisées devenues très rares. Cette faiblesse du texte a été mise en évidence par le Conseil d'État dans un arrêt en rapport avec le film *Baise-moi*³⁴⁰ qui a fait énormément parler de lui tant dans les revues juridiques que dans les revues de cinéphiles³⁴¹. Le Conseil d'État a été entendu puisque la lacune a été comblée par le décret n° 2001-618 du 12 juillet 2001³⁴² qui a créé un visa d'exploitation comportant l'interdiction de la représentation aux mineurs de dix-huit ans, indépendamment d'une inscription sur la liste X. Cette sixième classification a été insérée à l'article 3 du décret du 23 février 1990 avant d'être déplacée dans un article 3-1 créé à cet effet par le décret n° 2003-1163 du 4 décembre 2003³⁴³.

143. CONCOURS DE POLICES - Pour faire simple, soit le film est totalement interdit, soit le film se voit accorder un visa (avec ou sans restriction). Évidemment, si le film est totalement interdit, il ne peut faire l'objet de représentations publiques. A l'inverse, en cas de visa (avec ou sans restriction), le producteur pourrait légitimement penser que la projection du film s'effectuera sans obstacle. Ce n'est pourtant pas le cas. La police du cinéma est susceptible d'entrer en concours avec le pouvoir de police administrative générale dont dispose chaque maire sur le territoire de sa commune³⁴⁴. Autrement dit, le maire, responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, peut parfaitement interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film auquel le visa ministériel d'exploitation a été accordé³⁴⁵. L'on voit alors la « *précarité du visa ministériel* »³⁴⁶. Et ce sentiment de précarité s'accroît encore lorsqu'on sait qu'à la possibilité d'interdiction d'un film dans le cadre local, s'ajoute une autre interdiction, qui elle, est d'ordre pénal.

B] La possibilité de sanctions pénales malgré l'obtention d'un visa d'exploitation

144. AUTONOMIE DU DROIT PÉNAL - Aussi rares soient-elles, des poursuites pénales peuvent être engagées en raison de la diffusion de tel ou tel film, et les personnes poursuivies peuvent être tentées d'invoquer comme fait justificatif le visa d'exploitation accordé par le Ministre de la Culture.

A vrai dire, la jurisprudence s'est surtout développée à propos des affiches de cinéma qui jusqu'en 2008 étaient elles aussi soumises au contrôle de la Commission de classification et devaient, au même titre que le film, obtenir un visa³⁴⁷. L'argument des prévenus - ou plutôt, *les*

340 CE, 30 juin 2000, CCE 2000, comm. 95 ; obs. A. Lepage, *Classé X parce qu'excessif*

341 *Adde* A. Lepage, *Interdiction aux moins de dix-huit ans : le législateur a entendu le Conseil d'État*, CCE 2001, comm. 107 ; et A. Lepage, *Suite et fin de l'affaire "Baise-moi"*, CCE 2002 comm. 148 ; V. également *infra* n° 145

342 Décret n° 2001-618 du 12 juillet 2001 modifiant le décret n° 90-174 du 23 février 1990 pris pour l'application des articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques

343 Décret n° 2003-1163 du 4 décembre 2003 modifiant le décret n° 90-174 du 23 février 1990 pris pour l'application des articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques

344 CGCT, art. L 2212-1 et s.

345 CE, 23 février 1966, JCP 1966 II. 14608

346 R. Lindon, JCP 1975, II. 18011, note ss. Crim. 26 juin 1974

347 L'article 6 du décret n° 90-174 du 23 février 1990 - et avant lui, l'article 6 du décret n°61-62 du 18 janvier 1961 - soumettaient en effet le matériel publicitaire à un visa préalable de la commission de classification. Mais l'article 6 a été abrogé par le décret n° 2008-1014 du 1^{er} octobre 2008 relatif à la classification des œuvres cinématographiques. Donc, depuis le décret du 1^{er} octobre 2008, les affiches n'ont plus, à la différence des films dont elles font la promotion, à obtenir impérativement le visa de la Commission de classification avant d'être placardées. En

arguments - tirés de l'obtention du visa ont systématiquement été repoussés par les juridictions pénales. Quels étaient les arguments ? Le premier consistait à dire que le visa pouvait s'interpréter comme un commandement de l'autorité légitime³⁴⁸ ; ce à quoi les juridictions pénales ont immédiatement répondu que « *le visa n'était rien d'autre qu'une autorisation administrative, exempte de tout caractère impératif et ne pouvant, dès lors, être assimilée à un commandement de l'autorité légitime* »³⁴⁹. Le second argument était de dire que le visa opérait comme une permission de la loi³⁵⁰. Cet argument était lui aussi voué à l'échec. En effet, la justification tirée de l'ordre de la loi ne peut pas aller jusqu'à couvrir ce qui ne s'inscrit pas dans la hiérarchie des normes pénales. De ce fait, un acte administratif ne peut pas avoir pour effet de vider la compétence répressive du juge judiciaire. L'argument des prévenus a donc été systématiquement repoussé : « *le principe de séparation des pouvoirs s'oppose à ce qu'une autorisation administrative relève le juge répressif du devoir qui n'incombe qu'à lui d'appliquer la loi pénale* »³⁵¹. La solution ne peut qu'être approuvée puisqu'une solution contraire reviendrait à déjouer le principe de la légalité, dont le respect est incompatible avec la moindre neutralisation du droit pénal par le pouvoir exécutif³⁵².

La jurisprudence développée à propos des affiches de films peut évidemment être étendue aux films eux-mêmes. La Cour de cassation a ainsi admis que le classement des films X et le cantonnement de leur diffusion à des salles spécialisées, n'interdisait pas de poursuivre les producteurs, distributeurs ou diffuseurs sur le fondement de l'article 283 ancien du Code pénal, afin de sanctionner les films qui, « *essentiellement consacrés à la représentation minutieuse de violences et perversions sexuelles, dégradantes pour la personne humaine, font outrage aux bonnes mœurs* »³⁵³. Par transposition, la même solution doit désormais être adoptée lorsqu'un film classé X présente l'un des caractères visés à l'article 227-24 du Code pénal et est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

Nous le voyons, la classification retenue par les autorités administratives ne lie pas le juge pénal qui garde toute son autonomie³⁵⁴. Pour autant, la classification n'est pas totalement inutile. D'abord, elle garde un effet non négligeable sur le plan administratif en servant une politique de prévention. Ensuite, elle apporte au juge pénal des indices importants sur la nature des images en cause. « *Mais la décision appartient au juge lui-même, qui ne saurait être lié par la moindre antériorité à ce titre, et dont la souveraineté ne supporte aucune ascendance autre que celle de la loi* »³⁵⁵.

revanche, le Jury de déontologie de la publicité (JDP) ou l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) peuvent en demander le retrait, à certaines conditions.

348 C. pén. art. 327 ancien, et art. 122-4 al. 2 nouveau

349 Crim. 26 juin 1974, D. 1975 p. 81 note M. Puech ; JCP 1975 II. 18011 note C. Geffroy

350 C. pén. art. 327 ancien, et art. 122-4 al. 1 nouveau

351 Crim. 26 juin 1974 préc. ; V. également Crim 1^{er} juin 1965, D. 1965 p. 667 ; Trib. pol. Cambrai, 13 décembre 1961, JCP 1962 II. 12541 ; et Trib. pol. Lyon, 9 décembre 1966, Gaz. Pal. 1967 I. 116

352 V. Y. Mayaud, *L'incidence de la censure administrative sur le délit de diffusion d'un message à caractère violent ou pornographique susceptible d'être vu ou perçu par un mineur*, RSC 2004 p. 89, ss. CA Versailles, 13 octobre 2003

353 Crim. 25 janvier 1979, Bull. crim. n° 37, JCP 1979 II. 19143 ; Gaz. Pal. 1979 2. p. 408 ; RSC 1979 p. 837

354 L'autonomie du juge pénal joue parfois dans un sens favorable aux prévenus ; V. CA Versailles, 13 octobre 2003, RSC 2004 p. 89, obs. Y. Mayaud

355 Y. Mayaud, *L'incidence de la censure administrative sur le délit de diffusion d'un message à caractère violent ou pornographique susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* préc.

En pratique, ce double contrôle peut être déroutant pour les producteurs, distributeurs ou diffuseurs qui ont le sentiment de ne pas pouvoir pleinement s'épanouir dans l'exercice de leur activité artistique. Mais sur le plan purement juridique, l'articulation du régime administratif et du régime pénal est parfaitement fondée, tant au regard du principe de séparation des pouvoirs que de la différence dans les finalités poursuivies par chaque autorité. Et quoiqu'il en soit, là encore, la liberté d'expression ne saurait tout justifier.

145. LIMITES À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ARTISTIQUE - Certes, la protection offerte par l'article 10 de la Conv. EDH « englobe la liberté d'expression artistique »³⁵⁶. Seulement, « si ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique, assurément, l'artiste et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10 ». C'est en ces termes que la Cour européenne a mis un point final au feuilleton judiciaire relatif au film *Baise-moi*. La Cour européenne a en effet déclaré irrecevable la requête des réalisatrices de ce film à caractère pornographique en se fondant sur la protection des mineurs et de la morale³⁵⁷. Cette décision marque la particulière vitalité de la protection de la morale face aux débordements de la liberté d'expression artistique, en soulignant qu'en ce domaine, une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux États contractants. La solution vaut non seulement pour le cinéma mais aussi pour toutes les autres images³⁵⁸. L'on se souviendra de l'affaire *Müller*, dans laquelle la Cour européenne avait validé, en se fondant sur la protection de la morale et des mineurs, la condamnation par le juge pénal suisse d'un artiste peintre et de neuf autres personnes à une peine d'amende à raison de l'exposition de tableaux obscènes dans un espace ouvert à tous³⁵⁹.

Évidemment, ces décisions, comme d'autres, ont leurs détracteurs. Et l'on soulève parfois l'argument selon lequel la caractéristique première du mineur n'est pas de se ruer vers les expositions d'art, du moins à d'autres titres que des sorties scolaires ou familiales. Il reste que la protection des mineurs n'est pas la seule raison d'être des textes. Par ailleurs, le poids du régime répressif mérite d'être nuancé : si les infractions en rapport avec les images pédopornographiques font l'objet de nombreuses poursuites et de sanctions sévères, ce n'est pas nécessairement le cas des autres infractions étudiées. Compte-tenu de la tolérance des autorités à l'égard de la pornographie, et de la rareté des poursuites pénales en ce domaine, il n'y a sans doute pas lieu de crier à la censure. Si le dispositif pénal tel qu'il est décrit sur le papier donne l'impression d'une grande imprévisibilité des solutions doublée d'une grande sévérité, en pratique, son rôle est peut-être davantage dissuasif que punitif. On aboutit alors à un juste équilibre entre la liberté d'expression et la préservation de la moralité publique.

146. CONCLUSION - La prise en compte des images par le droit pénal poursuit deux grandes finalités : d'une part, le droit pénal vise à garantir à la personne une maîtrise sur son image ; d'autre part, il vise à protéger les personnes face à des images qui peuvent s'avérer nocives. Mais les deux aspects se rejoignent parfois, comme en témoigne cette affaire dans laquelle un jeune homme avait

356 CEDH, 24 mai 1988, *Müller et autres c/ Suisse*, Req. n° 10737/84, § 27

357 CEDH, 23 juin 2006, *V. D. & C. G. c/ France*, Req. n° 68238/01

358 En revanche, lorsqu'il n'est plus question d'image, mais de littérature, la CEDH semble plus compréhensive. V. par ex. CEDH, 16 février 2010, *Akdas c/ Turquie*, Req. n° 41056/04

359 CEDH, 24 mai 1988, *Müller et autres c/ Suisse*, préc.

filmé dans son intimité et à son insu une jeune fille mineure avec laquelle il avait eu une relation sexuelle, avant de diffuser les images sur internet vers un public indéterminé. Les faits avaient alors été saisis sous la double qualification d'atteinte à l'intimité de la vie privée, et d'enregistrement et diffusion de l'image d'un mineur à caractère pornographique³⁶⁰. On remarquera au passage, le parallélisme dans la rédaction des articles 226-1 et 227-23 qui visent tous les deux le fait de « *fixer, enregistrer ou transmettre* », ce qui n'est probablement pas une coïncidence...

360 CA Paris, 20^e ch., 24 avril 2007, CCE 2007 comm.156 obs. A. Lepage, *Caméra cachée dans une chambre avec une mineure*

BIBLIOGRAPHIE

◆ Ouvrages généraux

- Ph. CONTE, Droit pénal spécial, LexisNexis, 4^e édition
- G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, 10^e édition
- E. DREYER Droit pénal spécial, Ellipses, 2^e édition
- S. GUINCHARD et J. BUISSON, Procédure pénale, LexisNexis, 9^e édition
- Y. MAYAUD, Droit pénal général, PUF, 4^e édition
- J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, Droit pénal spécial, Cujas, 5^e édition
- M-L. RASSAT, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 6^e édition
- F. TERRE, D. FENOUILLET, Les personnes, Précis Dalloz, 8^e édition
- M. VERON, Droit pénal spécial, Sirey, 14^e édition

◆ Ouvrages spécialisés

- Q. BAJAC, L'image révélée - L'invention de la photographie, Gallimard, 2001
- Ch. BIGOT, Pratique du droit de la presse, Victoires éditions, 2013
- F. CABALLERO, Droit du sexe, LGDJ, 2010
- J. CLAIR (dir.), Crime et châtement, Musée d'Orsay, Editions Gallimard, 2010
- J-J. DARMON, Le Colportage de librairie en France sous le Second Empire, Plon, 1972
- Ch. DEBBASCH (dir.), Droit des médias, Dalloz, 2^e édition
- M. GROS, Droit administratif - L'angle jurisprudentiel, L'Harmattan, 4^e édition
- B. DE LAMY, La liberté d'opinion et le droit pénal, LGDJ, 2000
- L. LAVAUD, L'image, Flammarion, GF Corpus, 2011
- A. LUCIEN, La justice mise en scène, L'Harmattan, 2008
- L-G. MICHAUD (dir.), Biographie universelle, L-G. Michaud, Libraire-éditeur, 1827
- P. MISTRETTA, Droit pénal médical, Cujas, 2013
- L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Economica, 2^e édition
- X. PIN, Le consentement en matière pénale, LGDJ, 2002
- M. QUEMENER, Y. CHARPENEL, Cybercriminalité - Droit pénal appliqué, Economica 2010
- G. ROUJOU DE BOUBÉE, B. BOULOC, J. FRANCILLON, Y. MAYAUD, Code pénal commenté, Article par article, Livres I à IV, Dalloz, 1996
- R. SAVATIER, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Dalloz, 1959

◆ Codes, lois, décrets, circulaires

- Code du cinéma et de l'image animée
- Code civil
- Code général des collectivités territoriales
- Code pénal
- Code de procédure pénale

- Code de la santé publique
- Code de la sécurité intérieure

- Loi du 17 mai 1819 sur la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse, ou par tout autre moyen
- Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- Loi n° 46-2064 du 25 septembre 1946 ouvrant un recours en révision contre les condamnations prononcées pour outrages aux bonnes mœurs commis par la voie du livre
- Loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse
- Loi n° 57-309 du 15 mars 1957
- Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens
- Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse
- Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce
- Loi n° 75-1278 du 30 décembre 1975 de finances pour 1976
- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
- Loi n° 82-683 du 4 août 1982
- Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social
- Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs
- Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception
- Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale
- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique
- Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs
- Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance
- Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance
- Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, pénitentiaire
- Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure
- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe
- Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France

- Décret n° 90-174 du 23 février 1990 pris pour l'application des articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques
- Décret n° 2001-618 du 12 juillet 2001 modifiant le décret n° 90-174 du 23 février 1990 pris pour l'application des articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques
- Décret n° 2003-1163 du 4 décembre 2003 modifiant le décret n° 90-174 du 23 février 1990 pris pour l'application des articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques

- Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur

◆ **Articles et notes les plus cités**

- B. Ader, *La relation justice-média*, RSC 2001 p. 71
- B. Beignier, *Réflexions sur la protection de la vie privée*, *Dr. fam.* 1997, étude 11 p. 7
- Ph Bertin, *Le sexe du diabolin ou métro, boulot, porno...*, *Gaz. Pal.* 1990. 1. doct. 296
- G. Carcassonne, *Penser la loi*, *Pouvoirs*, n° 114, *La loi*, Septembre 2005, p. 39
- Ph. Conte, *Les outrages aux bonnes mœurs*, in *Liberté de la presse et droit pénal*, PUAM, 1994, p. 186
- F. Cordier, *L'atteinte à l'intimité de la vie privée en droit pénal et les médias*, *LC* n° 20, 1999/4
- M. Herzog Evans, *Particularités du droit à l'image des détenus*, *AJ Pénal* 2013 p. 57
- D. Lefranc, *De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin animé*, *D.* 2008 p. 827
- A. Lepage, *Classé X parce qu'excessif*, *CCE* 2000 comm. 95
- A. Lepage, *Interdiction aux moins de dix-huit ans : le législateur a entendu le Conseil d'État*, *CCE* 2001, comm. 107
- A. Lepage, *Interdit aux mineurs*, *CCE* 2002, comm. 111
- A. Lepage, *Suite et fin de l'affaire "Baise-moi"*, *CCE* 2002 comm. 148
- A. Lepage, *Vie privée du salarié et droit pénal*, *AJ Pénal* 2005 p. 9
- A. Lepage, *Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, *Dr. pén.* 2005, étude n° 5
- A. Lepage, *Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, *CCE* 2007, étude n° 13
- A. Lepage, *Les vertus du droit commun, ou le happy slapping sanctionné sans le secours du nouvel article 222-33-3 du Code pénal*, *CCE* 2007, comm. 137
- A. Lepage, *Caméra cachée dans une chambre avec une mineure*, *CCE* 2007 comm. 156
- A. Lepage, *Précisions sur la communauté d'intérêts*, *CCE* 2009, comm. 102
- A. Lepage, *Consultation d'images pornographiques de mineurs*, *CCE* 2012 comm. 20
- A. Lepage, *QPC et article 227-23 du Code pénal*, *CCE* 2012 comm. n° 98
- A. Lepage, *La notion de communauté d'intérêts à l'épreuve des réseaux sociaux*, *CCE* 2013 comm. 81
- G. Loiseau, *Le mort et son image*, *JCP* 1999 II. 10044
- Y. Mayaud, *L'incidence de la censure administrative sur le délit de diffusion d'un message à caractère violent ou pornographique susceptible d'être vu ou perçu par un mineur*, *RSC* 2004 p. 89
- D. Mayer, *De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France : en matière de mœurs*, *RSC* 1989 p. 442
- J-Y. Monfort, *L'apparition en jurisprudence du critère du débat d'intérêt général dans le droit de la diffamation*, *Légipresse*, Janvier 2012, p. 21
- Ph. Pierre, *Etude sur l'indemnisation du préjudice moral en droit français*, www.fondationdroitcontinental.org
- F. Ringel et E. Putman, *Après la mort...* *D.* 1991, chron. p. 243
- P. Rolland, *Les contradictions de la censure cinématographique*, *D.* 1977 p. 320
- R. Savatier, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, *D.* 1977 chron. p. 43

◆ Jurisprudence et notes associées

◆ Chambre criminelle de la Cour de cassation

- Crim. 21 octobre 1948, Bull. crim. n° 242
- Crim. 31 mai 1949, D. 1949 p. 348
- Crim. 23 février 1950, Bull. crim. n° 69 ; D. 1951 p. 217, note Mimin
- Crim. 8 mars 1951, Bull. crim. n° 76
- Crim. 22 mars 1960, Bull. crim. n° 160, D. 1960 p. 740
- Crim. 27 décembre 1960, Bull. crim. n° 624
- Crim. 7 décembre 1961, Bull. crim. n° 982
- Crim 1^{er} juin 1965, D. 1965 p. 667
- Crim. 21 février 1967, n° 65-92.437, Bull. crim. n° 76
- Crim. 26 juin 1974, n°73-92.547, Bull. crim. n° 241, JCP 1975 II. 18011, note R. Lindon ; D. 1975 p. 81 note M. Puech ; JCP 1975 II. 18011 note C. Geffroy
- Crim. 30 janvier 1978, Bull. crim. n° 34, RSC 1978 p. 864, obs. Levasseur ; Gaz. Pal. 197. 2. p. 467
- Crim. 25 janvier 1979, Bull. crim. n° 37, JCP 1979 II. 19143 ;Gaz. Pal. 1979 2. p. 408 ; RSC 1979 p. 837.
- Crim. 21 octobre 1980, n° 80-90.146, D. 1981 Jur. p. 72, note Lindon
- Crim. 19 mai 1981, D. 1981 p. 544, note Mayer ; RSC 1982 p. 125, obs Levasseur
- Crim. 3 mars 1982, D. 1982 p. 579, note Lindon
- Crim. 15 octobre 1985, Bull. n° 315
- Crim. 16 décembre 1986, n° 85-96.064, Bull. crim. n° 374
- Crim. 25 avril 1989, n° 86-93.632
- Crim. 26 juin 1994, D. 1975 p. 81, note M. Puech
- Crim. 23 août 1994, n° 93-84.739
- Crim. 24 janvier 1995, Dr. pén. 1995 n° 118
- Crim. 7 mai 1996, Bull. crim. n° 189
- Crim. 14 janvier 1997, Bull. crim. n° 9
- Crim. 3 juin 1997, n° 96-81.706, RSC 1998 p. 104
- Crim. 20 octobre 1998, n° 97-84.621, D. 1999 p. 106 note B. Beignier ; JCP 1999 II. n° 10044, note G. Loiseau
- Crim. 5 octobre 1999, n° 97-85.701
- Crim. 23 février 2000, Bull. crim. n° 85, RSC 2000 p. 639, obs. J. Francillon
- Crim 6 septembre 2000, n° 00-80.989
- Crim. 20 février 2001, D. 2001 p. 3001
- Crim. 3 juillet 2003, n° 00-15.468
- Crim. 8 juin 2004, n° 03-87.584, Bull. crim. n° 156
- Crim. 30 mars 2005, n° 04-84.976
- Crim. 12 avril 2005, n° 04-85.637, Gaz. Pal. 2005 1. 917 ; RSC 2005 845, obs. Y. Mayaud
- Crim. 12 octobre 2005, Bull. crim. n° 258
- Crim. 14 février 2006, n° 05-84.384, Bull. crim. n° 38
- Crim. 5 mars 2006, n° 05-86.567
- Crim. 19 septembre 2006, n° 06-80.514
- Crim. 9 janvier 2007, n° 06-82324
- Crim. 31 janvier 2007, Bull. crim. n° 27

- Crim. 21 mars 2007, Bull. crim. n° 89
- Crim. 12 septembre 2007, n° 06-86.763, Dr. pén. 2007, comm. n° 152 ; D. 2008 p. 827, note D. Lefranc
- Crim. 11 mars 2008, Bull. crim. n° 59
- Crim. 28 avril 2009 n° 08-85.249, CCE 2009 comm. n° 102, obs. A. Lepage
- Crim. 12 mai 2009, CCE 2009 comm. 82
- Crim. 19 janvier 2010, CCE 2010 comm. 52
- Crim. 16 février 2010, n° 09-81.492, Bull. n° 25
- Crim. 26 mai 2010, n° 09-87.083
- Crim. 28 septembre 2010, n° 10-90.096
- Crim 2 mars 2011, n° 10-82.250
- Crim. 29 mars 2011, CCE 2011 comm. 79
- Crim. 27 avril 2011, Bull. n° 77
- Crim. 7 juin 2011, n° 10-85.179
- Crim. 11 octobre 2011, n° 10-81.078 et n° 10-81.080, CCE 2012 comm. 8
- Crim. 25 octobre 2011, n° 11-80.266
- Crim. 31 janvier 2012, n° 11-85.464
- Crim. 13 mars 2012, n° 11-85.580 et n° 11-85.582
- Crim. 6 juin 2012, n° 12-90.016, CCE 2012 comm. n° 98
- Crim. 10 septembre 2013, n° 12-81.990

◆ **Chambres civiles de la Cour de cassation**

- Civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, n° 94-14798, D. 1997 p. 403
- Civ. 1^{re}, 13 janvier 1998, n° 95-13.694
- Civ. 1^{re}, 12 novembre 1998, D. 1999 somm. 165
- Civ. 1^{re}, 14 décembre 1999, n° 97-15.756, CCE 2000 comm. 39
- Civ. 1^{re}, 12 décembre 2000, n° 98-21.161
- Civ. 1^{re}, 12 décembre 2000, n° 98-21.311, D. 2001 p. 2064
- Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, n° 02-14.730
- Civ. 1^{re}, 16 janvier 2013, n° 12-15.547, CCE 2013 comm. 45, obs. A. Lepage
- Civ. 1^{re}, 10 avril 2013, CCE 2013 comm. 81, obs. A. Lepage
- Civ. 1^{re}, 5 février 2014, n° 13-21.929
- Civ. 1^{re}, 11 mars 2014, n° 12-29.419

- Civ. 2^e, 11 février 1999, n° 97-10.465
- Civ. 2^e, 7 octobre 2004, D. 2005 p. 122

◆ **Chambre sociale de la Cour de cassation**

- Soc. 20 novembre 1991, D. 1992, p. 73, concl. Chauvy

◆ **Cours d'appel**

- CA Paris, 7 janvier 1958, D. 1958 p. 453
- CA Paris, 27 février 1967, D. 1967 p. 453, note J. Foulon-Piganiol
- CA Besançon, 9 mai 1972, JCP 1973 II. 17305, note Fayard

- CA Toulouse, 26 février 1974, D. 1974 p. 736 ; RSC 1976 p. 119, obs. Levasseur ; JCP 1975. II. 17903, note Lindon
- CA Besançon, 29 janvier 1976, JCP 1977 II. 18640
- CA Besançon, 5 janvier 1978, D. 1978 p. 357
- CA Paris, 17 mars 1986, Gaz. Pal. 1986 2. 429
- CA Paris, 19 novembre 1986, Gaz. Pal. 1987 1. 18
- CA Paris, 20 avril 1990, Gaz. Pal. 1990. 1. 309
- CA Aix-en-Provence, 13^e ch., 9 février 1996, Juris-Data n° 1996-040902
- CA Paris, 18 septembre 1997, Légipresse. 1997 I. p. 136
- CA Paris, 11^e ch., 29 octobre 1997, Dr. pén. 1998 n° 30
- CA Paris, 11 mars 1998, D. 1998 I.R. p. 131
- CA Paris, 24^e ch., 19 mai 1999, Numéro JurisData : 1999-024037 ; JCP 2001, I. 332
- CA Paris, 11^e ch., 2 novembre 2000, Légipresse 2001 n° 178 III. p. 19
- CA Paris, 13^e ch., 2 avril 2002, CCE 2002, comm. 111, obs. A.Lepage
- CA Paris, 16 janvier 2003, CCE 2003 comm. 99, obs A. Lepage
- CA Paris, 5 juin 2003, CCE 2004 comm. 35
- CA Versailles, 13 octobre 2003, RSC 2004 p. 89, note Y. Mayaud
- CA Toulouse, 3^e ch., 22 décembre 2004, CCE 2005, comm. 147, obs. A. Lepage
- CA Douai, 9^e ch., 30 juin 2006, Dr. pén. 2007 comm. 152, obs. M. Véron ; D. 2008 p. 827, note D. Lefranc
- CA Versailles, 24 octobre 2006, Juris-Data n° 2006-317110
- CA Paris, 20^e ch., 24 avril 2007, CCE 2007 comm. 156 obs. A. Lepage
- CA Douai, 16 mai 2007, JurisData n° 2007-337309
- CA Toulouse, 26 mai 2008, CCE 2009 comm. 102, obs. A. Lepage
- CA Aix-en-Provence, ch. des mineurs, 17 avril 2009, n° 08/05604
- CA Douai, 4^e ch., 19 mai 2010, n° 09/02396
- CA Paris, 22 septembre 2011, CCE 2012 comm. 20, obs. A. Lepage

◆ **Première instance**

- TGI Orange, 19 avril 1950, Gaz. Pal. 1950 2. p. 35
- TGI Paris, 18 mars 1971, D. 1971 p. 447, note Foulon Piganiol
- TGI Paris, 12 janvier 1972, Gaz. Pal. 1972 1. 79
- TGI Paris, 9 juin 1972, Gaz. Pal. 1975 2. p. 680 ; RSC 1976 p. 117, obs. Levasseur
- TGI Paris, 8 novembre 1973, D. 1973 somm. p. 30
- TGI Aix-en-Provence, 16 octobre 1973, RSC 1976. p. 119 obs. Levasseur
- TGI Paris, 30 avril 1974, Gaz. Pal. 1975 1. 29
- TGI Paris, 8 novembre 1976, D. 1977 p. 320
- TGI Paris, 23 octobre 1986, Gaz. Pal. 1987 1. 21
- TGI Paris, 12 juin 1997, RSC 1998 p. 575, obs. Francillon ; Légipresse n° 148, 1998 III-3, note Chamagne
- TGI Privas, 3 septembre 1997, RSC 1998 p. 574, obs. Francillon
- TGI Paris, 12 septembre 1997, RSC 1998 p. 575, obs. Francillon ; Légipresse n° 148, 1998 III-3, note Chamagne
- TGI Bayonne, 25 avril 2002, Petites Affiches 2003 n° 51 p. 18
- TGI Paris, 5 juillet 2002, CCE 2002 comm. 149
- TGI Paris, 17^e ch., 24 juin 2003, Légipresse n° 204 p. 120

- TGI Versailles, 27 juin 2007, CCE 2007 comm. 137
- Trib. pol. Cambrai, 13 décembre 1961, JCP 1962 II. 12541
- Trib. pol. Lyon, 9 décembre 1966, Gaz. Pal. 1967 I. 116

◆ **Jurisprudence administrative**

- CE, 23 février 1966, JCP 1966 II. 14608
- CE, Ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*
- CE, 30 juin 2000, CCE 2000, comm. 95 obs. A. Lepage
- TA Caen, 20 décembre 1960, *Société des Films Marceau*, D. 1961 p. 25

◆ **CEDH**

- CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*
- CEDH, 24 mai 1988, *Müller et autres c/ Suisse*, Req. n° 10737/84
- CEDH, 23 septembre 1994, *Jersild c/ Danemark*
- CEDH, 25 février 1997, *Z... c/ Finlande*
- CEDH, 27 août 1997, *M. S. c/ Suède*
- CEDH, 29 mars 2001, *Thoma c/ France*
- CEDH 11 avril 2006, *Brasilier c/ France*
- CEDH, 23 juin 2006, *V. D. & C. G. c/ France*, Req. n° 68238/01
- CEDH, 7 novembre 2006, *Mamère c/ France*
- CEDH, 16 février 2010, *Akdas c/ Turquie*, Req. n° 41056/04

◆ **Sites internet**

- <http://actu.dalloz-etudiant.fr>
- <http://www.assemblee-nationale.fr>
- www.cglpl.fr
- www.courdecassation.fr
- www.dalloz.fr
- www.doctrinal.fr
- <http://eduscol.education.fr>
- <http://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr>
- www.lamyline.fr
- www.lefigaro.fr
- <http://www.legalis.net>
- www.legifrance.gouv.fr
- <http://leginfo.legislature.ca.gov>
- www.lemonde.fr
- www.leparisien.fr
- www.lexisnexis.fr
- www.lextenso.fr
- www.senat.fr
- <http://tempsreel.nouvelobs.com>

◆ **Divers**

- Projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes n° 1079
- Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, adopté par le Sénat en deuxième lecture le 17 avril 2014
- Projet de loi relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, texte de Mme Elisabeth Guigou, déposé à l'Assemblée Nationale le 3 septembre 1997

- Rapport sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale, présenté par M. Dominique Raimbourg
- Rapport de M. Charles JOLIBOIS, fait au nom de la commission des lois, déposé au Sénat le 22 octobre 1997

- V. HUGO, *Le Dernier Jour d'un Condamné*
- G. FLAUBERT, *Madame Bovary*
- PLATON, *Œuvres complètes, La République, Livres IV-VII*, texte établi et traduit par Emile CHAMBRY, Société d'édition *Les belles lettres*, 1967

- Le Grand Robert de la langue française, 2^e édition
- Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse

INDEX

Les nombres renvoient aux numéros de paragraphes

B

Bonne foi (critères), 76
Bonnes mœurs, 83

C

Communauté d'intérêts, 42
Consentement, 65 et s.

D

Diffamation, 8
Défunt, 22
Détenus, 64
Dignité, 99 et s.
Décence, 101 et s.

F

Fichiers informatiques, 19

H

Honneur, 49
Happy slapping, 114

I

Image
- identification, 2, 121
- pouvoir d'authentification, 3
- pouvoir suggestif, 5

L

Lieu privé, 23

M

Montage, 35

N

Non-assistance à personne en péril, 117

O

Outrage à la pudeur des femmes, 82

P

Présomption d'innocence, 10 et s., 50, 60
Plainte préalable de la victime, 72
Pornographie, 90 et s.

R

Reflet, 28
Représentation (atteinte à la), 30, 52
Retrait de plainte, 74

V

Victimes (images de), 16 et s.
Vie privée, 21, 59
Violence, 95 et s.
Visa d'exploitation, 141

X

X (classification des films), 142

Table des matières

REMERCIEMENTS.....	4
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	5
INTRODUCTION.....	8
PREMIÈRE PARTIE : UNE MAÎTRISE RECONNUE À LA PERSONNE REPRÉSENTÉE SUR L'IMAGE.....	14
CHAPITRE 1 : UNE DIVERSITÉ D'INCRIMINATIONS.....	15
SECTION I : UNE DUALITÉ DE SUPPORTS.....	15
§ 1 : L'image de la personne dans la loi du 29 juillet 1881.....	15
§ 2 : L'image de la personne dans le Code pénal.....	21
SECTION II : UNE DUALITÉ DE RÉGIMES.....	31
§ 1 : La "publicité" exigée par la loi de 1881.....	31
§ 2 : La "publicité" écartée par le Code pénal.....	34
CHAPITRE 2 : LA PERSONNALITÉ COMME DÉNOMINATEUR COMMUN.....	37
SECTION I : UNE PROTECTION ACCRUE DE LA PERSONNALITÉ.....	37
§ 1 : Une protection pénale en expansion.....	37
§ 2 : Une protection pénale relayée par la protection civile.....	44
SECTION II : UNE RÉFÉRENCE CONSTANTE A LA VOLONTÉ INDIVIDUELLE.....	48
§ 1 : Une volonté individuelle protégée par la loi.....	49
§ 2 : Une volonté individuelle menacée par le juge.....	53
DEUXIÈME PARTIE : LA PROHIBITION DES IMAGES NOCIVES.....	57
CHAPITRE 1 : UN ARSENAL RÉPRESSIF À GÉOMÉTRIE VARIABLE.....	58
SECTION I : DES CONCEPTS VARIABLES.....	58
§ 1 : La disparition de la notion de bonnes mœurs.....	58
§ 2 : La consécration des notions de pornographie, violence, dignité et indécence.....	62
SECTION II : DES PERSPECTIVES VARIÉES.....	69
§ 1 : La préservation apparente de la candeur des mineurs.....	69
§ 2 : La préservation sous-jacente de la moralité publique.....	71
CHAPITRE 2 : UN ARSENAL RÉPRESSIF LOURD.....	77
SECTION I : DES INCRIMINATIONS PROPICES À LA RÉPRESSION.....	77
§ 1 : Une indifférence à l'identification d'une personne.....	77
§ 2 : Une multitude de comportements incriminés.....	82
SECTION II : DES FAITS JUSTIFICATIFS ENTENDUS STRICTEMENT.....	86
§ 1 : Une activité scientifique et médiatique encadrée.....	86
§ 2 : Une activité artistique doublement contrôlée.....	91
BIBLIOGRAPHIE.....	96
INDEX.....	104