Expression par l'image et CEDH

Céline Ruet

▶ **To cite this version:**

Céline Ruet. Expression par l'image et CEDH : confrontation des approches interne et européenne. Légipresse : l'actualité du droit des médias, de la communication et des réseaux sociaux, 2003, II.1 (198). hal-01668641

HAL Id: hal-01668641
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01668641

Submitted on 20 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Expression par l’image et CEDH : confrontation des approches interne et européenne

Céline Ruet

L'image, comprise comme mode d'expression, est protégée par l'article 10 de la CEDH et les restrictions qui y sont apportées, qu'il s'agisse d'images violentes, pornogra-phiques ou portant atteinte à la dignité humaine des personnes représentées, doivent répondre à l'exigence de légalité et de proportionnalité posée par ce texte. Alors que la jurisprudence interne révèle une montée en puissance de l'incidence de la CEDH en matière d'expression par l'image, il est intéressant de confronter les approches interne et européenne des critères de légalité et de proportionnalité.

Lorsqu’elle applique l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), garantissant le droit à la liberté d'expression, la Cour européenne rappelle qu '« outre la substance des idées et informations expri-mées, l'article 10 protège leur mode d'expression ». L'image comprise comme un mode d'expression est donc protégée au titre de la liberté d'expression par la CEDH, et les restrictions apportées à la liberté d'expression par l'image relèvent naturellement des conditions posées à l'article 10 § 2. Elles doivent répondre à l'exigence de légalité, ce qui implique une certaine qualité de la loi. Elles doivent poursuivre un but légitime parmi ceux énoncés à l'article 10 § 2, et doivent apparaître comme étant nécessaires dans une société démocratique, ce qui implique un contrôle de proportionnalité de la mesure d'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression.

La jurisprudence interne récente révèle une formidable mon-tée en puissance de l'incidence de la CEDH en matière d'ex-pression par l'image. C'est en raison de son incompatibilité avec l'exigence de qualité de la loi, que la chambre criminelle a écarté l'application de l'article 3 8 ancien de 1a loi du 29 juillet 1881 sur la presse incriminant la publication par tout moyen de photographies, gravures, dessins, portraits ayant pour objet la reproduction de tout ou partie des circonstances d'un des crimes et délits prévus par les chapitres 1, 2 et 7 du titre II du livre II du code pénal (1). En outre, c'est pour satisfaire à l'exigence de proportionnalité que la 1re chambre civile a posé, au visa de l'article 10 CEDH et des articles 9 et 16 C. civ., un principe qui opère une conciliation entre la liberté d'informer par l'image et le droit à l'image: « attendu que la liberté de communication des informations autorise la publi-cation d'images des personnes impliquées dans un événement sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine » (2).

Un premier constat serait donc celui d'une intégration crois-sante par la jurisprudence interne de la Convention européenne. Il convient cependant de se demander dans quelle mesure cette référence croissante à la Convention s'accompagne d'une véritable imprégnation des critères et de l'esprit de la jurisprudence européenne. L'objet de l'étude est donc de mettre en évidence les convergences et les divergences d'approche des mêmes dis-positions conventionnelles.

La difficulté de la confrontation tient en ce que, souvent, elle ne peut s'opérer terme à terme. Il est rare qu'en matière d'expression par l'image, on dispose sur une même question à la fois d'une jurisprudence interne et d'une jurisprudence européenne. Mais là est précisément l'intérêt du sujet: la confrontation est encore largement à venir. Pour l'accompagner, on dégagera les lignes de force en s'attachant tout d'abord aux approches de la légalité, puis aux approches de la proportionnalité.

1. Les approches de la légalité

A. Les interrogations relatives à la qualité de la loi

Pour la jurisprudence européenne, « seule mérite le nom de loi une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir à un degré rai-sonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé » (3). La question de la qualité de la loi est une question particulièrement sensible, en droit interne, en matière de droit de l'image, en raison de l'importance des notions floues ou imprécises qui en constituent les axes en droit civil comme en droit pénal. Sont notamment en cause les notions de dignité, violence, et dans une moindre mesure, de pornographie, utilisées à divers titres, par la loi ou la jurisprudence pour limiter la liberté d'expression par l'image.

La notion de dignité est présente aussi bien dans la jurisprudence civile, qui y voit la limite à la liberté d'informer par l'image, que dans la loi pénale. On citera à cet égard l'incrimination centrale de l'article 227-24 C. pén. qui vise « la fabrication et la diffusion par quelque moyen que ce soit, et quel qu'en soit le support d'un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine lorsque ce mes-sage est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur». La juris-prudence civile contient une amorce de définition de l'atteinte à la dignité par l'image qui est assimilée à la recherche du sensa-tionnel et à l'indécence (4). En droit pénal; la jurisprudence rela-tive à l'article 227-24 n'a pas dégagé une notion d'atteinte à la dignité qui soit indépendante de la notion de pornographie. On ne peut donc parler d'une jurisprudence qui permettrait de fonder une véritable prévisibilité des solutions pour le justiciable, comme en témoignent d'ailleurs les appréciations de la 1"' chambre civile en la matière où il n'est pas interdit de discerner un certain arbitraire. On peut comparer à cet égard les solutions retenues par l'arrêt du 20 décembre 2000 (5) considérant que la photographie représen-tant distinctement le corps et le visage du préfet assassiné-gisant sur la chaussée d'une rue d'Ajaccio était attentatoire à la dignité de la personne humaine, et l'arrêt du 20 février 2001 (précité) jugeant licite la photographie de la victime d'un attentat au motif qu'elle était dépourvue de recherche du sensationnel et de toute indécence. Il existe ainsi un fort contraste entre l'importance croissante attribuée à la notion de dignité, axe majeur du droit de l'in-formation et du droit de l'image, et la sécurité juridique conférée au justiciable par le maniement de cette notion (6).

Le contenu de la notion de pornographie dans la jurisprudence judiciaire reste à préciser. L'article 227-24 a pris la place de l'ar-ticle 283 anc. C. pén. qui incriminait l'outrage aux bonnes mœurs. La jurisprudence considérait que ce dernier visait « la représentation minutieuse de violences et perversions sexuelles, dégradantes pour la personne humaine » (7). Il s'agit aujourd'hui de déterminer dans quelle mesure la notion de pornographie peut être définie en dehors de toute référence à une atteinte à la dignité humaine, comme le texte même de l'article 227-24 l'y invite (8). Si la jurisprudence a encore parfois recours à l'ancienne définition (9), certains arrêts caractérisent la pornographie indépendamment de toute dégradation de la personne (10). Cependant, aucun arrêt actuel de la Cour de cassation ne tranche la question de la définition de la pornographie. Pour ce qui est de la juris-prudence administrative (c'est-à-dire du contrôle que le Conseil d'État opère sur les décisions de classement des films), la doctrine a bien pu dégager une ou plutôt des définitions de la por-nographie: une définition objective, la représentation d'actes sexuels non simulés avec une crudité provocante sans recherche esthétique; une seconde définition plus subjective, qui met au premier plan un critère moral: si les acteurs sont filmés comme des objets, le film est

pornographique, alors que s'ils sont filmés comme des sujets, l'œuvre échappe à une telle classification (11). Mais la jurisprudence administrative récente, à l'occasion d'une affaire si retentissante qu'il n'est plus besoin de la citer, a préci-sément montré un bel exemple de la flexibilité de la notion de pornographie en fonction du but que le juge poursuit. On se rap-pelle en effet que le film Baise-moi a été d'abord considéré comme un film relevant de la classification des films pornographiques (au motif qu'il était composé pour l'essentiel d'une succession de scènes d'une grande violence et de scènes de sexe non simu-lées), sans que les autres séquences traduisent l'intention, affi-chée par les réalisatrices, de dénoncer la violence faite aux femmes par la société (12). La qualification était fonction de la volonté du juge d'interdire sa représentation aux mineurs de moins de 18 ans, sans que cela soit alors possible autrement que par son inscription sur la liste des films pornographiques ou d'incitation à la violence soumis aux dispositions des articles 11 et 12 L. 30 déc. 1975. Le décret du 12 juillet 2001 ayant introduit la possi-bilité d'assortir le visa accordé à un film d'une interdiction de représentation aux mineurs de 18 ans, le Conseil d'État a jugé le 14 juin 2002 que même s'il comporte des scènes de grande vio-lence et des scènes de sexe non simulées qui justifient son inter-diction aux mineurs de 18 ans, le film Baise-moi ne revêt pas, compte tenu de son thème et des conditions de sa mise en scène, le caractère d'un film pornographique ou d'incitation à la vio-lence qui aurait imposé son inscription sur la liste des films sou-mis aux dispositions des articles 11 et 12 L. 30 déc. 1975 (13).

Quant à la notion de violence contenue à l'article 227-24 C. pén., elle ne connaît aucune définition judiciaire. À cet égard, le rap-port Kriegel (14) souligne que si le droit pénal connaît la notion de violence morale, « celle-ci se rattache au domaine des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne, mais se trouve étrangère au domaine du droit de l'information». Or, la définition de ce qu'est un message violent en matière de communication ne va pas de soi comme en témoi-gnent les nombreuses études et rapports sur la question (15).

Enfin, la protection offerte par le droit à l'image, et plus préci-sément le rattachement de cette notion à l'article 9 C. civ. garan-tissant le droit au respect de la vie privée, est parfois critiqué au regard de l'exigence de légalité: l'article 9 C. civ., qui ne men-tionne pas le droit à l'image, est jugé impuissant à satisfaire l'exigence de prévisibilité par une partie de la doctrine (16).

B. L’approche interne confrontée à l’approche européenne

Dans ce contexte d'interrogations sur la légalité, l'arrêt du 20 février 2001 (17) fut un coup de tonnerre: en effet, c'est la première fois qu'une loi pénale -ici l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 -a été écartée par la chambre criminelle en raison de la seule insuffi-sante qualité de sa rédaction. Le texte formulait une interdiction tellement vaste qu'elle en paraissait absurde (18), et ne contenait aucun critère explicite susceptible de cantonner l'interdiction. Le Ministère public proposait cependant une interprétation téléolo-gique du texte en montrant que le but du législateur était de proté-ger la moralité publique contre les images qui flattent complai-samment les sensations malsaines, ce qui est en somme la version ancienne du souci contemporain de réprimer les images qui por-tent atteinte à la dignité humaine. L'arrêt de la chambre criminelle approuve les motifs retenus par la cour d'appel de Paris. Or, celle-ci faisait l’application d'une approche textuelle et rigoureuse de l'exi-gence de légalité qui tranche avec l'approche matérielle et souple de la légalité par la jurisprudence européenne. Selon l'arrêt, rendu au visa des articles 6, 7 (principe de légalité des délits et dés peines) et 10 (droit à la liberté d'expression) de la CEDH, « la possibilité pour chacun d'apprécier par avance la légalité de son comporte-ment touchant comme en l'espèce, à l'exercice de libertés essen-tielles, implique une formulation particulièrement rigoureuse des incriminations et ne saurait résulter que de définitions légales, claires et précises». L'énoncé de ce principe est suivi d'une ana-lyse de la formulation légale dont il ressort que celle-ci ne permet pas de déterminer de manière

certaine ce qui entre dans le champ d'application de l'interdit. La motivation de l'arrêt ne fait aucune place à un examen de la jurisprudence. Le tribunal correctionnel avait eu quant à lui une approche légèrement différente de la léga-lité pour parvenir à la même conclusion : il s'était fondé sur une conception matérielle en faisant état de l'insuffisance de la juris-prudence interprétative du texte (19). Ces approches internes, elles-mêmes diverses, de l'impératif de légalité, doivent être confron-tées à l'approche suivie par la Cour européenne.

Chacun sait que la jurisprudence européenne retient une concep-tion matérielle de la légalité. On met souvent moins en évidence la relativité de l'exigence de légalité exprimée par cette jurisprudence en matière de liberté d'expression. Le caractère essen-tiel de la liberté d'expression s'exprime davantage par un contrôle strict de la proportionnalité que par un contrôle strict de la léga-lité. L'exigence de qualité de la loi est de l'ordre du raisonnable et est variable en fonction du justiciable et du domaine concerné. Si, par exemple, des restrictions préalables à la liberté d'ex-pression appellent l'examen le plus scrupuleux (20), il n'en est pas de même, de manière générale, pour la seule liberté d'ex-pression considérée en elle-même. Arguant de l'impossibilité de parvenir à une certitude absolue, et de la nécessité pour le droit de s'adapter aux changements de situation, la CEDH légitime à maintes reprises l'utilisation par la loi de formules plus ou moins vagues (21), qui rendent possibles des évolutions jurispruden-tielles (22). Il en est notamment ainsi dans des domaines dont les données sont évolutives en fonction des conceptions de la société (délit d'obscénité (23)), qui requièrent une certaine sou-plesse dans l'application judiciaire (délit d'incitation à la haine (24)) ou dans lesquels les juridictions procèdent à une mise en balance des droits en présence (publication de l'image d'une per-sonne (25)). De surcroît, si la Cour européenne relève en de nom-breux arrêts l'existence d'une jurisprudence interprétative constante (26), la présence de ce qualificatif n'est pas systéma-tique (27). La Cour a d'ailleurs déjà admis que l'impératif de prévisibilité puisse être satisfait, malgré l'absence de précédent sur une question particulière, en estimant une interprétation « rai-sonnable » (28), ou en ayant égard au niveau élevé de la pro-tection assurée en droit interne à certains intérêts ou valeurs (29).

On sait que pour tenir compte précisément de la CEDH, le légis-lateur du 15 juin 2000 a modifié l'ancienne incrimination de l'ar-ticle 38 L. 1881, qui est devenue l'article 35 quater de la loi sur la presse. Celui-ci incrimine à présent « la diffusion par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support de la reproduc-tion 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». La doc-trine a immédiatement souligné que la nouvelle rédaction ne fon-derait pas une meilleure prévisibilité des solutions. Il convient cependant de nuancer cette critique au regard de la jurisprudence européenne en ce que celle-ci admet, précisément, une concep-tion relative de la prévisibilité en matière de liberté d'expression qui tranche avec l'exigeante formulation de la qualité de la loi en matière d'écoutes téléphoniques (30). La notion de porno-graphie, la notion de dignité, qui renvoient toutes deux à cer-taines solutions admises en droit interne ne semblent pas devoir poser de problèmes excessifs au regard d'une conception rela-tive de la prévisibilité, surtout si l'on prend en considération la place éminente conférée à la dignité dans le droit français de l 'in-formation. En revanche, il n'en est pas de même pour la vio-lence, en l'absence de définition judiciaire de ce type de message. Enfin, l'absence d'assise textuelle réelle du droit à l'image ou le caractère fictif de son rattachement par la jurisprudence à l'article 9 C. civ. ne sauraient être critiqués en se fondant sur l'exigence européenne de qualité de la loi (31), la Cour européenne admettant sans conteste le rôle complétif de la jurispru-dence. Naturellement, une telle observation ne fait en rien obs-tacle à la critique, distincte, du bien-fondé de cette jurisprudence, qui suppose une conception extensive, voire démesurée, de la

notion de vie privée. Par ailleurs, mais la proposition présente surtout un intérêt en matière pénale, en raison du principe de légalité criminelle, rien n'empêche de préconiser en droit interne une conception plus stricte et plus protectrice de la légalité que celle mise en œuvre par la jurisprudence européenne.

En conclusion de cette première partie, on peut constater une cer-taine disproportion entre l'importance accordée à l'exigence de légalité dans l'approche interne (32), et l'importance accordée à celle-ci dans l'approche européenne: même quand elle exprime des doutes sur la qualité de la loi, la CEDH préfère reconnaître une violation de la Convention pour défaut de proportionnalité.

2. Les approches de la proportionnalité

A. L'approche européenne de la proportionnalité

Les principes encadrant le contrôle européen sont connus: celui-ci est subsidiaire, il appartient aux autorités nationales de juger au premier chef de la nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression, et elles jouissent à cet égard d'une marge d'ap-préciation qui est variable (selon le but de l'ingérence et selon le domaine dans lequel intervient l'exercice de la liberté d'ex-pression). Le contrôle européen porte à la fois sur la loi et les décisions qui l'appliquent. La Cour examine si les motifs des juridictions internes sont pertinents et suffisants. Cet examen des motifs est mené à la lumière de l'ensemble de l'affaire.

Comment ces principes sont-ils appliqués en matière d'expression par l'image? L'arrêt V GT Vereingegen Tierlabriken contre Suisse du 28 septembre 2001 est particulièrement éclairant. L'association requérante est un mouvement de défense des animaux qui s'est heurté au refus de diffuser un spot publicitaire en raison de l'in-terdiction par la loi de la publicité politique à la télévision. Le spot montrait le comportement de porcs parqués dans de minuscules enclos s'attaquant nerveusement aux barreaux en acier. Dans le commentaire, l'élevage de porcs dans de telles conditions était comparé aux camps de concentration. Pour justifier la nécessité du refus de diffusion, les juridictions suisses avaient avancé des conditions générales légitimant l'interdiction de la publicité poli-tique. De tels motifs ne sont pas considérés comme pertinents et suffisants. Pour la Cour, il aurait fallu montrer en quoi les motifs généralement avancés pour légitimer une telle interdiction ser-vaient également à justifier l'ingérence dans les circonstances particulières de l'affaire. Les autorités internes n'avaient pas fait valoir le caractère "dérangeant" de certaines séquences de la publicité ou de certains termes employés. Dès lors, pour la Cour, peu importe que les images et le commentaire aient pu sembler en réalité provocateurs (§ 75 et 76). Ainsi, les juridictions internes auraient dû préciser en quoi in concreto l'interdiction de cette publicité était légitime, en utilisant 1' assimilation fort choquante qui était en l'occurrence provoquée par une combinaison de texte et d'images.

Puisque l'examen de la proportionnalité passe par celui des par-ticulaiités de l'expression, il est nécessaire de dégager des arrêts de la Cour certaines directives utiles pour apprécier la manière dont les images sont traitées, quelle que soit la nature des restric-tions appo1tées à la libe1té d'expression (33). L'image intervient à titre variable: elle peut être un simple véhicule de l'expression (34); elle peut être également une illustration de l'expression (35); enfin, l'image peut être le mode de l'expression (36).

De ces aJTêts, on dégagera les directives suivantes. Pour juger de la nécessité d'une restriction, les divers éléments de l'expression (image, texte, etc.) ne doivent pas être considérés de manière iso-lée, mais rapportées à leur contexte - certains éléments devant par-fois être considérés comme accessoire au regard du but principal de l'expression (37). Le contenu d'un reportage télévisé dont

l'au-teur a été condamné pour propagation d'idées racistes doit être ana-lysé dans son ensemble: l'analyse porte sur la composition du repor-tage (sans que soient isolés certains éléments de l'expression). Le reportage est lui-même replacé dans le contexte de l'émission (émission d'actualités sérieuse), et la manière dont est présenté le repor-tage dans l'émission est elle-même prise en compte (38). Au titre des devoirs et responsabilités de celui qui exerce son droit à la liberté d'expression, la Cour fait également intervenir dans l'examen de la proportionnalité l'impact spécifique des images (« par les images, les médias audiovisuels peuvent transmettre des messages que l'écrit n'est pas apte à faire passe,:[...] Ceux-ci ont des effets sou-vent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite », énonce la Cour (39)). La prise en considération de l'impact de l'image peut conduire à une analyse fine de la perspective dans laquelle le spectateur est amené à regarder une émission. Plus sim-plement, elle se ramène parfois à prendre en compte l'accessibilité des images (accessibilité aux mineurs d'une exposition de toiles obscènes (40)). Enfin et surtout, le contrôle européen de la pro-portionnalité n'est ni un contrôle indifférencié, ni un contrôle neutre. L'examen des divers éléments de l'expression et celui de l'impact des images seront plus ou moins serrés selon que l'on se situe ou non dans un domaine relevant d'une large marge d'appréciation des États. Dans le domaine du discours politique ou lorsque l'ex-pression a trait à une question d'intérêt général, la Cour procède à un examen particulièrement protecteur de l'expression et de son impact. La liberté d'expression journalistique est valorisée en ce qu'elle est rapportée à une fonction: diffuser des informations sur des questions d'intérêt général que le public est en droit de rece-voir. Cette valorisation fonctionnelle se prolonge par une valorisation particulière de la liberté du journaliste quant à la forme de l'expression. La Cour relève soit que la liberté journalistique comprend une dose d'exagération, voire de provocation, soit qu'il n'appartient pas à la Cour ni aux juridictions nationales de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journa-listes doivent adopter. Cette liberté formelle est susceptible d'avoir des conséquences très variées en matière d'expression par l'image: c'est à l'aune de cette liberté qu'est appréciée la composition du portrait filmé des jeunes racistes dans l'arrêt Jersild § 31 ; c'est par référence à cette liberté qu'est en partie justifiée « une forme par-ticulière de provocation par l'image» (41), dans l'arrêt Fressoz et Raire,§ 54 (reproduction de copies d'avis d'imposition supposant un recel de violation du secret professionnel); c'est également en partie par référence à la liberté de choisir le mode de présentation de l'information que l'interdiction faite à un magazine de publier la photo d'un suspect a été considérée comme disproportionnée dans l'arrêt News Verlag ÜMBH, § 59. En revanche, lorsque l'ex-pression intervient dans le domaine des convictions intimes (morale, religion), le contrôle européen est plus faible et laisse la place à une plus large marge d'appréciation des juridictions nationales aussi bien en ce qui concerne l'expression elle-même qu'en ce qui concerne son impact (42). On doit noter l'absence dans la juris-prudence de la Cour de valorisation particulière de la liberté for-melle de l'artiste semblable à la valorisation du journaliste, lorsque l'œuvre (tableau ou film) est obscène ou provocatrice.

B. L’approche interne confrontée à l’approche européenne

La jurisprudence récente de la Cour de cassation montre une évo-lution incontestable. Le temps d'un contrôle purement fictif de la proportionnalité semble avoir vécu, bien qu'il ne soit pas si loin-tain (43). Mais la mise en place du contrôle de la proportionnalité est tâtonnante, variable selon les domaines, et l'on doit interroger son adéquation avec les critères posés par la Cour européenne.

On s'intéressera ici à quelques conflits. Lorsque la liberté d'in-former par l'image, et de renforcer la crédibilité d'une informa-tion par une reproduction (photocopie, fac-similé, photographie), se heurte à une loi pénale de droit commun, un arrêt récent relatif à un recel de violation de secret commis par des journalistes (44) traduit un rapprochement des critères de la jurisprudence interne et de la jurisprudence européenne: la Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, relève notamment

que « les photographies litigieuses, loin d'éclairer les lecteurs sur un sujet d'intérêt géné-ral méritant un débat public, ont conduit d'une part à révéler des informations devant demeurer secrètes[...], d'autre part, a porté atteinte au respect de la présomption d'innocence ». La notion de sujet d'intérêt général est un critère pertinent dont l'absence ou la présence constitue l'un des éléments permettant d'apprécier la compatibilité d'une sanction avec l'article 10 de la Convention (45). La Cour se contente cependant ici d'approuver les motifs retenus par la Cour d'appel sans formuler elle-même de principe.

En revanche, dans le cas du conflit entre droit à l'image et liberté d'informer par l'image, la Cour de cassation a posé un principe qui est censé concilier les droits en présence. Principe dont la première chambre civile a donné successivement deux formulations dans l'arrêt du 20 février 2001, précédemment cité et dans un arrêt du 12 juillet 2001, « vu l'article 10 de la CEDH, ensemble l'article 9 C. civ., attendu que la liberté de communication des informations justifie la publication de l'image d'une personne impliquée dans une affaire judiciaire sous réserve du respect de la dignité humaine» (46). La primauté de la liberté d'informer par l'image sur le droit à l'image est reliée ici à la notion d'implication dans un événement ou une affaire judiciaire, et l'on doit donc penser qu'en dehors d'une telle implication, l'article 9 C. civ. retrouve son empire. On sait que dans des arrêts du 13 janvier et du 16 juillet 1998 (47), la Cour de cassation a rattaché le droit à l'image à l'article 9 C. civ. relatif au droit au respect de la vie privée et les arrêts récents, loin de remettre en cause une telle relation, visent précisément ledit article. On a parfois avancé que l'établissement de cette relation était en har-monie avec la jurisprudence de la Cour européenne. Celle-ci retient en effet une notion large de la vie p1ivée, incluant l'intégrité phy-sique et morale de la personne, ce qui permettrait d'englober le droit à l'image, même lorsque la vie privée stricto sensu n'est pas concernée. Cette affirmation se trouve clairement démentie par l'ar-rêt News Verlags ÜMBH et Cokg c/ Autriche du 11 janvier 2000. Dans le cadre d'articles sur des attentats, un journal avait publié des photos d'un suspect assorties d'un commentaire portant atteinte à la présomption d'innocence. Les juridictions internes avaient fait application de la loi autrichienne interdisant de publier l'image d'une personne lorsque cela nuit aux intérêts légitimes de celle-ci; elles avaient interdit au journal de publier la photographie du sus-pect non seulement avec UR commentaire préjudiciable, mais aussi quel que soit le texte d'accompagnement. La Cour considère que les photos du suspect, à l'exception peut-être d'une photo de mariage, ne donnaient aucune indication sur sa vie privée et qu'en consé-quence, elle ne saurait se rallier à l'argument du gouvernement selon lequel les publications en cause empiétaient sur le droit de la personne au respect de la vie privée (v. § 54). L'absence d'assimi-lation du droit à l'image au respect de la vie privée est un élément important: elle évite l'interrogation douloureuse sur la manière dont devrait s'opérer la conciliation non pas entre un principe et des exceptions, mais entre deux principes d'égale valeur.

Que penser à présent de la notion d'implication dans un événe-ment ou dans une affaire judiciaire? S'il est certain que ce cri-tère élargit le domaine de la liberté d'informer par l'image, il peut paraître à la fois trop neutre et trop étroit au regard de la jurisprudence européenne. Trop neutre en ce qu'il ne fait pas référence à l'intérêt présenté par le su jet en cause (on peut com-parer à cet égard avec l'arrêt News Verlags où la Cour relève que « les agressions en cause constituaient un sujet d'actualité pré-sentant un extrême intérêt pour le public[...] Elles étaient des infractions touchant un domaine politique dirigé contre les fon-dements de la démocratie»§ 54). Trop étroit si la notion d'im-plication devait être trop strictement entendue, alors que, notam-ment, la jurisprudence européenne ne fonde pas de manière systématique un droit à l'oubli comme le montre à cet égard l'arrêt Schwabe c/ Autriche du 28 août 1992. La condamnation d'un journaliste qui avait rappelé le passé d'un homme politique (il s'agissait d'une condamnation vieille de 20 ans relative à un accident de la route) a été considérée comme une violation de l'ar-ticle 10 de la Convention. La portée que la jurisprudence

entend donner à la notion d'implication reste à préciser, mais il ne semble pas qu'une conception trop objective de cette notion, qui évite-rait de faire la place à une mise en balance concrète des intérêts en présence soit dans l'esprit de la jurisprudence européenne.

Quant à la notion de dignité, si elle est centrale dans l'équilibre établi par la Cour de cassation, elle ne reçoit pas une place sem-blable dans la jurisprudence européenne en matière de liberté d'information. Si la Cour EDH souligne en effet que« la dignité et la liberté de l' homme sont l'essence même de la Convention » (48), elle ne fait pas utilisation de la notion de dignité à titre de critère central dans sa jurisprudence relative à l'article 10. Non seulement la notion n'apparaît pas, mais ce1tains arrêts ne font pas intervenir la considération de la dignité alors que la situation aurait pu s'y prêter (49). L'exigence de proportionnalité résultant de l' a1ticle 10 ne saurait donc être remplie que si les juridictions internes opère□t un rigoureux partage entre les images qui por-tent atteinte à la dignité et les images seulement révélatrices d'une atteinte à la dignité. La photographie du cadavre d'Aldo Moro recroquevillé dans le coffre d'une voiture, celle du préfet Érignac gisant assassiné, le reportage filmant dans un pays où justice et vengeance privées sont liées, un jeune condamné attendant la corde au cou la décision - grâce ou pendaison - des proches de la victime, le corps secoué par la terreur et les pleurs: ces images témoignent seulement du mépris de la personne humaine. Il est cependant certain que le traitement de l'image dans un but de pur voyeurisme est susceptible de contribuer à l'atteinte à la dignité humaine par le cadrage, le montage, le contexte de l'image (com-mentaire, légende, titre). Il peut en être ainsi d'images de victimes d'un attentat cadrées sur des détails intimes (nudité, sous-vête-ments), assorties d'un commentaire scabreux ou d'un reportage sur la prostitution se ramenant en réalité à une présentation raco-leuse de pratiques sexuelles avilissantes (50). Si la distinction avec les images seulement révélatrices d'une atteinte est difficile à effectuer, elle est cependant tout à la fois nécessaire au regard de l 'importance accordée à la liberté d'information et possible si l'on se réfère aux critères mis en œuvre par la Cour en d'autres circonstances : importance du contexte (tonalité générale de l' ar-ticle, légende, etc.), distinction entre un but accessoire et un but principal (but informatif, recherche du sensationnel). La recherche du but principal de l'expression a d'ailleurs été mise en œuvre avec beaucoup de justesse par le tribunal correctionnel de Paris dans le cadre de l'article 227-24: la mise en scène complaisante et relevant du voyeurisme de perversions sexuelles dans un article a été distinguée du compte rendu objectif d'un phénomène de société, alors que les journalistes se prévalaient d'un but infor-matif (51). Dans cette recherche, le juge doit cependant avoir égard à la liberté formelle particulière reconnue par la Cour euro-péenne aux journalistes dans la présentation de l 'information.

Le troisième conflit d'actualité que nous envisagerons est préci-sément celui qui oppose la libe1té d'expression par l'image à la protection de la morale, spécialement à la protection des mineurs. L'article 227-24 fait aujourd'hui l'objet de beaucoup de critiques, parfois fondées sur la Convention européenne. Les critiques por-tent sur deux points. L'incrimination serait trop ouverte en raison du caractère large des notions visées par le texte: violence, dignité, pornographie. La jurisprudence admettrait trop aisément que le message est accessible aux mineurs (la question est d'actualité s'agissant des sites internet qui donnent accès à des images por-nographiques, comme en témoigne un arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 avril 2002 (52)). Le caractère large des notions pour□ rait effectivement faire question dans la mesure où un sujet d'in-térêt général serait traité dans le cadre de l'information journalis-tique (il faudrait alors se référer aux directives posées par la Cour européenne en matière d'appréciation de l'expression). En revanche, s'agissant de fiction, on doit rappeler ici la large marge d'appré-ciation des autorités nationales dans le domaine de la morale et de la religion. Certains motifs de l'arrêt Wingrove (§ 63) sont parti-culièrement éclairants: « il est de la nature des films vidéo qu'une fois mis sur le marché, ils peuvent en pratique faire l'objet de prêt,

de location, de vente et de projection dans différents foyers, ce qui leur permet d'échapper à toute forme de contrôle par les autorités. Dans ces conditions, il n'était pas déraisonnable pour les auto-rités nationales d'estimer [...] que le film pouvait atteindre un public qu'il aurait pu offenser: L'utilisation d'un boîtier compor-tant un avertissement quant au contenu du film (mesure de pré-caution préconisée par l'auteur) n'aurait eu qu'une efficacité limi-tée, vu les multiples formes de transmission des films vidéo. Au demeurant, ici aussi, les autorités nationales sont mieux placées que la Cour européenne pour apprécier l'impact probable d'un tel film compte tenu des difficultés de protéger le public. » À ces considérations générales s'ajoute une considération spécifique: dans le cadre du contrôle de proportionnalité, plusieurs arrêts de la Cour européenne ont signalé l'importance particulière qu'elle attache à la protection des mineurs. Il s'agit des arrêts Handyside, où l'accessibilité de l 'œuvre litigieuse aux mineurs constitue une circonstance particulièrement importante (§ 52), et Müller, où est relevée l'absence de limite d'âge(§ 36). La protection des mineurs est d'ailleurs l'une des préoccupations du droit européen (53).

En conclusion, il existe bien des approches différentes de la légalité comme de la proportionnalité. L'approche interne est sans doute plus favorable, en réalité, à la sécurité juridique: elle peine à donner sa place à des appréciations d'opportunité telles que le caractère d'intérêt général d'un sujet. L'approche euro-péenne est celle d'un juge qui n'hésite pas à affirmer une véri-table politique jurisprudentielle (importance conférée au dis-cours politique, à la liberté journalistique), tout en faisant preuve de prudence par une appréciation au cas par cas. Le débat qui se dessine sera celui de l'importance à accorder à la liberté d'in-former privilégiée par la Cour européenne dans sa dimension politique et journalistique, au regard de la protection de la dignité, notion centrale du droit français de l' information.

1. V. Crim. 20 févr. 2001. LP 2001. n° 180-111, p. 54, note E. Derieux; D. 2001, p. 1991, obs. A. Lepage, p. 3001 note P. Wachsmann, RSC 2001, p. 177 obs. Francillon, JCP 2002.II.101 14 note C. Ruet.

2. V. Civ. 1, 20 févr. 2001, Bull. I. n°42, LP n° 180-III, p. 53, note E. Derieux; D. 2001, p . 1999, note J.-P. Gridel, JCP 2001.II.10533, note J. Ravanas.

3. CEOH 26 avr. 1979, Sunday times c/ RU, Série A, n° 30, § 49.

4. V. Civ.1, 20 févr. 2001 précité. cassant un arrêt de Cour d'appel ayant fait application de la protection du droit à l'image. alors que la Cour d'appel avait relevé que la photographie était dépourvue de recherche du sensationnel et de toute indécence et qu'ainsi, elle ne portait pas atteinte à la 9ignité de la per-sonne représentée.

5. Civ. 1 ·•. 20 décembre 2000, Bull. I. n° 341 : O. 2001. p. 885, note J.-P. Gridel: Jcp 2001.11.10488. note J. Ravanas.

6. Des propositions récentes témoignent de l'importance de la notion. Une des propositions du récent rapport de Blandine Kriegel sur La violence à la télévi-sion est en effet de réécrire l'article 227-24 C. pén. en recentrant l'incrimina-tion sur la notion d'atteinte à la dignité de la personne humaine. Ce rapport pré-conise qu'une atteinte à la dignité soit nécessaire pour qu'un message violent ou pornographique susceptible d'être vu par un mineur soit pénalement répré-hensible. Le rapport de Mme C. Brisset, Les enfants face aux images et aux mes-sages violents diffusés par les différents supports de communication, 2002, contient la même proposition mais pour la seule notion de violence.

7. Crim. 25 janv. 1979, Jcp 1979.11.19143.

8. V. en ce sens le caractère alternatif des notions visées.

9. V. C.rim. 23 févr. 2000, BC n° 85.

10. V. Paris, 2 avr. 2002, Comm. comm. élec. 2002, n° 11 obs. A. Lepage.

11. V. « Les incertitudes de la qualification juridique de film pornographique » par S. Dupuy-Busson, LP n° 180, avr. 2001, Il, p. 42.

12. V. CE 30juin 2000, LPn° 174-111. p. 129, note E. Derieux.

13. V. LP n° 194, sept. 2002, 1., p. 100.

14. La violence à la télévision. 2002.

15. V. notamment S. Jehel, Enquête sur la représentation de la violence à la télévision en France, CsA, 1995; D. Frau-Meigs et S. Jehel, Les écrans de la violence, enjeux économiques et responsabilités sociales, Economica, 1997; Rapport B. Kriegel préc., qui s'attache à poser une définition de la violence: « la force déréglée qui porte atteinte à /'intégrité physique ou psychique pour mettre . en cause. dans un but de domination ou de destruction, /'humanité de /'indi-vidu»; Rapport C. Brisset préc .. spéc. p. 44 et 47.

16. V. C. Bigot. « La liberté de l'image entre son passé et son avenir », LP 182, juin 2001, p. 68, spéc. p. 70.

17. V. Crim. 20 févr. 2001, préc.

18. L'article 38 incriminait fa publication par tout moyèn de photo gravures, des-sins, portraits ayant pour objet la reproduction de tout ou partie des circons-tances d'un des crimes ou des délits prévus par les chap. 1, 2, et 7 du titre 2 du livre 2 du C. pén.

19. V. ÎGI Paris 10 sept. 1996, LP n° 138- Ill, p. 7, note E. Derieux.

20. V. CEDH Hashman et Harrup c/ RU 25 nov. 1999, § 32.

21. V. arrêt Müller c/ Suisse du 24 mai 1988, § 29.

22. V. arrêt Goodwin contre RU 27 mars 1996, § 33.

23. V. arrêt Müller préc .. § 29.

24. V. arrêt Oztürk c/ Turquie du 28 sept. 1999, § 55 .

25. V. arrêt News Verlags Gmbh et Cokg cl Autriche du 11 janv. 2000, § 43.

26. V. arrêt Müller § 29.

27. V. arrêt Oztürk, § 55, faisant seulement mention de « certains principes • énoncés par la jurisprudence.

28. V. arrêt Castells c/ Espagne, 23 avr. 1992, § 37.

29. V. arrêt Open Door et Dublin Weil Woman c/ Irlande 29 oct. 1992, § 60.

30. On se rappelle que dans l'arrêt Kruslin c/ France du 24 avril 1990, la Cour a exigé une loi d'une précision particulière, des règles claires et détaillées.

31. Contra C. Bigot, op. cit.. qui raisonne par analogie en se référant à Crim. 20 févr. 2001 préc.

32. Spécialement par la doctrine, v. par ex. C. Bigot préc.

33. Pour une étude détaillée, v. C. Ruet. « L'expression par l'image au regard :le l'article 10 CEDH ». in Image et Droit. sous la direction de P. Bloch. L'Harmattan, 2002, p. 33 S.

34. C'est le cas d'un reportage télévisé sur des racistes danois interviewés; v. arrêt Jersild c/ Danemark du 23 sept. 1994.

35. Qui accentue le caractère provoquant de l'expression - v. arrêt Hertel c/ Suisse du 25 août 1998 - ou qui renforce la crédibilité de celle-ci arrêt Fressoz et Roire c/ France du 21 janv. 1999.

36. Tel est le cas du tableau représentant des scènes obscènes -v. arrêt Müller cl Suisse du 24 mai 1988 -ou celui du film contenant « des représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse ». v. l'arrêt Otto Preminger Institut cl Autriche du 20 sept. 1994.

37. V. arrêt Barthold cl Allemagne du 25 mars 1985, § 58.

38. Arrêt Jersild, § 31 à 35.

39. Arrêt Jersild, § 31 .

40. Arrêt Müller, § 36.

41. Selon les termes de MM. Cohen-Jonathan et E. Dreyer, LP 1999, n° 160- 11., p. 34.

42. V. arrêts Otto Preminger Institut préc. et Wingrove c/ RU du 25 nov. 1996.

43. V. Crim. 20 oct. 1998, Jcp 2000.11.10044 où la Cour se contente d'affirmer la compatibilité d'une restriction avec la Convention EDH en se référant au seul objet de la disposition légale relative à l'intimité de la vie privée.

44. Crim. 13 nov. 2001, Comm. comm. élec. 2002, n° 109 obs. A. Lepage, LP 2002, n° 188, note B. A.

.5 Comp. avec Crim. 19 juin 2001. LP 2001-111. p. 161 note Y. Baudelot. 2001, p. 2535 note P. Lamy et B. Beignier. JcP 2002.11.10064 note A. Lepa qui ne fait pas utilisation de ce critère, se contentant de relever l'absence démonstration d'un préjudice pour l'information.

46. V. O. 2002, p. 1380. note C. Bigot, Jcp .2002.11.10152 note J. Ravam

47. Civ. 1 '•, 13 janv. 1998, Bull./. n° 14, O. 1999, p. 120 note J. Ravanas; Civ. 16 juil!. 1998, Bull. /. n° 259, O. 1999, p. 541 note J.-C. St Pau.

48. CEDH 11 juillet 2002. O. 2002. p, 2305, arrêt où l'article 8 est en cause.

49. V. arrêt Jersild préc. et arrêt Oberschlick du 1 °' juill. 1997, où la Cour consi-dère qu'une insulte venait en réponse à un discours provocateur et pouvait donc à ce titre être considérée comme incluse dans la liberté d'expression.

50. V. T GI Paris, 12 sept. 1997, LP n° 148-111, p. 6 note C. Chamagne.

51. V. Trib. corr. Paris 12 juin 1997, LP n° 148-111. p. 3, note C. Chamagne.

52. Comm. comm. électr. 2002, n° 111 obs. A. Lepage.

53. V. article 7 de la Convention européenne sur la télévision transfrontières du 5 mai 1989; v. aussi en ce qui concerne l'Union européenne, l'article 22 de la Dir. Télévision sans frontières du 3 oct. 1989 du Conseil de l'UE. mod. le 30 juin 1997, et les rapports B. Kriegel et C. Brisset préc., ainsi que D. Frau-Meigs et S. Jehel, Jeunes, Médias, Violences, le rapport du CIEM, Economica. 2002.