

LEGIPRESSE

L'actualité du droit des médias et de la communication

■ Interview

Proposition de loi sur les manipulations de l'information : le point de vue de Reporters sans frontières

Paul Coppin, responsable du pôle juridique – Reporters sans frontières

■ Chroniques & opinions

Le singulier duel entre les droits de la personnalité et la liberté d'expression des réalisateurs de biopics hollywoodiens

Thibault Gisclard, maître de conférences en droit privé à l'Université de Lille, directeur du D.U. de Propriété Industrielle

■ Cours et tribunaux

Image des biens publics : recours au droit commun

Conseil d'État, Ass., 13 avril 2018

Bérengère Gleize, maître de conférences à l'Université d'Avignon, CUERPI-CRJ, Université Grenoble-Alpes

Une confirmation que, sur internet, réactivation vaut publication

Cour de cassation (ch. crim.), 10 avril 2018

Guillaume Beaussonie, professeur à l'Université Toulouse 1-Capitole, Codirecteur de l'Institut Roger Merle, IEJUC (EA 1919)

■ Textes et documents

Avis « Protection de la vie privée à l'ère numérique » de la CNCDH

Extraits de l'avis du 22 mai 2018



Foto12

Droit d'auteur et liberté d'expression : la délicate pesée des intérêts

A propos de l'affaire *Klasen*

Cour d'appel de Versailles (1^{re} ch. 1^{re} sect.), 16 mars 2018

Commentaire de Vincent Varet, docteur en droit, avocat, professeur associé, Université Paris II Panthéon Assas

Synthèse

DROIT ECONOMIQUE DES MEDIAS

(1^{er} mai 2017 – 30 avril 2018)

Emmanuel Derieux, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Big data : quelle protection des données personnelles ?

L'entrée en application du RGPD le 25 mai 2018, couplée avec la révision de la loi Informatique et libertés, invite à se pencher sur le nouvel équilibre des droits, obligations et sanctions instituées.

Publicité ciblée en ligne et *ePrivacy*, droit à l'information et à la vie privée, *accountability*, *privacy by design*, portabilité des données, *data protection officer*, transferts des données hors de l'Union européenne, ... ce numéro de *Légicom* offre un tour d'horizon très complet des nouveaux paradigmes de la protection des données personnelles.

Ont participé à ce numéro :

P. Alix, V.-L. Benabou, N. Botchorichvili, M. Clément-Fontaine, L. Dubois, K. Favro, F. Gaullier, R. Gola, M. Le Roy, N. Mallet-Poujol, C. Zolynski.

40 €

(frais de port offerts)



Photo non contractuelle

124 pages
format : 19,5 x 25 cm
Disponible en librairie

BON DE COMMANDE

À adresser à : LEGICOM Service client ProPublic, rue Pierre Charpy, 59440 Avesnes sur Helpe
Ou par e-mail : service-clients@victoires-sa.fr

Je souhaite recevoir **LEGICOM Numéro 59 - Big data : quelle protection des données personnelles ?**

au prix de **40 € TTC*** (frais de port offerts) :

exemplaire(s) x 40 €, soit un total de : €

Mode de règlement:

Chèque ci-joint (à l'ordre de Victoires Éditions)

Carte bleue / Visa n°:

Date d'expiration: Cryptogramme:

Date, signature, cachet obligatoires

Remplir le formulaire ci-dessous ou joindre votre carte de visite

Nom, prénom

Fonction

Secteur d'activité

Code NAF

Organisme, société

Adresse

.....

Code postal-Ville

Tél. :

Fax :

E-mail :

(Afin d'améliorer l'ensemble des services liés à la gestion de votre commande, merci de nous indiquer votre courriel)

*T.V.A. : 5,5 % - Tarifs 2018

Conformément à la loi Informatique et Liberté, nous vous informons que les données recueillies servent à la gestion de votre commande. Elles servent aussi à vous informer sur nos produits ou services, et éventuellement sur ceux de nos partenaires. Si vous ne le souhaitez pas, cochez cette case . Par ailleurs, vous conservez un droit de rectification en nous écrivant.

Sommaire

>>> Index P. 298

Actualité

p. 299 Interview

Proposition de loi sur les manipulations de l'information : le point de vue de Reporters sans frontières

Paul Coppin, responsable du pôle juridique – Reporters sans frontières

p. 301 Flash

p. 302 Parus au JO (du 24 mai au 26 juin 2018)

p. 303 Jurisprudence

Sommaire des décisions sélectionnées

p. 315 Médiathèque

Ouvrages, rapports officiels, thèses soutenue

Chroniques & opinions

p. 317 Le singulier duel entre les droits de la personnalité et la liberté d'expression des réalisateurs de biopics hollywoodiens

Thibault Gisclard, maître de conférences en droit privé à l'Université de Lille, directeur du D.U. de propriété industrielle

Cours & tribunaux

p. 322 Image des domaines

Image des biens publics : recours au droit commun

Conseil d'État, (Ass.), 13 avril 2018, Domaine national de Chambord c/ Brasseries Kronenbourg

Bérengère Gleize, maître de conférences à l'Université d'Avignon, CUERPI-CRJ, Université Grenoble-Alpes

p. 328 Apologie

Précisions sur les réquisitions aux fins d'enquête et les délits d'apologie publique

Cour de cassation (ch. crim.), 7 mai 2018, A. Soral

Emmanuel Dreyer, professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris 1)

p. 332 Prescription

Une confirmation que, sur internet, réactivation vaut publication

Cour de cassation (ch. crim.), 10 avril 2018, Sté Éditions Chantegrel

Guillaume Beaussonie, professeur à l'Université Toulouse 1-Capitole, codirecteur de l'Institut Roger Merle, IEJUC (EA 1919)

p. 336 Droit d'auteur

Droit d'auteur et liberté d'expression : la délicate pesée des intérêts

Cour d'appel de Versailles (1^{re} ch. 1^{re} sect.), 16 mars 2018, A. Malka c/ P. Klasen

Vincent Varet, docteur en droit, avocat, professeur associé,

Université Paris II Panthéon Assas

Textes et documents

p. 344 Avis « Protection de la vie privée à l'ère numérique » de la CNCDH

Extraits de l'avis du 22 mai 2018 de la Commission nationale consultative

des droits de l'homme sur la protection de la vie privée à l'ère du numérique

Synthèse

p. 353 Droit économique des médias (1^{er} mai 2017 – 30 avril 2018)

Emmanuel Derieux, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

L'actualité du droit des médias
et de la communication

Fondé en 1979

38, rue Croix-des-Petits-Champs
75001 Paris

Tél. : 01 53 45 89 14

E-mail : redaction@legipresse.com
www.legipresse.com

Fondateur : Manuel MOLINA

COMITÉ DE RÉDACTION

■ Basile ADER

Directeur de la rédaction

Avocat au Barreau de Paris

■ Emmanuel DERIEUX

Conseiller de la rédaction

Professeur à l'Université de Paris II

■ Éric ANDRIEU

Avocat au Barreau de Paris

■ Christophe BIGOT

Avocat au Barreau de Paris

■ Nicolas BONNAL

Conseiller à la Cour de cassation

■ Charles-Henry DUBAIL

Président de la Commission juridique et fiscale de la FNPS

■ Pierre-Yves GAUTIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

■ Frédéric GRAS

Avocat au Barreau de Paris

■ Nathalie MALLET-POUJOL

Directrice de recherche au CNRS

■ Thomas RONDEAU

Président de la 17^e chambre, TGI de Paris

■ Anne-Marie SAUTERAUD

Présidente du pôle 2, chambre 7,
cour d'appel de Paris

■ Grégoire WEIGEL

Avocat au Barreau de Paris

Directeur de la publication :

Charles-Henry DUBAIL

Directrice déléguée : Amélie BLOCMAN

Rédaction : Claire LAMY

ABONNEMENTS ET VENTE

Tél. : 03 27 56 38 57

Propublic, rue Pierre Charpy,

59440 Avesnes-sur-Helpe

Mail : service-clients@victoires-sa.fr

Abonnement annuel (11 n^{os} + l'accès à la base documentaire en ligne + feuilletage + E-newsletter) : 491 € TTC (France métropolitaine)
Le n^o : 43 € TTC

Numéro CPPAP : 1219 T 82970

ISSN : 0751-9478

Légipresse est une publication VICTOIRES SA

Capital 140 986 € RCS Paris B 342 731 247

Principal actionnaire : Charles-Henry Dubail

Membre de



IMPRESSION

DIGITAPRINT

Imprimerie de l'Avesnois
59440 Avesnes-sur-Helpe

Papier certifié PEFC - Origine : Portugal
Taux fibre recyclé : 0 % - Ptot : 0.022



MODE DE RÉFÉRENCIEMENT : Légipresse, n^ox, p. xxx
NOS LECTEURS PUBLIENT

Vous pouvez soumettre au comité de rédaction, pour publication dans Légipresse, vos projets de tribune, chronique ou commentaire de jurisprudence en les adressant à : contact@legipresse.com. En soumettant votre texte, vous engagez à ne pas le proposer à un autre éditeur, le temps de son examen par le comité de rédaction, celui-ci ne pouvant excéder un mois.

Index

APOLOGIE

- Les dispositions du Code pénal réprimant l'apologie d'actes de terrorisme sont conformes à la Constitution p. 328
Conseil constitutionnel, 18 mai 2018
- L'apologie de crimes de guerre et l'apologie de crimes contre l'humanité sont des délits distincts p. 303
Cour de cassation (ch. crim.), 7 mai 2018
Voir le commentaire de Emmanuel Dreyer p. 322

CINÉMA

- Le recours formé devant le juge des référés du Conseil d'État pour suspendre la délivrance du visa d'exploitation du film « L'homme qui tua Don Quichotte » est rejeté p. 304
Conseil d'État, 18 mai 2018
- La justice autorise la projection de « L'homme qui tua Don Quichotte » en clôture du Festival de Cannes p. 304
TGI de Paris (ord. réf.), 9 mai 2018

COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

- Avis « Protection de la vie privée à l'ère numérique » de la CNCDH p. 344
Extraits de l'avis du 22 mai 2018 de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur la protection de la vie privée à l'ère du numérique

DIFFAMATION

- L'excuse de bonne foi admise au profit de l'auteur d'un article bénéficie également au directeur de publication qui a permis l'accès aux propos litigieux p. 305
Cour de cassation (ch. crim.), 7 mai 2018
- Publication d'un article sur l'atteinte au secret des sources des journalistes relevant de l'intérêt général et reposant sur une base factuelle suffisante p. 305
Cour de cassation (ch. crim.), 7 mai 2018
- Article rendant compte d'un procès engagé contre le président de la Miviludes s'inscrivant dans un sujet d'intérêt général ne dépassant pas les limites admissibles de la liberté d'expression p. 306
Cour de cassation (ch. crim.), 10 avril 2018

DROIT D'AUTEUR

- Droit d'auteur et liberté d'expression : la délicate pesée des intérêts p. 336
Commentaire de Vincent Varet sous CA de Versailles (1^{re} ch. 1^{re} sect.), 16 mars 2018

DROIT ECONOMIQUE DES MEDIAS

- Droit économique des médias (1^{er} mai 2017 – 30 avril 2018) p. 353
Synthèse d'Emmanuel Derieux

IMAGE DES DOMAINES

- Avant l'entrée en vigueur de la loi Création, le domaine de Chambord ne pouvait soumettre à autorisation l'exploitation commerciale de l'image du château p. 322
Conseil d'État, Ass., 13 avril 2018
Voir le commentaire de Bérengère Gleize p. 330

INFORMATIQUE ET LIBERTÉS

- Le Conseil d'État rappelle les obligations s'imposant à l'éditeur d'un site pour la mise en place de cookies sur le terminal des utilisateurs p. 307
Conseil d'État (10^e et 9^e ch. réunies), 6 juin 2018

INJURE

- Qualifier une personne de « *sinistre personnage* » et de « *malade schizophrène* » est injurieux p. 308
TGI de Paris (17^e ch. civ.), 23 mai 2018

LIBERTÉ D'EXPRESSION

- Proposition de loi sur les manipulations de l'information : le point de vue de Reporters sans frontières p. 299
Interview de Paul Coppin
- Condamnation d'un blogueur allemand pour avoir publié l'image de l'ancien chef de la SS et des symboles nazis, non constitutive d'une violation de l'article 10 de la CEDH p. 308
CEDH (5^e sect.), 5 avril 2018
- Violation du droit à la liberté d'expression de deux personnes condamnées pour avoir brûlé, en 2007, une photographie du couple royal d'Espagne p. 309
Cour EDH (3^e sect.), 13 mars 2018
- Le singulier duel entre les droits de la personnalité et la liberté d'expression des réalisateurs de biopics hollywoodiens p. 317
Chronique de Thibault Gisclard

MARQUE

- Litige entre la société de production titulaire des marques « *Le bureau des légendes* » et l'éditeur d'un ouvrage consacré à l'analyse de la série p. 309
TGI de Paris, (ord. réf.), 16 avril 2018

PARASITISME

- La cour d'appel considère que Lady Gaga n'a pas commis d'actes de parasitisme à l'encontre de l'artiste Orlan pour s'approprier ses œuvres et son apparence physique p. 310
Cour d'appel de Paris (pôle 5 – ch. 1), 15 mai 2018

PUBLICATIONS INTERDITES

- La publication dans la presse des photographies prises lors du procès d'Abdelkader Merah a violé l'article 38 ter de la loi de 1881 p. 311
TGI de Paris (17^e ch.), 8 juin 2018

PRESCRIPTION

- Une confirmation que, sur internet, réactivation vaut publication p. 332
Commentaire de Guillaume Beaussonie sous Cour de cassation (ch. crim.), 10 avril 2018

PROCÉDURE

- Annulation à tort d'une citation au motif que l'huissier n'aurait pas respecté les règles de l'article 558 du Code de procédure pénale p. 311
Cour de cassation (ch. crim.), 10 avril 2018

PROVOCATION

- Tweet d'un candidat à l'élection présidentielle évoquant « *l'invasion migratoire* » non constitutif de provocation à la haine raciale p. 312
TGI de Paris (17^e ch. corr.), 6 juin 2018
- Alain Soral jugé coupable de provocation à la discrimination et à la haine en raison de la publication, sur son site internet, de deux dessins antisémites p. 312
TGI de Paris (17^e ch.), 1^{er} juin 2018

PUBLICITÉ

- Condamnation de L'Amateur de cigares en raison d'un numéro de la revue faisant de la promotion en faveur du tabac p. 313
Cour de cassation (ch. crim.), 15 mai 2018

RÉFÉRÉ

- Rejet d'une demande visant à interdire la diffusion d'un film sur la fille d'un champion américain de base-ball p. 313
TGI de Paris (ord. réf.), 11 janvier 2018

STATUT PROFESSIONNEL

- Absence de renvoi d'une QPC portant sur la possibilité pour les salariés d'agences de presse de bénéficier de l'indemnité de licenciement des journalistes p. 313
Cour de cassation (ch. soc.), 9 mai 2018
- Conditions requises pour qu'un correspondant de presse puisse se voir reconnaître la qualité de journaliste professionnel p. 314
Cour de cassation (ch. soc.), 30 mai 2018

VIE PRIVÉE

- Atteinte à la vie privée et au droit à l'image d'un réalisateur photographié au cimetière du Père-Lachaise lors des obsèques du père de sa compagne p. 314
TGI de Paris (ord. réf.), 16 février 2018

 Suivez-nous sur twitter : @Legipresse

La photocopie tue la presse !

Reproduction interdite sans l'autorisation de l'éditeur ou du Cfc (Centre français du droit de copie) - Tél. : 01 44 07 47 70 – fax : 01 46 34 67 19
Les textes et commentaires publiés dans nos pages n'engagent que leurs auteurs.

Proposition de loi sur les manipulations de l'information : le point de vue de Reporters sans frontières

Alors que la proposition de loi sur les manipulations de l'information revient en discussion au Parlement, Reporters sans frontières explique en quoi les mécanismes proposés pourraient se révéler inefficaces, voire contre-productifs, et formule ses préconisations.

L'objectif de la lutte contre les fausses informations vous semble-t-il légitime, et les solutions proposées par la loi à même d'y répondre ?

La proposition de loi sur les manipulations de l'information marque la volonté du gouvernement de lutter contre la désinformation massive et délibérée en ligne dans un but politique. L'impact que peut avoir la manipulation de l'information sur la démocratie nécessite de mettre en place des mécanismes à même de préserver l'intégrité du débat public et de nos processus démocratiques. Si Reporters sans frontières reconnaît l'importance de l'enjeu, l'organisation est plus réservée sur les mécanismes mis en place par la loi, qui pourraient se révéler inefficaces, voire contre-productifs.

Ainsi, concernant les nouveaux pouvoirs donnés au Conseil supérieur de l'audiovisuel (qui pourra refuser l'autorisation d'émettre d'une chaîne de télévision ou de radio si elle est contrôlée, ou sous l'influence, d'un Etat étranger, et si elle « porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, notamment par la diffusion de fausses informations »), une autre logique aurait dû être privilégiée : plutôt que de viser « l'influence étrangère », qui renforce la logique de la guerre de l'information, et qui crée le risque de mesures de rétorsion de la part de pays qui s'y livrent déjà, ce sont des garanties d'indépendance éditoriale de l'ensemble des médias que le CSA devrait pouvoir exiger. Des sanctions devraient pouvoir être prononcées lorsqu'il est établi que ces médias ne satisfont pas à leurs obligations, quelle que soit l'entité qui les contrôle.

S'agissant des autres mécanismes de la loi, ils seront soit inopérants, soit insuffisants. Le mécanisme de référé judiciaire sera impraticable et se révélera contre-productif. Et l'obligation de transparence des plateformes est bien en deçà de ce qui est nécessaire pour répondre aux enjeux. C'est tout le statut et le régime de responsabilité des plateformes qui doit être refondé.

En quoi le mécanisme de référé judiciaire envisagé vous semble-t-il inopérant ? Comporte-t-il selon vous un danger pour la presse ?



Paul Coppin
Responsable du pôle
juridique - Reporters
sans frontières

Le mécanisme de référé judiciaire mis en place par la proposition permettra au juge, saisi pendant la période électorale, d'ordonner sous 48 h de faire cesser la diffusion des « fausses informations de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir » qui sont « diffusées de manière délibérée », « de manière artificielle ou automatisée et massive par le biais d'un service de communication au public en ligne ». Dès lors que le juge est en mesure d'apporter la preuve du caractère manifestement erroné d'une nouvelle, il n'est pas abusif qu'il puisse en limiter la diffusion si elle est délibérément manipulateur. Et il est préférable que ce rôle revienne au juge judiciaire plutôt qu'à la police (comme c'est le cas

en Italie) ou aux plateformes elles-mêmes (comme en Allemagne). Mais on peut se demander comment le juge pourra, en 48 h, vérifier la véracité d'une information, l'intention de celui qui l'a produite, le caractère massif et artificiel de sa diffusion, et l'impact que cette information pourra avoir sur le scrutin à venir. Il est à craindre que le juge sera dans l'incapacité de statuer, ce dont ne manqueront pas de se prévaloir les auteurs de contenus délibérément mensongers. Non seulement inopérante, la loi pourrait donc produire des effets pervers et contre-productifs.

Que pensez-vous de la définition de la « fausse information » retenue au terme du vote par l'Assemblée nationale : « toute allégation ou imputation d'un fait inexact ou trompeur » ?

La définition d'une « fausse information » donnée par la proposition de loi est inquiétante à double titre. Des informations « trompeuses » ou « inexactes » relèvent de réalités, de pratiques, d'intentions très différentes. Ce qui est « trompeur » vise délibérément à induire en erreur, et relève d'une intention dolosive, et en rapporter la preuve, de surcroît en référé, est impossible. Si ce qui est inexact peut tomber sous le coup de la loi, alors toutes les informations, par exemple, sur les chiffres du chômage, sur le nombre de participants à une manifestation, sur le bilan humain d'un conflit, qui sont le plus souvent des estimations - donc non parfaitement « exacts » pourraient voir leur diffusion empêchée par un juge ? Cette définition méconnaît la réalité du monde, qui est complexe, mouvant, incertain, et qui ne peut que rarement être décrit de façon « exacte ». Elle méconnaît de

même la logique du travail journalistique, qui consiste à respecter la vérité factuelle, à la rechercher, à s'en rapprocher autant que possible mais qui ne saurait prétendre à la parfaite exactitude. Il est inquiétant que le législateur, qui intervient dans le champ de la liberté d'expression et d'information dans le but de préserver la fiabilité de l'information, méconnaisse à ce point la réalité de l'exercice du journalisme...

Vous préconisez de revoir le régime de responsabilité des plateformes ? Dans quel sens ?

L'activité des plateformes en ligne (Google, Twitter, Facebook...) a créé les moyens de diffusion massive de contenus haineux ou d'informations intéressées, trompeuses, voire délibérément mensongères. Elle affecte le système global de l'information en mettant en péril la capacité des citoyens à se forger leurs opinions et à se déterminer librement. Pourtant le cadre légal qui s'applique aujourd'hui aux plateformes ne prend aucunement en compte l'impact de leur activité sur le droit à l'information et la liberté d'opinion des citoyens. Ces plateformes sont en effet régies principalement par le droit commercial, et elles bénéficient d'un régime de quasi irresponsabilité s'agissant des contenus partagés sur leurs services. Il est donc urgent de revoir le statut de ces plateformes, et de créer un statut particulier, distinct de ceux de l'hébergeur et de l'éditeur, et prenant en compte leurs activités de diffusion, de curation et de modération de contenus. De ce statut doivent découler des droits et obligations spécifiques au regard de l'impact de leur activité sur l'accès à l'information journalistique, l'exercice de la liberté d'opinion, et l'intégrité du débat public.

Les plateformes doivent notamment supporter des obligations en matière de transparence, sur leurs algorithmes, sur le sponsoring des contenus, et sur la collecte de données personnelles. Elles doivent également avoir l'obligation de mettre leur politique de modération en ligne en conformité avec les principes fondamentaux des droits à la liberté d'expression et d'information. Elles doivent favoriser la visibilité et l'accès à des informations fiables et dignes de confiance. Une obligation de neutralité à l'égard des informations qu'elles mettent à disposition des utilisateurs, au plan politique, idéologique, religieux ou autre, doit leur être imposée, ainsi que celle de proposer des contenus divers et pluralistes. Afin de contrôler le respect de ces obligations par les plateformes, il est nécessaire de créer un organe indépendant de régulation, qui sera chargé au plan national, de mener ou diligenter des enquêtes, de préconiser l'adoption de mesures par les plateformes, de prononcer des sanctions, de saisir le parquet, pour vérifier que les algorithmes et la modération sont bien conformes aux principes de la liberté d'expression et aux obligations des plateformes au regard de l'intégrité du débat public.

Que pensez-vous d'une plus grande coopération entre les plateformes et les éditeurs de presse écrite ou audiovisuels ?

Il n'entre pas dans le mandat de RSF de commenter des coopérations entre des plateformes et des médias. L'important est que ces coopérations ne relèvent pas simplement du sponsoring,

de la mise sous tutelle, de la prise de contrôle ou de l'achat par les plateformes d'une nouvelle image.

Reporters sans frontières travaille de son côté à la mise en place de standards destinés à établir une certification des médias. Pouvez-vous nous présenter cette initiative ?

La défense du journalisme suppose de donner un avantage réel à tous ceux qui produisent des informations de manière fiable, quel que soit leur statut. RSF travaille à une initiative d'autorégulation innovante, la *Journalism Trust Initiative* (JTI, Initiative pour la fiabilité de l'information), qui vise à favoriser le respect des processus de production journalistique et à donner des avantages concrets à ceux qui les mettent en œuvre.

La *Journalism Trust Initiative* consiste à créer un référentiel pour le journalisme sous la forme d'indicateurs sur la transparence des médias, l'indépendance éditoriale, la mise en œuvre de méthodes journalistiques et le respect des règles déontologiques. Ces normes (ou «standards») seront établies dans le cadre d'un processus concerté sous l'égide du Comité européen de normalisation (CEN), ouvert aux acteurs concernés du secteur : médias, associations et syndicats professionnels, instances d'autorégulation comme

les conseils de presse et les organismes de réglementation, ainsi que les plateformes numériques, annonceurs et représentants des intérêts des consommateurs. Ces normes sont destinées à devenir une référence en matière d'autorégulation des médias et de bonnes pratiques pour tous ceux qui produisent des contenus journalistiques, qu'il s'agisse de blogueurs ou de groupes de médias internationaux. L'adoption des règles ouvrira la voie à un processus de certification.

Des avantages pourront ainsi être attachés à la qualité et à l'indépendance du journalisme à travers une distribution et un traitement privilégiés par les algorithmes des moteurs de recherche et des réseaux sociaux, avec pour résultat une meilleure visibilité, une plus grande portée et de plus importantes recettes publicitaires. Des représentants des annonceurs, soucieux d'établir une "liste blanche" de médias auxquels associer leur image, ont par ailleurs affirmé leur intérêt pour l'initiative, qui pourrait leur fournir des critères pour affecter leurs dépenses publicitaires. Le dispositif pourrait aussi servir de référence pour les aides publiques à la presse, offrant ainsi aux médias des sources de financement complémentaires. Il pourra être utilisé par des organes de régulation et servir de base à un label des médias de confiance.

Propos recueillis par Amélie Blocman

AUDIOVISUEL

Le ministre de la Culture annonce le premier volet du plan de réforme de l'audiovisuel public

Le 4 juin 2018, la ministre de la Culture Françoise Nyssen a présenté son plan de réforme de l'audiovisuel public. À l'heure du numérique, la « transformation de l'offre et l'investissement dans les contenus » doivent être la priorité. Ainsi, la ministre souhaite que le service public audiovisuel réaffirme sa différence, pour devenir : « un média engagé, qui ose la création » (formats inédits, écritures originales), et qui « anticipe des usages liés aux mutations technologiques ». Le lancement d'une plateforme de décryptage des fausses nouvelles, hébergée sur le site de France info (« Vrai ou fake »), ainsi que le lancement prochain d'une offre commune en matière d'éducation grand public ont été annoncés. Les 560 millions d'euros investis chaque année dans la production de contenus ont été « sanctuarisés » et deux nouvelles plateformes numériques (dédiées aux arts et la culture) vont être lancées pour porter cette création. La ministre a également annoncé un investissement sérieux dans le numérique, avec 150 millions d'euros supplémentaires investis conjointement d'ici 2022 par les sociétés de l'audiovisuel public. France Télévisions va libérer au moins le canal hertzien de France 4 et une concertation sera lancée concernant le maintien de France Ô sur ce canal. Après s'être concentrée sur la transformation de l'offre, Françoise Nyssen a annoncé qu'elle présenterait, en 2019, trois projets de loi portant sur la réforme de la gouvernance, la régulation à l'heure du numérique et la réforme de la contribution à l'audiovisuel public.

DROIT D'AUTEUR

Le Parlement européen adopte le rapport de la commission des affaires juridiques sur la directive « droit d'auteur »

Au terme d'un vote serré (14 voix pour, 9 contre et 2 abstentions), la commission des affaires juridiques du Parlement européen a adopté, mercredi 20 juin, sa position sur la révision de la directive sur le droit d'auteur afin de l'adapter au numérique. Le mandat de négociation avec le Conseil a également été adopté. La décision de lancer les négociations devait être annoncée lors de l'ouverture de la session plénière du Parlement le 2 juillet. Aux termes du rapport de M. Voss (PEE) adopté, l'article 11 du projet de directive introduit un droit voisin d'une durée de 5 ans au profit des éditeurs et des agences de presse en vue de les rétribuer de manière « juste et proportionnée », et prévoit que les journalistes doivent se voir affecter une part « appropriée » des revenus supplémentaires que les éditeurs seraient en mesure de tirer des droits voisins. Le texte traite également des exceptions aux règles générales du droit d'auteur pour l'exploration de textes et de données, les illustrations utilisées à des fins éducatives et pour les institutions de patrimoine culturel telles que les musées ou les bibliothèques. Il limite notamment les éléments qu'un article de presse que les agrégateurs d'informations peuvent partager sans avoir à payer une redevance. Autre point très discuté du texte, l'article 13 du projet de directive prévoit de rendre responsables les plateformes numériques des contenus qu'elles hébergent (en utilisant de manière « appropriée et proportionnée » des technologies de reconnaissance de contenu), et souligne qu'elles ne peuvent pas bénéficier de la responsabilité limitée prévue par la directive e-commerce. Le Conseil de

l'UE était pour sa part également enfin parvenu à un accord le 25 mai dernier et avait arrêté sa position de négociation sur ce point. Pour assurer la rémunération des ayants droit, l'article 13 prévoit que « les plateformes qui interviendront en connaissance des conséquences de leurs actions » font bien acte de communication au public. Ces plateformes devront obtenir une licence ou devront empêcher la diffusion de contenus protégés. Elles ne pourraient toutefois être tenues pour responsables des contenus contrefaisants quand, d'une part, elles appliquent des mesures efficaces pour empêcher la disponibilité des œuvres non autorisées et, d'autre part, elles prennent des mesures nécessaires pour retirer le contenu et empêcher sa réapparition après notifications d'un ayant droit. Françoise Nyssen s'est félicitée de ce vote et a annoncé qu'elle serait « vigilante à ce que la suite des négociations confirme ces évolutions importantes, pour une régulation du numérique qui bénéficie à la création, à la diversité culturelle et au pluralisme de la presse ».

Mission du CSPLA sur l'intelligence artificielle

L'intelligence artificielle (IA) suscite de nombreuses réflexions, tant en France qu'au niveau européen. Ainsi, la Commission européenne a dévoilé, le 25 avril 2018, sa stratégie en la matière et invité les États membres à réfléchir aux conséquences de l'IA sur la propriété intellectuelle, alors même que les médias se font l'écho d'expériences en matière musicale, littéraire ainsi que dans le domaine des arts graphiques et plastiques. Aussi il est apparu opportun de lancer une réflexion au sein du CSPLA pour étudier les implications de l'IA dans les secteurs de la création culturelle. Une phase préliminaire de concertation s'est tenue le 15 mai 2018 au ministère de la Culture afin de définir les besoins et le périmètre d'une éventuelle mission. Le projet a reçu le soutien des parties prenantes et il a été convenu que la réflexion juridique soit enrichie d'une approche économique. L'idée est d'entendre les différents acteurs (réunions sectorielles et collectives) et de travailler de concert, pour aboutir à un premier état des lieux et des propositions. Sur le plan juridique, l'objectif est de réfléchir au régime applicable à une réalisation issue d'une IA, dès lors que celle-ci est suffisamment performante pour « effacer » l'humain : comment le droit doit-il alors s'appliquer ? Et en amont, se pose la question de la qualification des « données » entrantes qui alimentent l'IA : quel régime appliquer aux œuvres qui ont « nourri » l'IA ? Le monopole trouve-t-il à s'appliquer ? L'étude ne s'étendra cependant pas à la question de la protection de l'IA en elle-même, et notamment des algorithmes sous-jacents.

FAKE NEWS

Première séance d'examen à l'Assemblée nationale du projet de loi sur la manipulation de l'information

L'Assemblée nationale a démarré le 7 juin 2018 en fin de journée l'examen du projet de loi « sur la manipulation de l'information », comme il se nomme désormais à l'issue de l'examen en commissions. Après avoir rejeté les différentes motions de rejet et de renvoi du texte, les députés n'ont pu examiner qu'une poignée d'amendements sur les 220 déposés. L'intégralité de la première lecture du texte devrait désormais se dérouler entre le 3 et le 6 juillet à l'Assemblée, puis le 26 juillet au Sénat. Lors de la première séance d'examen, la première et principale difficulté a résidé dans la tentative de définir la notion de « fausse information ». La version

qui avait été retenue en Commission a été amendée à l'initiative de Naïma Moutchou pour devenir «*toute allégation ou imputation d'un fait inexact ou trompeur*». Mais l'ajout de cette définition au sein du Code électoral ne satisfait pas le gouvernement qui ne « *juge pas qu'une telle définition est nécessaire*», tout en prenant acte du souhait de l'Assemblée nationale «*d'avoir un débat*» sur la définition de la notion. La ministre de la Culture a dit compter sur la navette parlementaire pour «*parvenir à une rédaction plus satisfaisante*». Par ailleurs, les députés ont supprimé par la voie d'amendements du gouvernement l'infraction pénale qu'encourrait l'auteur de fausses informations, qui avait également été introduite en Commission. Les députés ont également adopté un amendement visant à compléter les obligations faites aux opérateurs de plateformes en ligne en période électorale. Elles seront tenues de fournir une «*information loyale, claire, et transparente sur l'utilisation de ses données personnelles dans le cas de la promotion d'un contenu d'information*». La création d'un registre public recensant les informations relatives aux campagnes de sponsoring de contenus a également été votée.

 Voir l'interview, p. 299

INFORMATIQUE ET LIBERTÉS

Après son examen par le Conseil constitutionnel, la loi relative à la protection des données personnelles est parue au JO

La loi relative à la protection des données personnelles est parue au *Journal officiel*. Le texte va adapter la législation nationale pour l'adapter au règlement (UE) 2016/679 dit «*RGPD*» ainsi qu'à la directive (UE) 2016/680 du même jour relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données. Le Conseil constitutionnel s'était prononcé le 12 juin 2018 sur la loi, dont il avait été saisi par plus de soixante sénateurs qui, outre un défaut d'accessibilité et d'intelligibilité de l'ensemble de la loi, contestaient une dizaine d'articles. Seule l'une des dispositions a été censurée. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a étendu sa jurisprudence relative aux lois de transposition d'une directive européenne aux lois ayant pour objet d'adapter le droit interne à un règlement de l'Union européenne. Amené à se prononcer pour la première fois sur le recours par l'administration à des algorithmes pour l'édiction de ses décisions, le Conseil a notamment relevé que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'autoriser l'administration à adopter des décisions sans base légale, ni à appliquer d'autres règles que celles du droit en vigueur. Il n'en résulte dès lors aucun abandon de compétence du pouvoir réglementaire. Se fondant notamment sur ce que le seul recours à un algorithme pour fonder une décision administrative indivi-

duelle est subordonné au respect de trois conditions, le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur a défini des garanties appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés des personnes soumises aux décisions administratives individuelles prises sur le fondement exclusif d'un algorithme. De même a été validé l'article 20 de la loi déferée aux termes duquel un mineur peut consentir seul à un traitement de données à caractère personnel « *en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information à compter de l'âge de quinze ans*».

En revanche, ont été censurés les mots «*sous le contrôle de l'autorité publique*» figurant à l'article 13 de la loi déferée, modifiant l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978 afin de fixer le régime des traitements de données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales, aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes, lorsque ces traitements ne sont pas mis en œuvre par les autorités compétentes à des fins pénales au sens de la directive du 27 avril 2016. Il a en effet jugé que l'article 10 du RGPD n'autorise le traitement de données à caractère personnel en matière pénale ne relevant pas de la directive du même jour que dans certaines hypothèses, parmi lesquelles figure la mise en œuvre de tels traitements «*sous le contrôle de l'autorité publique*». Or le législateur s'est borné à reproduire ces termes dans les dispositions contestées, sans déterminer lui-même ni les catégories de personnes susceptibles d'agir sous le contrôle de l'autorité publique, ni quelles finalités devraient être poursuivies par la mise en œuvre d'un tel traitement de données.

SECRET DES AFFAIRES

La proposition de loi relative à la protection du secret des affaires définitivement adoptée

Après l'Assemblée nationale, le 14 juin dernier, le Sénat a adopté le 21 juin 2018, en séance publique, les conclusions de la commission mixte paritaire sur la proposition de loi relative à la protection du secret des affaires. Ce texte de transposition de la directive du 8 juin 2016 définit le secret des affaires et les conditions dans lesquelles la protection est accordée. «*L'objectif n'est certainement pas de restreindre la protection juridique accordée aux lanceurs d'alerte, de donner des armes supplémentaires contre la liberté de la presse ou de réinstaurer une forme de censure a priori du juge, abolie en 1881*», avait précisé la garde des Sceaux lors de l'examen du texte à l'Assemblée. Le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale, Raphaël Gauvain (LREM) a notamment défendu une définition «*retenant la notion de valeur commerciale et non économique, plus floue et extensive*», et «*un nouveau dispositif pour protéger plus efficacement journalistes et lanceurs d'alerte dans le cadre de procédures dites bâillon*», avec une amende civile. Fustigeant «*beaucoup de désinformation*», le député affirme que «*le texte ne pourra pas être appliqué aux journalistes, lanceurs d'alerte ou représentants du personnel*». Les parlementaires socialistes ont saisi le Conseil constitutionnel.

PARU AU JO CE MOIS-CI (DU 24 MAI AU 26 JUIN 2018)		 Texte ayant fait l'objet d'une présentation dans les pages flash
MATIÈRE	INTITULÉ	RÉFÉRENCES
INFORMATIQUE ET LIBERTÉS	LOI n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles (1)	JO du 21 juin 2018
VIE PRIVÉE	Avis de la CNCDH du 22 mai 2018 sur la protection de la vie privée à l'ère du numérique	JO du 3 juin 2018

APOLOGIE

361-01 Les dispositions du Code pénal réprimant l'apologie d'actes de terrorisme sont conformes à la Constitution

Conseil constitutionnel, 18 mai 2018, Décision n° 2018-706 QPC - M. Jean-Marc R.

Le Conseil constitutionnel a été saisi par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles 421-2-5, 422-3 et 422-6 du Code pénal. Les dispositions contestées de l'article 421-2-5 du Code pénal répriment le délit d'apologie publique d'actes de terrorisme d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, peine portée à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsque le délit a été commis en utilisant un service de communication au public en ligne. Quant aux dispositions contestées de l'article 422-3 du Code pénal, elles instaurent des peines complémentaires susceptibles d'être prononcées à l'encontre des auteurs de ce délit. Sont ainsi encourues, pour une durée maximum de dix ans, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, ainsi que l'interdiction de séjour. Enfin, l'article 422-6 du Code pénal punit les personnes « *coupables d'actes de terrorisme* », une peine complémentaire de confiscation de tout ou partie des biens leur appartenant ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont elles ont la libre disposition.

Selon le requérant, ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines, faute pour le législateur d'avoir suffisamment circonscrit le champ d'application de ce délit. Elles violent la liberté d'expression, dès lors qu'elles incriminaient un comportement sans imposer que son auteur manifeste une intention terroriste et sans exiger un risque avéré de passage à l'acte terroriste. Enfin, les peines sanctionnant ce délit contrevenaient aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines.

Faisant application de sa jurisprudence sur les principes et règles qui viennent d'être mentionnés, le Conseil constitutionnel écarte les critiques formulées contre les dispositions contestées, par trois séries de motifs.

Il relève en premier lieu qu'il résulte de la définition du délit d'apologie de terrorisme établie par l'article 421-5 du Code pénal que le comportement incriminé doit inciter à porter un jugement favorable sur une infraction expressément qualifiée par la loi d'« *acte de terrorisme* » ou sur son auteur. D'autre part, ce comportement doit se matérialiser par des propos, images ou actes présentant un caractère public, c'est-à-dire dans des circonstances traduisant la volonté de leur auteur de les rendre publics. Dès lors, les dispositions contestées ne revêtent pas un caractère équivoque et sont suffisamment précises pour garantir contre le risque d'arbitraire. Le Conseil constitutionnel écarte par ces motifs le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines.

En deuxième lieu, s'agissant de la nécessité des peines contestées, le Conseil constitutionnel relève notamment qu'en aggravant le montant de la peine encourue par l'auteur du délit lorsque celui-ci a été commis en utilisant un service de communication

au public en ligne, le législateur a pris en compte l'ampleur particulière de la diffusion des messages prohibés que permet ce mode de communication, ainsi que son influence dans le processus d'endoctrinement d'individus susceptibles de commettre des actes de terrorisme. Le Conseil constitutionnel juge qu'au regard de la nature des comportements réprimés, les peines instituées, qui sont prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, ne sont pas manifestement disproportionnées.

En troisième lieu, s'agissant de l'atteinte à la liberté d'expression et de communication, le Conseil constitutionnel relève notamment qu'en instituant le délit d'apologie publique d'actes de terrorisme, le législateur a entendu prévenir la commission de tels actes et éviter la diffusion de propos faisant l'éloge d'actes ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Ce faisant, il a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions, dont participe l'objectif de lutte contre le terrorisme. En outre, l'apologie publique, par la large diffusion des idées et propos dangereux qu'elle favorise, crée par elle-même un trouble à l'ordre public. Les actes de terrorisme dont l'apologie est réprimée sont des infractions d'une particulière gravité susceptibles de porter atteinte à la vie ou aux biens. L'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication par les dispositions contestées est donc nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur. Les dispositions contestées ne méconnaissent donc pas cette liberté.

361-02 L'apologie de crimes de guerre et l'apologie de crimes contre l'humanité sont des délits distincts

Cour de cassation (ch. crim.), 7 mai 2018 – Alain S.

L'essayiste Alain Soral a mis en ligne, sur le réseau Facebook, un commentaire au sujet de la remise d'une décoration allemande à Serge et Beate Klarsfeld, 70 ans après la fin de la Seconde Guerre mondiale, en ces termes : « *Voilà ce qui arrive quand on ne finit pas le boulot !* ». Le procureur de la République a ordonné par des réquisitions qui ont d'abord qualifié ce propos d'injure à caractère raciste, avant d'ajouter à cette qualification celle d'apologie de crimes de guerre, crimes contre l'humanité, une enquête au terme de laquelle il a fait citer l'intéressé devant le tribunal correctionnel de ce dernier chef. Les premiers juges l'ont condamné à six mois de prison avec sursis pour apologie de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. La cour d'appel a confirmé le jugement. Le prévenu s'est pourvu en cassation.

La Cour note que pour confirmer le jugement en ce qu'il a écarté l'exception de nullité des réquisitions aux fins d'enquête et le moyen subséquent tiré de l'acquisition de la prescription, la cour d'appel a retenu que si les soit transmis successifs visaient deux infractions distinctes, ils ne pouvaient avoir suscité de confusion chez le prévenu, à qui la citation, qui reflétait le choix de qualification effectué par le ministère public, ne reprochait qu'une seule infraction. Les juges ont ajouté que l'exception de nullité visant les réquisitions d'enquête étant ainsi rejetée, la prescription a été régulièrement interrompue. La Haute Juridiction considère qu'en cet état et dès lors que, d'une part, seul l'acte de poursuite, qui a retenu une des qualifications visées par les réquisitions aux fins d'enquête, fixe irrévocablement la

nature et l'étendue de la poursuite, d'autre part, les infractions d'injure raciste, et d'apologie de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, ne comportent pas d'éléments constitutifs inconciliables entre eux et sont susceptibles d'être envisagées successivement ou concurremment, de sorte que ces réquisitions aux fins d'enquête, régulières, ont interrompu la prescription de l'action publique, comme l'a jugé la cour d'appel.

Par ailleurs, pour la Cour, la cour d'appel a exactement caractérisé le délit d'apologie de crimes contre l'humanité prévu par l'article 24 alinéa 5 de la loi du 29 juillet 1881. L'arrêt a en effet énoncé que cette infraction exige, pour être constituée, que les propos incriminés constituent une justification des crimes contre l'humanité commis contre des personnes en raison de leur appartenance à une communauté raciale ou religieuse mais également de ceux commis contre les opposants à cette politique d'extermination systématique. Les juges ont à juste titre ajouté qu'en regrettant que le « *boulot* », au sens de la politique nazie d'extermination, non seulement des Juifs, mais aussi de ceux qui s'y opposaient, n'ait pas été achevé, puisque les époux Klarsfeld ont survécu et peuvent se voir remettre une décoration par les autorités allemandes, le prévenu présente l'entreprise génocidaire du régime nazi sous un jour favorable, comme une action légitime dont on doit souhaiter l'achèvement. Toutefois, la Cour casse et annule l'arrêt en ce qu'il a déclaré le prévenu coupable d'« *apologie de crimes de guerre, crimes contre l'humanité* ». Pour la Cour, en déclarant également le prévenu coupable d'une infraction de crimes de guerre, distincte de l'apologie des crimes contre l'humanité qu'elle avait caractérisée contre lui, sans préciser les éléments constitutifs qu'elle retenait au titre de ce premier délit, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée de l'article 24 alinéa 5 de la loi sur la presse.

 Voir le commentaire page 328

CINÉMA

361-03 Le recours formé devant le juge des référés du Conseil d'État pour suspendre la délivrance du visa d'exploitation du film *L'homme qui tua Don Quichotte* est rejeté

Conseil d'État, 18 mai 2018 – Sté Alfama Films

Une société de production a demandé au juge des référés du Conseil d'État, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, de suspendre l'exécution de la décision de la ministre de la Culture et de la Communication attribuant au film *L'homme qui tua Don Quichotte* de Terry Gilliam, un visa d'exploitation, et d'enjoindre à la société de distribution du film ainsi qu'au directeur général du festival de Cannes de ne pas exploiter ledit film. La demanderesse soutenait que, d'une part, la société de distribution, et d'autre part, le réalisateur de ce film, ne disposaient pas des droits d'exploitation.

Le Conseil d'État note qu'il résulte des termes de l'article R. 311-2 du Code de justice administrative que les recours dirigés contre les décisions du ministre de la Culture relatives à la délivrance du visa d'exploitation d'œuvres cinématographiques relèvent de la compétence en premier et dernier ressort de la cour administrative d'appel de Paris. Dès lors, le juge des référés du Conseil d'État ne peut être régulièrement saisi de la mesure d'urgence présentée par la société requérante. La requête est donc rejetée.

361-04 La justice autorise la projection de *L'homme qui tua Don Quichotte* en clôture du Festival de Cannes

TGI de Paris (ord. réf.), 9 mai 2018 - Alfama Films Production et Paulo Branco c/ Association française du festival international du film et a.

Terry Gilliam, à la fin des années 90, a souhaité s'engager dans la réalisation d'un film devant s'intituler *The man who killed Don Quixote*, inspiré du roman de Cervantes. Outre de nombreuses péripéties de tournage, un conflit a surgi entre l'auteur-réalisateur et la société Alfama Films Production et son dirigeant, Paulo Branco. Une rupture est survenue en août 2016 à l'initiative du réalisateur qui estimait que les conditions imposées par le producteur ne lui permettaient pas de monter le film qu'il portait depuis si longtemps. Le film a alors été produit par d'autres sociétés mais le producteur initial estimait que son contrat avec Terry Gilliam était toujours valide, de même que les droits qui y sont associés.

Appelé à statuer sur ce conflit concernant la titularité des droits de production, le TGI de Paris a débouté, le 19 mai 2017, l'auteur-réalisateur de sa demande de résolution judiciaire du contrat qui le lie à son producteur initial. Ce dernier, qui demandait à titre reconventionnel la suspension du tournage en cours, fut également débouté. C'est dans ce contexte qu'ayant appris que le film serait projeté le 19 mai 2018 en clôture du Festival de Cannes, la société de production et son dirigeant ont assigné en référé l'AFFIF, organisateur du festival, pour en demander l'interdiction.

Dans son ordonnance, le juge des référés constate dans un premier temps qu'il découle des contrats et des décisions de justice rendues (une autre procédure ayant été initiée au Royaume-Uni) que la société Alfama est fondée à se prévaloir des droits découlant de son contrat conclu avec Terry Gilliam, de cession des droits d'auteur à naître dans le cadre de l'exercice de son activité de réalisateur en contrepartie du versement d'une avance sur la part des recettes d'exploitation du film. De même, la société demanderesse et son dirigeant sont fondés à se prévaloir de l'option dont ils bénéficient pour, le cas échéant, acquérir une licence d'exploitation du scénario du film. Ces éléments confirment donc la non-résiliation de ces contrats au bénéfice de la société demanderesse et de son dirigeant aux fins de produire le film litigieux alors que celui-ci a finalement été réalisé par Terry Gilliam et produit avec d'autres sociétés que les demandeurs. De même, ces derniers justifient bien être titulaires de droits qui ont été méconnus par la poursuite, hors leur accord, du projet de réalisation et d'exploitation du film. Le juge estime en conséquence que leur violation caractérise un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 du Code de procédure civile et que des mesures doivent être prises pour le faire cesser.

Puis le juge rappelle qu'il lui appartient de faire cesser le trouble qu'il constate, en considérant la mesure qui paraît la mieux appropriée à l'objectif poursuivi et qui compromet le moins possible les droits ou intérêts de chacune des parties. Il est observé que les demandeurs, qui sollicitent l'interdiction de la projection, reconnaissent paradoxalement qu'une présentation lors de la séance de clôture du festival international du film « *est sans doute l'outil de promotion le plus prisé des producteurs et cinéastes* ». Or, leur demande est jugée manifestement disproportionnée au regard des droits dont ils peuvent se prévaloir

au titre des contrats. Le juge relève qu'ils se sont consacrés au projet sur une brève période (entre mars et août 2016) et ont investi environ 300 000 euros, alors que Terry Gilliam, réalisateur, travaille sur le film depuis plus de 25 ans et que les autres producteurs ont participé à son financement à hauteur de plus de 16 millions d'euros. En outre, il est relevé que si nul ne peut anticiper la réception d'une œuvre par le public et les critiques à l'issue de la projection à Cannes, les demandeurs ne justifient aucunement de raisons objectives qui pourraient augurer d'un quelconque risque pour l'avenir de l'exploitation du film, à défaut d'alléguer d'éventuelles faiblesses artistiques dudit film qu'ils ne justifient même pas avoir visionné. Enfin, il est souligné que le TGI de Paris, dans son jugement au fond de 2017, n'a pas considéré que la réalisation du film sans l'accord et la participation de la société de production demanderesse constituait une contrefaçon et une violation de ses droits patrimoniaux. Au regard de ces éléments, le juge des référés juge que l'interdiction de la projection sollicitée excéderait manifestement ce qui est juste et nécessaire pour faire cesser le trouble invoqué. Il ordonne donc la diffusion par l'AFFIF, à ses frais, d'un avertissement destiné à l'information du public et rappelant que la projection du film lors de la séance de clôture du festival ne préjuge en rien du contentieux entre les parties dont l'issue n'est pas tranchée.

DIFFAMATION

361-05 L'excuse de bonne foi admise au profit de l'auteur d'un article bénéficie également au directeur de publication qui a permis l'accès aux propos litigieux

Cour de cassation (ch. crim.), 7 mai 2018 – Sté Bolloré

Une société industrielle a déposé plainte et s'est constituée partie civile du chef de diffamation publique envers particulier à la suite de la mise en ligne sur un site internet d'un article intitulé « Pillage ? Bolloré, Crédit Agricole, Louis Dreyfus : ces groupes français champions de l'accaparement des terres ». Il était écrit, notamment : « *Alors que 868 millions de personnes souffrent de sous-alimentation, selon l'ONU, l'accaparement des terres agricoles par les multinationales de l'agro-business ou des fonds spéculatifs se poursuit* ». L'article a été repris par d'autres sites internet, en tout ou partie, certains par le biais d'un lien renvoyant aux écrits litigieux. Les deux auteurs de l'article et les directeurs de publication des sites internet incriminés ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel. Les juges du premier degré ont relaxé les prévenus des fins de la poursuite au bénéfice de la bonne foi. La société a fait appel, mais la cour a débouté la société de ses demandes. Celle-ci s'est pourvue en cassation.

La Cour de cassation note qu'elle était en mesure de s'assurer que les propos incriminés, qui s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général sur l'achat et la gestion, par des multinationales de l'agroalimentaire parmi lesquelles la société requérante, de terres agricoles essentiellement situées en Afrique, en Asie et en Amérique latine et reposaient sur une base factuelle suffisante constituée par plusieurs rapports d'organismes internationaux, ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression. Elle considère qu'il suffit que les auteurs de l'article aient disposé d'éléments de nature à étayer les deux séries d'imputations jugées diffamatoires, sans que puissent leur être repro-

chées des omissions ou approximations portant sur le détail des faits. De plus, la Cour ajoute qu'il importe peu que les journalistes n'aient pas invité la société à fournir ses explications préalablement à la diffusion de l'article, dès lors que la société mise en cause s'était déjà exprimée sur le sujet et que ses protestations ont été rapportées dans l'article incriminé.

Par ailleurs, pour confirmer la mise hors de cause des directeurs de publication des sites internet ayant soit repris l'article litigieux, soit inséré un lien permettant d'y accéder, la cour d'appel a énoncé que l'excuse de bonne foi, admise au profit des auteurs de l'article, bénéficiait en conséquence aux différents directeurs de publication ayant permis l'accès audit article. La Cour de cassation approuve la solution retenue, jugeant que s'il est vrai que l'intention de nuire doit être appréciée en la personne des auteurs de l'article diffamatoire, l'existence de faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi des auteurs a pour effet d'exclure tant leur responsabilité que celle du directeur de publication des organes de presse l'ayant relayé, dès lors que les propos litigieux ont été repris sans dénaturation et sans qu'aucun élément nouveau n'ait été invoqué depuis la publication de l'article initial. Le pourvoi est, en conséquence, rejeté.

361-06 Publication d'un article sur l'atteinte au secret des sources des journalistes relevant de l'intérêt général et reposant sur une base factuelle suffisante

Cour de cassation (ch. crim.), 7 mai 2018 – Philippe X.

Un journal a publié sur son site internet un article intitulé « Secret des sources : encore un journaliste mis sous écoute ». Un magistrat, nommément visé dans cet article, a porté plainte et s'est constitué partie civile du chef de diffamation publique envers un fonctionnaire public. Le directeur de publication du site et l'auteur de l'article ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel. Les juges du premier degré ont retenu leur culpabilité. Un appel a été formé.

La cour d'appel a infirmé le jugement, retenant l'admission de l'excuse de bonne foi au profit des prévenus. Elle a d'abord considéré que le passage incriminé imputait à la partie civile, en sa qualité de magistrat, un fait contraire à sa déontologie professionnelle et susceptible de qualification pénale. Puis, pour retenir le bénéfice de la bonne foi, elle a énoncé que l'article litigieux concernait la protection du secret des sources des journalistes, sujet d'intérêt général, et notamment une procédure ouverte après la publication d'un article du *Monde* sur le meurtre d'Ilan Halimi au cours de laquelle les conversations téléphoniques d'un journaliste ont été écoutées et enregistrées par la police pendant un mois. Les juges ont retenu que ce n'est qu'en fin d'article que la journaliste évoque le magistrat requérant, pour rappeler une précédente affaire du même type, l'affaire Bettencourt. Au regard de l'existence d'une base factuelle suffisante, les juges ont considéré que si l'article litigieux n'a pas été écrit avec une grande précision, les réquisitions de la partie civile, procureur de la République de Nanterre dans l'affaire Bettencourt, tendant à la recherche d'informations sur les sources des journalistes auprès d'opérateurs téléphoniques avaient été définitivement annulées, par un arrêt de la Cour de cassation, que des policiers avaient affirmé qu'il leur avait également été demandé de rechercher le contenu de SMS, que des poursuites pénales et disciplinaires étaient envisagées à l'encontre de la partie civile. La cour d'appel

a pu ajouter que les extraits de presse produits par l'auteur ont mentionné notamment l'affaire dite des « *fadettes* » mais en employant également le mot « *écoute* », alors utilisé dans son sens générique, et que, s'agissant d'un passage ne faisant état qu'incidemment de la partie civile à propos d'une affaire dont les médias avaient largement rendu compte, la journaliste n'était pas tenue de prendre contact avec le magistrat en cause. Elle a conclu que, s'agissant du rappel factuel d'une précédente affaire largement médiatisée, les propos reposaient sur une base factuelle suffisante. Le requérant s'est pourvu en cassation.

La Cour de cassation note que le passage incriminé, d'une part, portait sur un sujet d'intérêt général, celui de l'atteinte au secret des sources des journalistes au sein d'un article à l'occasion duquel était rappelé un épisode passé constituant une telle atteinte imputée à la partie civile, dans le cadre d'une affaire judiciaire ayant eu un retentissement national ; d'autre part, le passage reposait sur une base factuelle suffisante, à partir de décisions judiciaires, du contenu d'une plainte, et d'articles de presse venant en complément, de sorte que, même s'il comprenait l'emploi du terme juridiquement erroné d'*écoute*, un tel passage ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression des journalistes dans la critique de l'action d'un magistrat. Le pourvoi est rejeté.

361-07 Article rendant compte d'un procès engagé contre le président de la Miviludes s'inscrivant dans un sujet d'intérêt général ne dépassant pas les limites admissibles de la liberté d'expression

Cour de cassation (ch. crim.), 10 avril 2018 - P. Fanneau

Une association a porté plainte en 2012 et s'est constituée partie civile du chef de diffamation publique envers particulier, à la suite de la diffusion, sur le site d'un quotidien régional, d'un article intitulé : « Justice. Miviludes : son président Georges Fenech fait appel de sa condamnation pour diffamation ». Cet article contenait le passage suivant : « *Contacté cet après-midi, M. Fenech s'est montré serein : « Dans le cadre de ce rapport annuel, en note de bas de page, nous faisons état d'un fait : TFP [l'association plaignante] fait l'objet d'une instruction pénale. Ni plus, ni moins. Nous sommes très surpris de la décision du tribunal. Il n'y a eu aucun propos désobligeant » s'est-il étonné avant d'ajouter : « Nous assumons cette condamnation et allons faire appel. Ce n'est pas cette instrumentalisation judiciaire qui nous impressionne. Être condamné à l'initiative d'une secte, cela prouve que je dérange, que le travail entrepris depuis vingt ans dans cette lutte paie ».*

L'arrêt attaqué, infirmant le jugement entrepris sur l'action civile, a constaté le caractère diffamatoire des propos poursuivis et condamné le directeur de la publication du site du quotidien, lequel contestait le caractère diffamatoire des propos litigieux. Mais pour la Cour de cassation, la cour d'appel a exactement apprécié le sens et la portée du propos litigieux, en énonçant que l'écrit mentionnant que l'association partie civile fait l'objet d'une information judiciaire et la qualification qui lui est attribuée de secte sont indissociables dans leur expression et se renforcent l'un l'autre, pour imputer à la partie civile des comportements précis portant atteinte à son honneur et à sa considération et susceptibles d'un débat probatoire.

Le directeur de la publication contestait également devant la Cour de cassation le rejet, par les juges du fond, de l'exception

de bonne foi. Ces derniers ont relevé que si les trois critères de la bonne foi revendiquée par l'intimé peuvent être accueillis, à savoir que le passage participe d'un débat d'intérêt général, est exempt d'animosité personnelle et exprimé avec prudence, il n'en est pas de même de l'enquête sérieuse. Ils ont retenu qu'à la date de la publication litigieuse, le 8 juin 2012, le président de la Miviludes, M. Fenech, était mal fondé à dire que l'association partie civile faisait l'objet d'une instruction pénale, puisque celle-ci avait été clôturée par une ordonnance de non-lieu en date du 27 avril précédent. Ils en ont déduit que sont ainsi inexistantes le critère d'enquête sérieuse, de même que toute base factuelle, ajoutant enfin que M. Fenech contestait avoir tenu les propos précisément prêtés, sans pour autant renier le sens général de sa déclaration et que le directeur de publication ne saurait revendiquer l'exception d'interview en ce qu'il a fait le choix de ne pas révéler le nom du journaliste auteur de l'article, interdisant ainsi que celui-ci authentifie d'une manière ou d'une autre le propos partiellement contesté de l'intéressé, de sorte qu'il lui appartient d'assumer la responsabilité des faits, sans pouvoir revendiquer l'exception de bonne foi.

Mais, la Cour de cassation juge que les propos poursuivis s'inscrivaient dans un sujet d'intérêt général relatif à la mission interministérielle dévolue à la Miviludes dans sa lutte contre les mouvements sectaires et rendaient compte d'un procès engagé contre son président, réagissant à sa condamnation, en évoquant des propos rapportés entre guillemets, et dont ce dernier, s'il en a contesté certains mots, a reconnu le sens général et l'emploi de termes proches, de telle sorte qu'ils ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression, au sens de l'article 10 de la Convention précitée. En se déterminant ainsi, la cour d'appel a méconnu l'art. 10 de la Conv. EDH et le principe selon lequel la liberté d'expression ne peut être soumise à des ingérences que dans le cas où celles-ci constituent des mesures nécessaires au regard du paragraphe 2 du texte ; la cassation est encourue. N'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, elle a lieu sans renvoi.

IMAGE DES DOMAINES

361-08 Avant l'entrée en vigueur de la loi Création, le domaine de Chambord ne pouvait soumettre à autorisation l'exploitation commerciale de l'image du château

Conseil d'État, Ass., 13 avril 2018, Domaine national de Chambord c/ Brasseries Kronenbourg

L'établissement public du domaine national de Chambord a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel ayant confirmé l'annulation de sa demande de versement d'une contrepartie financière qu'il estimait que la société Kronenbourg lui devait au titre de l'utilisation de l'image du château dans le cadre d'une campagne de publicité.

Le Conseil d'État énonce tout d'abord que les personnes publiques ne disposant pas d'un droit exclusif sur l'image des biens leur appartenant, celle-ci n'est pas au nombre des biens et droits mentionnés à l'article L. 1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Il en résulte que l'image d'un bien du domaine public ne saurait constituer une dépendance de ce domaine ni par elle-même, ni en qualité d'accessoire indissociable

de ce bien au sens des dispositions de l'article L. 2111-2 du Code général de la propriété des personnes publiques.

En outre, si la personne publique est fondée à demander à celui qui occupe ou utilise irrégulièrement le domaine public le versement d'une indemnité calculée par référence à la redevance qu'il aurait versée s'il avait été titulaire d'un titre régulier à cet effet, l'occupation ou l'utilisation du domaine public dans les limites ne dépassant pas le droit d'usage appartenant à tous, laquelle n'est soumise à la délivrance d'aucune autorisation, ne peut, par suite, être assujettie au paiement d'une redevance. Ainsi, si l'opération consistant en la prise de vues d'un bien appartenant au domaine public est susceptible d'impliquer, pour les besoins de la réalisation matérielle de cette opération, une occupation ou une utilisation du bien qui excède le droit d'usage appartenant à tous, une telle opération ne caractérise toutefois pas, en elle-même, un usage privatif du domaine public. En outre, l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'un tel bien ne saurait être assimilée à une utilisation privative du domaine public, au sens des dispositions précitées du Code général de la propriété des personnes publiques.

La cour a estimé, par une appréciation souveraine non entachée de dénaturation, qu'il ne résultait pas de l'instruction et n'était d'ailleurs pas soutenu, que la réalisation des prises de vues du château de Chambord aurait affecté le droit d'usage du château appartenant à tous. Le Conseil d'État juge qu'elle a suffisamment motivé son arrêt, et n'a pas commis d'erreur de droit, en en déduisant que la société les Brasseries Kronenbourg n'avait pas, en réalisant ces prises de vues, fait un usage privatif du domaine public. Elle n'a pas non plus commis d'erreur de droit en jugeant que l'exploitation commerciale de ces mêmes prises de vues ne constituait pas, en elle-même, une utilisation privative du domaine public immobilier du château de Chambord.

Le Conseil d'État rappelle enfin que le législateur, dans le but de protéger l'image des domaines nationaux et de permettre leur valorisation économique, a prévu, à l'article L. 621-42 du Code du patrimoine, la possibilité pour les gestionnaires des domaines nationaux de soumettre à autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent ces domaines. Cette disposition n'a toutefois été instituée que par la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, le domaine de Chambord n'ayant lui-même été défini comme domaine national que par le décret du 2 mai 2017 fixant la liste et le périmètre de domaines nationaux. Antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article L. 621-42 du Code du patrimoine, le gestionnaire du domaine national de Chambord ne tenait d'aucun texte ni d'aucun principe le droit de soumettre à autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de l'image du château. Dans ces conditions, une telle utilisation sans autorisation préalable ne constituait pas une faute. Le seul préjudice dont le domaine national de Chambord pouvait, le cas échéant, demander réparation était celui résultant d'une utilisation de cette image qui lui aurait causé un trouble anormal, dans les conditions définies par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Or, il n'appartient pas à la juridiction administrative, en l'absence de disposition législative contraire, de statuer sur la responsabilité qu'une personne privée peut avoir encourue à l'égard d'une personne publique, une telle action indemnitaire relève de la compétence de la juridiction judiciaire.

En conséquence, l'établissement public du domaine national de Chambord n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque.

👁 Voir le commentaire page 322

INFORMATIQUE ET LIBERTÉS

361-09 Le Conseil d'État rappelle les obligations s'imposant à l'éditeur d'un site pour la mise en place de "cookies" sur le terminal des utilisateurs

Conseil d'État (10^e et 9^e ch. réunies), 6 juin 2018, Éditions Croque Futur

La société éditrice du site de presse «*challenges.fr*» demandait au Conseil d'État l'annulation de la décision de la CNIL lui ayant infligé une sanction pécuniaire de 25 000 euros, après avoir prononcé une mise en demeure demeurée sans suite à l'expiration du délai fixé, en raison de manquements divers aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978, notamment concernant l'obligation d'information et de mise en œuvre d'un mécanisme d'opposition en cas de dépôt de témoins de connexion («*cookies*») sur le terminal des utilisateurs.

Le Conseil d'État énonce que le II de l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978, dans sa version applicable à la date de la mise en demeure (juin 2016), éclairé par les objectifs de la directive du 12 juillet 2002 sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques qu'il transpose, institue une obligation d'information claire et complète des utilisateurs d'internet sur les témoins de connexion («*cookies*») qui sont susceptibles d'être déposés, notamment sous la forme de fichiers, sur leurs terminaux lorsqu'ils visitent un site, ces témoins de connexion et les informations qu'ils contiennent étant par la suite accessibles lors de connexions ultérieures à internet à l'aide du même terminal.

Ces dispositions imposent, d'une part, une information des utilisateurs de services de communications électroniques, sur la finalité de ces «*cookies*» et les moyens dont ils disposent pour s'y opposer. Elles imposent, d'autre part, le recueil de leur consentement avant tout dépôt de «*cookies*» sur le terminal grâce auquel ils accèdent à ces services. Ne sont pas concernés par ces obligations les «*cookies*» qui sont essentiels au fonctionnement technique du site ni ceux qui correspondent à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur. En revanche, et contrairement à ce que soutient la société demanderesse, le Conseil d'État juge que le fait que certains «*cookies*» ayant une finalité publicitaire soient nécessaires à la viabilité économique d'un site ne saurait conduire à les regarder comme «*strictement nécessaires à la fourniture*» du service de communication en ligne.

Ensuite, alors que la société requérante soutenait s'être mise en conformité à l'issue de la mise en demeure, en proposant aux internautes de paramétrer leur navigateur pour s'opposer au dépôt de cookies, le Conseil d'État observe que les éléments portés à la connaissance des utilisateurs du site litigieux ne leur permettaient ni de différencier clairement les catégories de «*cookies*» susceptibles d'être déposés sur leur terminal, ni de s'opposer seulement à ceux dont le dépôt est soumis à leur consentement préalable, ni de connaître les conséquences, en termes de navigation sur le site, attachées à leur éventuelle opposition. Dans ces conditions, il juge que c'est à bon droit que la CNIL a considéré que le paramétrage du navigateur proposé

aux utilisateurs ne constituait pas un mode valable d'opposition au dépôt de « cookies » et en a déduit qu'il n'avait pas été remédié au manquement à l'obligation d'information et de mise en œuvre d'un mécanisme d'opposition en cas de dépôt de témoins de connexion.

La Cnil reprochait également au site de ne pas avoir défini ni respecté de durée de conservation des données proportionnée à la finalité du traitement, conformément à l'article 6 de la loi de 1978. Le Conseil d'État rappelle que lorsque des cookies sont déposés par l'éditeur du site, il doit être considéré comme responsable de traitement au sens de la loi. Il en va de même lorsque l'éditeur sous-traite à des tiers la gestion de cookies mis en place pour son compte. Les autres tiers qui déposent des « cookies » à l'occasion de la visite du site d'un éditeur doivent être considérés comme responsables de traitement. Toutefois, les éditeurs de site qui autorisent le dépôt et l'utilisation de tels « cookies » par des tiers à l'occasion de la visite de leur site doivent également être considérés comme responsables de traitement, alors même qu'ils ne sont pas soumis à l'ensemble des obligations qui s'imposent au tiers qui a émis le « cookie ». Au titre des obligations qui pèsent sur l'éditeur de site dans une telle hypothèse, figurent celle de s'assurer auprès de ses partenaires qu'ils n'émettent pas, par l'intermédiaire de son site, des « cookies » qui ne respectent pas la réglementation applicable en France et celle d'effectuer toute démarche utile auprès d'eux pour mettre fin à des manquements.

En l'espèce, la société n'a pas donné suite à la mise en demeure de définir et de respecter une durée de conservation des données qui ne soit pas supérieure à treize mois pour les « cookies » déposés à l'occasion de la visite du site qu'elle édite. En ce qui concerne les « cookies » déposés par des tiers, ses allégations selon lesquelles elle aurait effectué des démarches auprès de ses partenaires afin qu'ils respectent une durée de conservation ne sont étayées d'aucun élément. C'est donc à bon droit, juge le Conseil d'État que la CNIL a estimé qu'il n'avait pas été remédié au manquement à l'obligation de définir et respecter une durée de conservation des données proportionnée à la finalité du traitement. De même, la sanction de 25 000 euros n'est pas jugée disproportionnée. La requête est donc rejetée.

INJURE

361-10 Qualifier une personne de « *sinistre personnage* » et de « *malade schizophrène* » est injurieux

TGI de Paris (17^e ch. civ.), 23 mai 2018 – M. X.

Un homme a saisi le tribunal correctionnel après avoir découvert qu'une ancienne associée avec qui il avait créé une société, qu'il avait quittée depuis, avait publié sur Facebook des messages qu'il estimait injurieux à son encontre.

Le tribunal relève que dans le premier message incriminé, le demandeur était qualifié par son auteur de « *quasimodo* ». Pour les juges, il s'agit d'une appréciation péjorative sur les disgrâces physiques supposées du requérant, mais dans une formulation hyperbolique et métaphorique qui en modère suffisamment la portée pour que les termes employés ne versent pas dans l'injure. L'infraction poursuivie n'est donc pas constituée en ce qui concerne ces propos.

Dans le second message, le demandeur était désigné comme

un « *sinistre personnage* » et un « *malade schizophrène* ». Pour le tribunal, ces termes versent dans l'invective et dans l'expression du mépris, constitutifs de l'injure, dans la mesure où, d'une part, ils comportent la dénonciation agressive d'une personne supposée à la fois anormale et nocive et où, d'autre part, la violence de cette attaque sont sans commune mesure avec le ton employé par le demandeur dans le message auquel la défenderesse a répondu, dans lequel celui-ci exprimait l'impression d'avoir été dupé alors qu'ils étaient associés.

Le tribunal ajoute que la défenderesse ne peut se retrancher derrière l'excuse de provocation qui ne peut être, en droit de la presse, qu'une riposte immédiate, spontanée et proportionnée à l'attaque. En l'espèce, il existe une disproportion entre l'agressivité de ces propos et le ton du message auquel ils sont supposés répondre, à savoir un message posté sur le compte Facebook du demandeur, comportant une image représentant le postérieur d'une femme qui, selon la défenderesse, lui serait adressée. Pour les juges, rien ne permet de démontrer que ce message la viserait personnellement. Ainsi, au regard de l'agressivité et du caractère gratuit de l'attaque mise en ligne par l'intéressée, ceux-ci considèrent que les propos sont dépourvus de toute distanciation ironique susceptible d'en modérer la portée et d'en exclure la dimension injurieuse. Le demandeur se voit allouer un euro symbolique de dommages-intérêts en réparation de son préjudice moral.

LIBERTÉ D'EXPRESSION

361-11 Condamnation d'un blogueur allemand pour avoir publié l'image de l'ancien chef de la SS et des symboles nazis, non constitutive d'une violation de l'article 10 de la CEDH

CEDH (5^e sect.), 5 avril 2018 – Nix c/ Allemagne (décision définitive)

Un ressortissant allemand qui tient un blog sur lequel il traite de diverses thématiques économiques, politiques et sociétales, avait été condamné pour avoir, à l'occasion de la publication d'un billet consacré aux échanges entre sa fille germano-népalaise et l'agence pour l'emploi, dont il dénonçait la volonté de pousser de manière raciste et discriminatoire celle-ci vers un emploi peu rémunéré, posté une image de l'ancien chef de la SS, Heinrich Himmler, revêtu de l'uniforme de la SS et portant un brassard orné d'un svastika. Le tribunal d'instance de Munich l'avait déclaré coupable, entre autres, d'avoir utilisé des symboles d'organisations inconstitutionnelles.

Invoquant l'article 10 de la Conv. EDH, le requérant avançait en particulier qu'il avait posté ce billet dans l'intention de protester contre la discrimination que pratiquaient selon lui l'école et les agences pour l'emploi à l'égard des enfants issus de familles de migrants, et que les juridictions nationales n'avaient pas pris cet élément en considération.

La Cour rappelle que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général. À cet égard, elle note que la décision de l'Allemagne d'ériger l'utilisation de symboles nazis en infraction pénale doit être replacée dans le contexte de l'histoire du pays, bien que la législation nationale prévoie une exonération de responsabilité pour divers motifs, et notamment lorsque l'opposition à l'idéologie en question a été clairement exprimée. Il est observé que

le requérant avait forcément connaissance de la législation en question, ne serait-ce que parce qu'il avait été condamné quelques semaines avant la publication du blog litigieux pour avoir publié une image de la chancelière Angela Merkel portant un uniforme nazi et un brassard orné d'un svastika et sur laquelle on avait peint la moustache d'Hitler.

La Cour admet que l'intéressé n'avait pas pour intention de propager l'idéologie nazie et qu'il a pu penser qu'il contribuait à un débat d'intérêt général. Pour autant, il ressort clairement de la jurisprudence nationale que l'emploi de pareils symboles à des fins critiques ne suffit pas à exonérer quelqu'un de sa responsabilité pénale et qu'il faut pour cela que l'intéressé exprime une opposition claire et manifeste à l'idéologie nazie. La Cour ne décèle aucune raison de s'écarter de l'appréciation effectuée par les juridictions nationales, selon laquelle le requérant n'avait pas rejeté clairement et manifestement l'idéologie nazie dans son billet de blog. Les autorités nationales ont avancé des raisons pertinentes et suffisantes pour justifier l'ingérence dans l'exercice par l'intéressé de son droit à la liberté d'expression et n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation. L'ingérence dans l'exercice de ses droits garantis par l'article 10 était donc « *nécessaire dans une société démocratique* » et le grief doit être déclaré irrecevable pour défaut manifeste de fondement.

361-12 Violation du droit à la liberté d'expression de deux personnes condamnées pour avoir brûlé, en 2007, une photographie du couple royal d'Espagne

Cour EDH (3^e sect.), 13 mars 2018 - Stern Taulats et Roura Capellera c/ Espagne

Deux ressortissants espagnols furent condamnés à une peine d'emprisonnement de 15 mois pour délit d'injure à la Couronne, après avoir, à l'occasion de la visite institutionnelle du Roi à Gérone, mis le feu à une photographie de grande dimension du couple royal, qu'ils avaient placée têtes vers le bas, au cours d'un rassemblement sur la place publique. Le juge remplaça ensuite cette peine par une amende de 2 700 euros chacun, décidant cependant qu'en cas de non-paiement, total ou partiel, de l'amende, les intéressés devaient exécuter la peine d'emprisonnement. Ce jugement fut confirmé et les requérants s'acquittèrent de l'amende. Ils formèrent cependant un recours devant le Tribunal constitutionnel, lequel conclut que l'acte qui leur était reproché ne pouvait être couvert par l'exercice des droits à la liberté d'expression et à la liberté d'opinion, en ce que les intéressés avaient exhorté à la haine et à la violence envers le Roi et la monarchie.

Invoquant l'article 10 de la Conv. EDH, les requérants soutenaient devant la Cour EDH que le jugement qui les avait déclarés coupables d'injure à la Couronne constituait une atteinte injustifiée à leur droit à la liberté d'expression. Pour les mêmes faits, les requérants se plaignaient également d'une violation de l'article 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion). La Cour note que la condamnation des requérants constitue une ingérence dans le droit des intéressés à la liberté d'expression, que l'ingérence était prévue par la loi et qu'elle poursuivait un but légitime : la protection de la réputation ou des droits d'autrui. S'agissant de sa nécessité dans une société démocratique, la Cour relève les éléments suivants :

Premièrement, l'acte reproché s'inscrit dans le cadre d'une critique politique, et non personnelle, de l'institution de la monarchie

en général et en particulier du Royaume d'Espagne en tant que nation. En effet, la mise en scène controversée s'inscrivait dans le cadre d'un débat sur des questions d'intérêt public, à savoir l'indépendance de la Catalogne, la forme monarchique de l'État et la critique du Roi en tant que symbole de la nation espagnole. Il ne s'agissait pas d'une attaque personnelle dirigée contre le Roi d'Espagne.

Deuxièmement, le Tribunal constitutionnel a remis en question la manière dont les requérants ont exprimé cette critique politique (recours au feu, utilisation d'une photographie de grande dimension placée à l'envers), estimant que cette forme d'expression a dépassé les limites de la liberté d'expression pour se situer dans le champ du discours de haine ou du discours qui exhorte à l'usage de la violence. Aux yeux de la Cour, il s'agit d'éléments symboliques qui ont une relation claire et évidente avec la critique politique concrète exprimée par les requérants, qui visait l'État espagnol et sa forme monarchique. L'acte reproché aux requérants s'inscrivait donc dans le cadre de l'une de ces mises en scène provocatrices qui sont de plus en plus utilisées pour attirer l'attention des médias et qui ne vont pas au-delà d'un recours à une certaine dose de provocation permise pour la transmission d'un message critique sous l'angle de la liberté d'expression.

Troisièmement, l'intention des requérants n'était pas d'inciter à la commission d'actes de violence contre la personne du Roi, et ce bien que la mise en scène eût abouti à brûler l'image du représentant de l'État. En effet, un acte de ce type doit être interprété comme l'expression symbolique d'une insatisfaction et d'une protestation. La mise en scène orchestrée en l'espèce, est une forme d'expression d'une opinion dans le cadre d'un débat sur une question d'intérêt public, à savoir l'institution de la monarchie.

Quatrièmement, la Cour n'est pas convaincue que l'acte en question puisse raisonnablement être considéré comme une incitation à la haine ou à la violence. Il n'est en outre pas possible de considérer les faits comme faisant partie du discours de haine, l'article 17 de la Convention (interdiction de l'abus de droit) n'entrant pas en ligne de compte en l'espèce.

Cinquièmement, la sanction pénale imposée aux requérants – une peine d'emprisonnement, qui devait être exécutée en cas de non-versement de l'amende – constitue une ingérence dans la liberté d'expression qui n'était ni proportionnée au but légitime poursuivi ni nécessaire dans une société démocratique. La Cour juge donc qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention. Elle dit aussi qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément le grief tiré de l'article 9, lequel porte sur les mêmes faits.

MARQUE

361-13 Litige entre la société de production titulaire des marques «Le bureau des légendes» et l'éditeur d'un ouvrage consacré à l'analyse de la série

TGI de Paris, (ord. réf.), 16 avril 2018 - The oligarchs production c/ Humensis (décision définitive)

La société de production audiovisuelle ayant réalisé la série télévisée «Le bureau des légendes» diffusée depuis 2015 sur Canal Plus et dont la saison 4 est prévue au cours de l'année, a assigné en référé la société éditrice, aux PUF, de la collection intitulée La série des séries, après avoir découvert sur le site d'un

libraire en ligne, l'annonce de la mise en vente imminente d'un ouvrage intitulé «*Le bureau des légendes - Politique du secret*», aux motifs que la couverture de l'ouvrage reprend non seulement le titre de l'œuvre mais également sa marque verbale et sa marque figurative «*Le bureau des légendes*», déposées par la demanderesse pour désigner notamment la publication de livres, ainsi que l'affiche de la saison 1. À l'appui de son action sur le fondement de l'article L. 716-6 du CPI, la société précisait qu'elle ne visait pas à interdire la publication de l'ouvrage mais la reproduction de ses marques sur la page de couverture. Elle demandait l'interdiction sous astreinte de la poursuite des actes argués de contrefaçon et de la promotion de la sortie, de la sortie et de la vente de l'ouvrage incriminé.

Le juge des référés rappelle que le titulaire d'une marque enregistrée est ainsi habilité à interdire à un tiers l'usage d'un signe identique ou similaire à sa marque sans son consentement, si l'usage est réalisé pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée et qu'il porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir aux consommateurs ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer, sans confusion possible, ce produit ou service de ceux qui ont une autre provenance.

Il est observé qu'à l'instar des autres ouvrages déjà parus dans cette même collection portant sur d'autres séries audiovisuelles («*House of cards*», «*Les experts*», «*Friends*», «*Plus belle la vie*»), et selon une charte éditoriale identique reproduisant le titre de la série analysée et une image représentative de son univers, l'ouvrage litigieux constitue un essai littéraire unique qui, même s'il constitue un produit, a pour objet de procéder à une analyse de la série en question, regardée en tant qu'objet culturel, afin d'en donner des clés de lecture au service d'une analyse scientifique. Ainsi, l'usage du signe dans le titre de l'ouvrage n'est pas un usage unique à titre de marque en ce qu'il n'identifie pas le produit lui-même, à savoir le support matériel qui la renferme, mais bien l'œuvre en elle-même matérialisée par ce support, et ne fait ainsi que désigner ou individualiser l'ouvrage en tant qu'œuvre littéraire autonome, elle-même indépendante de la série audiovisuelle dont il propose une analyse scientifique.

De même, il est jugé que le signe de la marque semi-figurative reproduite sur la page de couverture, qui reprend à l'identique l'affiche de la saison 1 au sein de laquelle ladite marque semi-figurative «*Le bureau des légendes*» est reproduite, a pour fonction, non de désigner des produits et services désignés par la marque en question, mais bien, comme c'était le cas pour cette affiche à l'époque de la sortie de la saison 1, de désigner, individualiser et faire référence à l'œuvre audiovisuelle en question qu'il entend décrire et analyser.

Enfin, l'identification de l'origine de l'ouvrage litigieux résulte non de l'usage des signes litigieux, mais de la mention du nom de l'auteur de l'ouvrage ainsi que de l'apposition du signe «*PUF*» de la maison d'édition, de nature à garantir au consommateur la provenance dudit produit.

L'ensemble de ces éléments ne permettent pas de caractériser en l'espèce un usage à titre de marque et une atteinte vraisemblable aux marques précitées au sens de l'article L. 716-6 du CPI n'est pas justifiée. Les demandes de la société de production sont rejetées.

PARASITISME

361-14 La cour d'appel considère que Lady Gaga n'a pas commis d'actes de parasitisme à l'encontre de l'artiste Orlan pour s'approprier ses œuvres et son apparence physique

Cour d'appel de Paris (pôle 5 – ch. 1), 15 mai 2018 – Orlan c/ Lady Gaga et a.

L'artiste Orlan, se présentant comme précurseur d'un nouveau courant dans l'art contemporain, l'art charnel, a assigné la chanteuse américaine Lady Gaga devant le tribunal de grande instance de Paris. Elle estimait que cette dernière a copié ses œuvres en reproduisant deux de ses personnages sur la pochette de son album «*Born this way*» ainsi que dans le vidéoclip de la chanson du même nom. Le tribunal a débouté la requérante de ses demandes en contrefaçon de ses œuvres. Il a également rejeté ses demandes au titre de la concurrence parasitaire et de l'atteinte au droit à l'image. Orlan a fait appel, limitant son action aux seuls fondements du parasitisme et l'atteinte au droit à l'image. La cour note que l'appelante se fonde sur l'analyse de plusieurs de ses œuvres, dont se serait inspirée Lady Gaga, s'appropriant tout son effort créatif, pour caractériser le parasitisme dont celle-ci se serait rendue auteur.

S'agissant de la pochette de l'album «*Born this way*», comparée à l'œuvre «*Bumpload*» créée par l'appelante, la cour relève que les ressemblances entre les œuvres sont limitées à la présence d'excroissances sur le corps de la chanteuse, qui se révèlent être sensiblement différentes dans les œuvres respectives (dans un cas de forme pointue, dans l'autre, plus arrondies). De plus, l'insertion d'excroissances, en particulier placées sur le front ou une tête, relève d'une tendance présente dans l'art, insusceptible d'appropriation par la requérante.

La requérante indiquait par ailleurs que l'acte fondateur de sa démarche est le «*manifeste de l'art charnel*». Le clip litigieux est introduit quant à lui par une voix, que l'on suppose être celle de la chanteuse, indiquant «*this is the manifesto of mother monster*» expliquant la naissance dans un territoire gouverné par des aliens d'une nouvelle race empreinte de liberté. Pour la cour, le seul élément commun est l'utilisation du terme «*manifeste*» ou «*manifesto*» qui est d'usage répandu.

La cour étudie également l'œuvre «*Orlan accouche d'elle-même*» qu'elle compare à une séquence du clip litigieux poursuivie par la demanderesse au titre du parasitisme. Outre le fait que l'idée d'une personne donnant naissance à elle-même ne peut être attribuée à la requérante, il apparaît que dans son clip, Lady Gaga donnerait naissance à des monstres, idée qui se distingue largement de celle de l'œuvre d'Orlan, et que les représentations n'ont que peu d'éléments en commun.

La cour relève, de plus, que l'appelante ne justifie pas des investissements qu'elle aurait engagés pour la réalisation de ses œuvres, et n'établit pas l'existence d'une volonté de la part de Lady Gaga de profiter de ses créations, d'autant plus que cette dernière ne connaissait pas Orlan. En définitive, une ressemblance d'ensemble entre l'univers de la demanderesse et le clip n'est pas établie. Il n'est donc pas établi que Lady Gaga se soit placée dans son sillage pour profiter d'un avantage concurrentiel. Le jugement est confirmé en ce qu'il a rejeté les demandes fondées sur le parasitisme.

L'appelante dénonçait également l'appropriation de son image

par sa contradictrice. La cour observe qu'Orlan ne peut faire valoir que Lady Gaga utiliserait les mêmes accessoires qu'elle afin de s'approprier son apparence : les lunettes portées par les deux artistes sur une première série de photographies livrées à la cour sont d'aspect différent (lunettes de vue pour l'une, de soleil pour l'autre), et ne sont pas un accessoire notoire que chacune porterait systématiquement. De même, la coiffure bicolore d'Orlan ne peut être un élément notoire de sa personnalité, par nature invariable. Enfin la cour relève que les implants sous-cutanés portés par Orlan sont de grosse taille, insérés au-dessus des sourcils, et sont de forme oblongue et arrondie, tandis que Lady Gaga, sur une couverture de magazine les porte aux épaules, aux pommettes, et apparaissent pointus. Par conséquent, il n'est pas démontré que la défenderesse aurait repris, afin de s'approprier l'apparence de l'artiste Orlan, les éléments caractéristiques de son identité physique. Les demandes sont rejetées.

PUBLICATIONS INTERDITES

361-15 La publication dans la presse des photographies prises lors du procès d'Abdelkader Merah a violé l'article 38 *ter* de la loi de 1881

TGI de Paris (17^e ch.), 8 juin 2018 – Procureur de la République c/ C. Leost et a.

Le magazine *Paris Match* a publié deux photographies, prises lors de l'audience du procès d'Abdelkader Merah devant la cour d'assises spéciales, dans l'affaire relative aux attentats terroristes commis par Mohamed Merah. Le premier cliché, montrant l'intéressé, assis dans un box vitré, avec, devant, ses deux avocats, avait été publié dans l'édition papier et sur le compte Twitter du journal. Le second cliché représentait la mère de Mohamed Merah dans la salle d'audience, et avait été publié dans la seule édition papier. La directrice de publication du journal a été citée à la requête du Procureur de la République puis renvoyée devant le tribunal correctionnel pour y répondre des faits prohibés par l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 prohibant la prise de clichés dès l'ouverture d'une audience d'une juridiction judiciaire. Le tribunal constate tout d'abord que les deux photographies litigieuses ont été publiées après l'ouverture des débats et avant que soit rendu le verdict, de sorte que leur diffusion contrevient aux dispositions de l'article 38 *ter*.

Il note ensuite que, contrairement à ce que soutenait la prévenue, lesdites dispositions ne constituent pas une violation du droit à un procès équitable et du droit du public à l'information. D'une part, cette interdiction ne constitue pas une atteinte à la publicité des débats. Le public et les journalistes ont toujours accès à la salle d'audience des procès publics et peuvent même publier des dessins de presse. Cet article se limite à en empêcher la captation vidéo ou photographique, aux fins d'assurer la sérénité des débats. D'autre part, l'article 38 *ter* constitue une restriction nécessaire dans une société démocratique, et l'atteinte portée au droit du public à l'information est très limitée, concernant uniquement certains dispositifs techniques, utilisables ou non, pendant le déroulement du procès. Cet article n'est donc pas incompatible avec les articles 6 et 10 de la Convention EDH. Le tribunal relève en outre qu'une condamnation de la prévenue ne serait pas disproportionnée et contraire au droit européen des droits de l'homme. Certes, le procès était spécialement

médiatisé, et les avocats ont accordé des interviews relatives à cette procédure pénale. Mais, souligne le tribunal, les dispositions de l'article 38 *ter* ont vocation à s'appliquer, justement, dans les procès rencontrant un écho médiatique important. Il importe peu qu'il n'ait pas été fait droit à la demande de certaines parties d'enregistrement du procès à des fins historiques, ce dispositif visant non pas l'information du public mais la constitution d'archives, consultables après de longs délais. La directrice de la publication est déclarée pénalement responsable des diffusions illégales réalisées dans l'organe de presse. Elle est condamnée au paiement d'une amende de 4000 euros.

PROCÉDURE

361-16 Annulation à tort d'une citation au motif que l'huissier n'aurait pas respecté les règles de l'article 558 du Code de procédure pénale

Cour de cassation (ch. crim.), 10 avril 2018 – Catherine X.

Une femme a porté plainte et s'est constituée partie civile devant le tribunal correctionnel du chef de diffamation publique et injures publiques. Le tribunal correctionnel a déclaré le prévenu coupable de diffamation non publique et d'injure publique. La cour d'appel a infirmé le jugement et a annulé la citation après avoir relevé que l'huissier a respecté les règles de l'article 658 du Code de procédure civile et non celles de l'article 558 du Code de procédure pénale de sorte qu'aucun accusé de réception ou récépissé n'a pu être présenté à la procédure. L'affaire a été portée devant la Cour de cassation.

La Haute Juridiction casse et annule l'arrêt. Elle rappelle qu'en application de l'article 558 du Code de procédure pénale, l'huissier qui ne trouve personne au domicile de celui que l'exploit concerne, informe sans délai celui-ci soit par lettre recommandée, soit par avis de passage ou lettre simple accompagnés d'un récépissé à retourner signé. Selon l'article 553 2° du Code de procédure pénale, la citation donnée à un délai inférieur à celui de la loi n'est pas nulle si la partie citée se présente ou est représentée valablement. Celle-ci a seulement la faculté de demander le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure, les juges étant tenus de satisfaire à cette demande. Aux termes de l'article 565 du même code, la nullité de la citation ne peut être prononcée que si elle a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne concernée, sous réserve, pour les délais de citation, des dispositions de l'article 553 2°.

Elle considère que c'est à tort que la cour d'appel a annulé la citation pour les motifs retenus, alors que si la référence à l'article 658 du Code de procédure civile ne saurait faire présumer qu'il a été satisfait aux prescriptions de l'article 558 du Code de procédure pénale et si le délai de comparution prévu par l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881 n'a pas été respecté, l'exploit ayant été délivré le 7 janvier 2015 en vue de l'audience du 27 janvier suivant, la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que le prévenu était représenté à cette audience et n'a pas usé de la faculté qui lui était donnée de demander le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure, de sorte que le respect des formalités prévues par l'article 658 du Code de procédure civile au lieu et place de celles prévues par l'article 558 du Code de procédure pénale n'a pas eu pour effet de porter atteinte à ses intérêts. La cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et des principes ci-dessus énoncés.

PROVOCATION

361-17 Tweet d'un candidat à l'élection présidentielle évoquant «*l'invasion migratoire*» non constitutif de provocation à la haine raciale

TGI de Paris (17^e ch. corr.), 6 juin 2018 - Licra c/ N. Dupont-Aignan

Le ministère public avait fait citer Nicolas Dupont-Aignan pour provocation à la haine, à la discrimination et à la violence, à la suite de la publication, en janvier 2017, alors qu'il était député-maire et candidat à l'élection présidentielle, du message suivant sur son compte Twitter : «*En 2016, les socialistes compensent la baisse de natalité par l'invasion migratoire. Le changement de population, c'est maintenant !*».

En défense, le prévenu estimait notamment que les propos étaient couverts par l'immunité parlementaire. Le tribunal rappelle qu'en vertu de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, ne donneront ouverture à aucune action les discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat. En l'espèce, il est relevé que, contrairement à ce qu'indique le prévenu, tout message, même à caractère politique, publié sur le compte twitter d'un parlementaire n'est pas couvert par l'immunité parlementaire au sens des dispositions précitées. En effet, le droit à immunité est un droit exceptionnel qui ne saurait qu'être interprété restrictivement et ne peut être étendu en dehors des prévisions du texte. En l'espèce, il n'est ni démontré, ni même soutenu, que le message litigieux se rattache d'une quelconque manière à un discours prononcé par le prévenu dans l'enceinte de l'Assemblée nationale ; la seule mention, dans la présentation du profil twitter de l'intéressé, qu'il est député de la huitième circonscription de l'Essonne est insuffisante à créer un tel lien. Sur la provocation, le tribunal relève que, contrairement à ce qui est soutenu en défense, le message en cause vise bien un groupe des personnes n'ayant pas la nationalité française et constitue un groupe protégé au sens de l'article 24 alinéa 7 de la loi du 29 juillet 1881. Cependant, comme le rappelle le tribunal, pour être constitué, le délit suppose que soit caractérisé un appel, même implicite, à la discrimination, à la haine ou à la violence envers le groupe visé. Or, les propos du prévenu visent en réalité le gouvernement à majorité socialiste («*En 2016, les socialistes [...]*»). C'est donc ce gouvernement qui est mis en cause par l'auteur du message et il est jugé qu'un tel message n'a pas ni pour objet, ni pour effet, même implicitement, d'appeler les internautes à la haine, à la violence ou à la discrimination envers les immigrés, s'agissant d'une critique adressée avant tout à un gouvernement sur sa politique migratoire. Le mot «*invasion*» dans ce contexte, est le résultat d'une supposée politique du gouvernement, sans référence évidente à un comportement ou à une quelconque mise en cause des personnes de nationalité étrangère.

Au surplus, il est relevé que les propos ne constituent pas le délit reproché, d'autant plus qu'ils sont intervenus dans le contexte d'une campagne présidentielle par un candidat déclaré, le contexte de polémique politique autorisant une appréciation plus souple des limites admissibles de la liberté d'expression, une condamnation ne pouvant intervenir que pour des motifs impérieux. De même, le tribunal rappelle qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la pertinence des opinions, même exprimées en des termes forts et de nature à choquer une partie des internautes. Le prévenu est renvoyé des fins de la poursuite.

361-18 Alain Soral jugé coupable de provocation à la discrimination et à la haine en raison de la publication, sur son site internet, de deux dessins antisémites

TGI de Paris (17^e ch.), 1^{er} juin 2018 - Licra, UEJF et a. c/ A. Bonnet dit Soral (2 jugements, non définitifs)

Alain Soral était poursuivi pour provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à la suite de la publication, en juillet 2017, sur le site Égalité et Réconciliation, association qu'il préside, d'un dessin représentant diverses personnalités sous la forme de cancrelats aux doigts crochus, l'une de ces personnalités désignée «*cancrelat en chef*», étant notamment représenté portant une étoile de David, symbole du judaïsme.

Après avoir énoncé les éléments constitutifs du délit incriminé à l'article 27, al. 7 de la loi du 29 juillet 1881, le tribunal rappelle que par deux arrêts du 7 juin 2017 et du 9 janvier 2018, la Cour de cassation estime désormais qu'une incitation manifeste à susciter un sentiment d'hostilité ou de rejet ne saurait suffire pour caractériser le délit. Il faut, pour entrer en voie de condamnation, que les propos caractérisent un appel ou une exhortation, éventuellement implicite.

Pour le tribunal, il est justifié, au regard des pièces versées par les associations parties civiles, que le cancrelat, insecte nuisible qu'il convient d'éliminer, est associé de longue date aux caricatures antisémites, tout comme les doigts crochus. En outre, les logos de deux associations de lutte contre l'antisémitisme sont placés sur le dessin près d'une porte de toilettes. Ces références confirment que les cancrelats en question sont nuisibles, du fait de leur lien avec la confession juive, la présence de toilettes rappelant la prolifération des nuisibles dans les zones souillées. Dès lors, il est jugé que publié publiquement, le dessin litigieux constitue un appel implicite à la haine, à la discrimination et à la violence — la référence à un insecte nuisible soulignant la nécessité d'éliminer ce qui est décrit — qui vise la communauté juive dans son ensemble — ce que traduit le recours à des stéréotypes antisémites, la représentation d'une étoile de David sur le «*cancrelat en chef*» ou encore la référence aux deux associations ci-avant rappelée.

Enfin, il est relevé que le contexte de la polémique politique, de la caricature et de l'humour ne justifie pas pour autant la commission du délit de provocation à la haine lorsque la publication excède manifestement les limites admissibles de la liberté d'expression de par son caractère très outrageant. De même, le visionnage de la vidéo et les témoins cités ne permettent pas de retenir l'absence d'infractions, certains témoins suggérant au contraire que les personnes de confession juive sont un problème, tout comme le prévenu dans ses déclarations relatives au «*pouvoir juif*». Ces éléments viennent confirmer la portée du dessin litigieux qui vise à l'évidence l'ensemble de la communauté juive, estime le tribunal.

L'infraction apparaît donc caractérisée en tous ses éléments. Il en est de même concernant l'infraction d'injure publique aggravée à l'encontre de l'une des personnalités représentée. Le prévenu est condamné à 4 mois d'emprisonnement avec sursis et 5000 euros d'amende.

(Dans le même sens, v. 2^e jugement du même jour déclarant le prévenu coupable de provocation à la discrimination et à la haine, en raison de la publication, sur le même site et sous le titre «*Présidentielles, qui mène le jeu*», d'un dessin représentant quatre

candidats à l'élection de 2017, de diverses sensibilités politiques, comme pièces d'un échiquier avec, au-dessus et les surplombant, Bernard-Henri Lévy, Julien Dray et Jacques Attali et, au fond, une étoile de David, symbole du judaïsme et une mention précisant, en bas à droite «*B'nai B'rith*» et un chandelier à sept branches).

PUBLICITÉ

361-19 Condamnation de *L'Amateur de cigares* en raison d'un numéro de la revue faisant de la promotion en faveur du tabac

Cour de cassation (ch. crim.), 15 mai 2018 – Louis X. et Sté ADC

Communication

Une association de lutte contre le tabagisme a fait citer devant le tribunal correctionnel le directeur de publication de la revue *L'Amateur de cigare* ainsi que la société exploitant cette revue pour les voir déclarer coupables du délit de publicité illicite en faveur du tabac commis dans un numéro de cette revue, renseignant sur différentes marques de cigares et présentant des photographies et des articles. Le tribunal a relaxé les prévenus et débouté la partie civile de ses demandes. Cette dernière a interjeté appel du jugement.

La cour d'appel a infirmé le jugement et condamné les prévenus à verser à l'association 4000 euros de dommages et intérêts. Elle a relevé que la revue litigieuse est diffusée en kiosque et accessible à tous via Internet, que dans son numéro incriminé, elle présente des accessoires liés à l'usage du tabac ou liés exclusivement au cigare, tels les étuis de la marque «*Fallon*», qu'elle associe lesdits étuis à des pictogrammes évoquant les messages sanitaires des paquets de tabac, pour exhorter les lecteurs à vivre, ce qui revient, implicitement, sinon à inviter le lecteur à ignorer les messages antitabac, du moins à les tourner en dérision. La cour a ajouté qu'elle contient des articles à valeur explicitement promotionnelle, comme par exemple la publication du palmarès des «*130 meilleurs cigares du monde*», qu'au nombre des détails de ce classement figure notamment, le prix unitaire de chaque type de cigare, que cette précision est de nature à faciliter une décision d'achat, en renforçant l'attrait pour le cigare, et qu'enfin, les interviews de personnalités des médias et des lettres, portraiturées cigare en main, ne peuvent manquer de retenir l'attention du lecteur par leur contenu valorisant, voire incitatif, en suggérant un processus d'identification à ces personnalités et à leur style de vie hors du commun, privilège d'une certaine élite. La cour d'appel en a déduit que ces éléments revêtaient un caractère promotionnel en faveur du tabac. Les prévenus se sont pourvus en cassation.

La Cour de cassation note tout d'abord que la santé publique autorise que des restrictions soient apportées à la liberté d'expression, sous réserve qu'elles soient nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. D'autre part, la différence de traitement entre les publications destinées aux amateurs de tabac et celles destinées aux professionnels du secteur ou aux amateurs de boissons alcoolisées ne constitue pas une discrimination illicite.

La Cour rappelle également que par arrêt en date du 19 décembre 2017, la chambre criminelle a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC portant sur l'interdiction de la distribution en kiosque de ladite revue, que les prévenus ont présenté à l'occasion du présent pourvoi. Le pourvoi est rejeté.

RÉFÉRÉ

361-20 Rejet d'une demande visant à interdire la diffusion d'un film sur la fille d'un champion américain de base-ball

TGI de Paris (ord. réf.), 11 janvier 2018 – Mme X. c/ SAS FDB Imago et a.

La femme d'un champion américain de base-ball a saisi le juge des référés après avoir découvert la sortie d'un film documentaire intitulé «*Southern Belle*» consacré à la vie de la fille de ce couple. La demanderesse reprochait à ce film de contenir des passages attentatoires à sa vie privée ainsi que des passages portant, selon elle, atteinte à son honneur et à sa considération. Elle demandait au juge d'ordonner aux sociétés ayant coproduit ledit film de retirer immédiatement celui-ci de toute plateforme en ligne, d'ordonner de retirer les images photographiques qui la représentent ainsi que deux conversations téléphoniques qui auraient eu lieu entre elle et sa fille, ainsi que de supprimer les remarques diffamatoires identifiées. Le juge constate que la demanderesse a produit sous forme de fichiers électroniques enregistrés sous clé USB les copies de sept extraits du film litigieux, qui correspondent à une version provisoire de celui-ci, et que l'examen de cette pièce ne permet pas d'identifier lesquels de ces fichiers correspondent exactement aux différents passages incriminés.

Au surplus, il observe que la défense produit un fichier lequel correspondrait à la version définitive du film, sur lequel les visages des personnes représentées sont floutés, ne permettant pas l'identification de ces personnes. De plus, rien ne permet de démontrer que la séquence présentée comme étant une conversation ayant eu lieu entre la mère et la fille est réelle ou s'il s'agit d'une conversation simulée, dans lequel le rôle de la demanderesse est joué par un tiers. Dans ces conditions, la captation illicite d'une conversation confidentielle au sens de l'article 226-1 du Code pénal n'est pas établie avec l'évidence requise en référé.

Enfin, en ce qui concerne les extraits poursuivis au titre de la diffamation, le juge considère que les imputations visant la requérante ne revêtent pas de caractère objectivement attentatoire à son honneur ou à sa considération, que ce soit l'évocation d'une sexualité et de mœurs libres qui lui sont prêtées, de la consommation de stupéfiants, ou encore le fait que la mère aurait voulu faire interner sa fille en hôpital psychiatrique, ce qui ne serait que des intentions supposées. De même, le reproche fait par la fille de la demanderesse d'être une mauvaise mère relève d'une appréciation subjective sur sa méchanceté supposée.

En conséquence, le juge dit n'y avoir lieu à référé, et la requérante est déboutée de toutes ses demandes.

STATUT PROFESSIONNEL

361-22 Absence de renvoi d'une QPC portant sur la possibilité pour les salariés d'agences de presse de bénéficier de l'indemnité de licenciement des journalistes

Cour de cassation (ch. soc.), 9 mai 2018 – Syndicat national des journalistes

La chambre sociale de la Cour de cassation a été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée : «*L'interprétation jurisprudentielle constante des articles L. 7112-2, L. 7112-3*

et L. 7112-4 du Code du travail issue de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 13 avril 2016 réservant le bénéfice de l'indemnité de licenciement [de congédiement] aux journalistes salariés des entreprises de journaux et périodiques à l'exclusion des journalistes des agences de presse et de l'audiovisuel est-elle conforme aux droits et libertés constitutionnellement garantis, dont en premier lieu le principe d'égalité ? ».

La Cour retient que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore en l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle. Elle note, d'autre part, qu'il n'existe pas, en l'état, d'interprétation jurisprudentielle constante des dispositions législatives contestées refusant au journaliste salarié d'une agence de presse le bénéfice de l'indemnité de licenciement prévue aux articles L. 7112-3 et L. 7112-4 du Code du travail. La Haute juridiction conclut qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel.

361-23 Conditions requises pour qu'un correspondant de presse puisse se voir reconnaître la qualité de journaliste professionnel

Cour de cassation (ch. soc.), 30 mai 2018 – M. X. c/ Sté Nice Matin

Un homme a été engagé en qualité de représentant local de presse à compter de 1999 par l'éditeur de presse Nice Matin. Parallèlement à cette activité, il a, à compter de 2005, travaillé comme rédacteur pour le compte d'autres sociétés et comme pigiste salarié pour d'autres journaux. Il a saisi la juridiction prud'homale afin que lui soit reconnue la qualité de salarié de la société Nice Matin et obtenir divers rappels de salaire et indemnités à ce titre.

Pour retenir la compétence du conseil de prud'hommes, l'arrêt énonce que c'est à bon droit que le salarié fait valoir qu'il résulte des dispositions de l'article L. 7111-3 du Code du travail que la qualité de journaliste professionnel s'acquiert au regard des ressources que l'intéressé tire principalement de la profession de journaliste sans se limiter à celles provenant de l'entreprise de presse, publication et agence de presse à laquelle il collabore et que lorsqu'est établie l'activité principale, régulière et rétribuée du journaliste tirant le principal de ses ressources de cette activité, c'est à l'entreprise de presse de combattre la présomption d'existence d'un contrat de travail en résultant. En l'espèce la cour a constaté que l'intéressé justifiait de sa qualité de journaliste professionnel et qu'il avait tiré, partir de 2005, le principal de ses ressources de son activité salariée de rédacteur journaliste auprès de la Marseillaise. La cour en a déduit qu'en application de l'article L. 7112-1 du Code du travail, la convention conclue entre Nice Matin et le demandeur était présumée être un contrat de travail. La société défenderesse s'est pourvue en cassation.

La Haute juridiction note qu'il résulte de l'article L. 7111-3 du Code du travail que le correspondant de presse n'est réputé journaliste professionnel qu'à la double condition de recevoir des appointements fixes et de tirer de son activité, exercée à titre d'occupation principale et régulière, l'essentiel de ses ressources. Elle reproche à la cour d'appel de s'être déterminée, sans rechercher si les rémunérations versées au requérant au titre de son activité de correspondant auprès de Nice Matin présentaient un caractère fixe.

VIE PRIVÉE

361-24 Atteinte à la vie privée et au droit à l'image d'un réalisateur photographié au cimetière du Père Lachaise lors des obsèques du père de sa compagne

TGI de Paris (ord. réf.), 16 février 2018 – S. B. c/ Sté Prisma Média

Un magazine d'actualité *people* a publié un article, annoncé en couverture, évoquant le décès du père d'une célèbre chanteuse, et le soutien que son nouveau compagnon, réalisateur de profession, lui a témoigné à cette occasion. Après avoir fait état du déroulement de la cérémonie, l'article décrivait les relations qu'entretenait ce dernier avec le défunt. Plusieurs photographies de la cérémonie au cimetière du Père Lachaise illustraient l'article. Ledit réalisateur, invoquant une atteinte à sa vie privée, a assigné en référé la société éditrice du journal pour obtenir le versement de dommages-intérêts provisionnels et la publication d'un communiqué judiciaire.

Le juge retient qu'en faisant état des obsèques du père de la chanteuse et de la présence du demandeur aux côtés de cette dernière, la société éditrice s'est immiscée dans un moment de vie privée sans aucune nécessité d'information du public. Cette atteinte est également constituée par les spéculations de l'article sur les sentiments entretenus par le demandeur et la jeune femme dans le contexte du deuil, sur les relations de celui-ci avec son beau-père et la famille de sa compagne, ainsi que par la publication des deux clichés, pris à l'insu de l'intéressé. Il en va de même de la photographie illustrant la couverture, qui le présente aux obsèques puis devant le crématorium. Ces photographies portent en outre atteinte aux droits dont il dispose sur son image.

Le juge alloue au demandeur une somme provisionnelle de 7000 euros en réparation de l'atteinte faite à sa vie privée et son droit à l'image. La demande de communiqué judiciaire est en revanche rejetée, les circonstances ne justifiant pas, selon le juge, qu'il y soit fait droit.

OUVRAGES

La liberté d'expression en Europe – Regards sur douze ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2006-2017)



Christophe Bigot
Après *Pratique du droit de la presse*, Christophe Bigot, dans ce manuel, met le focus sur l'article 10 de la CEDH, et livre une analyse thématique de 170

décisions rendues entre 2006 et 2017, sous le prisme de : la protection des moyens d'accès à l'information, les limites de la liberté d'expression selon les modes d'expression (humoristique, politique, syndicale, des professionnels de la justice, création littéraire et artistique...) et l'objet de l'expression (discours de haine, débat historique, droits de la personnalité, données personnelles...), et enfin la proportionnalité des sanctions. L'étude est délibérément guidée par des critères tenant à l'utilité des solutions retenues par la Cour de Strasbourg dans le cadre de la pratique judiciaire française, car tout praticien doit avoir une connaissance aigüe de la jurisprudence européenne en la matière.

Victoires, Collection Légitresse, 188 pages, 22 euros.

THESE

La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice. Contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur



Pauline Léger
Plusieurs initiatives d'origines européenne et nationale ont contribué à l'émergence d'un nouveau concept en droit d'auteur : l'œuvre transformatrice. La récurrence et la

persistance des débats en la matière prouvent que ce concept ne traduit pas qu'un phénomène conjoncturel. Ces raisons conduisent par conséquent à lui consacrer une étude – le premier travail français d'ampleur sur cette question mondiale – afin de déterminer la pertinence de son admission en droit d'auteur.

L'étude part du constat qu'un nombre croissant d'auteurs ont volontairement recours à des œuvres originales créées par autrui pour aboutir à la création d'une œuvre nouvelle. Le législateur a certes envisagé l'hypothèse dans laquelle une œuvre nouvelle procède d'une œuvre préexistante au travers de la catégorie légale des œuvres composites. Cependant, les dispositions éparses qui lui sont consacrées souffrent d'une terminologie et d'un régime imprécis qui s'accordent mal avec l'infinie diversité des formes d'emprunt créatif à l'œuvre d'autrui. L'étude renouvelée de cette catégorie légale à l'aune de ces pratiques qui ont pris une nouvelle dimension aboutit dans un premier temps à circonscrire la notion fonctionnelle d'œuvre transformatrice. Il s'avère que, bien souvent, l'auteur de l'œuvre transformatrice a réalisé son œuvre sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre originale, et leurs droits entrent alors en conflit. C'est la raison pour laquelle l'étude s'attelle, dans un second temps, à appréhender ce conflit de droits en proposant un régime de l'œuvre transformatrice.

L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 522 pages, 56 euros

RAPPORT

Le cadre juridique relatif aux plateformes de partage de vidéos
Cabrera Blázquez F.J., Cappello M., Rabie I., Fontaine G., Valais S.

Le partage et la diffusion de fichiers vidéo sur internet relèvent de différents aspects de la réglementation audiovisuelle. Alors que des services comme YouTube sont qualifiés de « plateformes de partage de vidéos » comme dans la directive SMA en cours de révision, ils sont parfois qualifiés de « plateformes de vidéos », voire de « plateformes numériques » comme dans les propositions faites par la France en matière de chronologie des médias, ou encore

DANS LES AUTRES REVUES

- C. Anger, « Affaire Kronenbourg vs Chambord : une victoire en demi-teinte pour le brasseur », note sous CE, 13 avril 2018 – *Gaz. Pal.* 5 juin 2018, p. 14.
- N. Le Bonniec, « Vers une convergence des exigences constitutionnelles et européennes en matière de protection des données personnelles numériques ? », *JCP G* 2018. 655.
- P.S. Hansen, « La photographie d'immeubles du domaine public suite et fin ? », *JCP G* 2018. 614.
- Y. Mayaud, « L'apologie de terrorisme, un « acte de terrorisme » qui n'en est pas un... », com. sous Cons. Constit. 18 mai 2018, *Dalloz* 2018.1233.
- M. Disant, « Les lanceurs d'alerte saisis par le droit », *Petites Affiches* 7 juin 2018, p. 16

AGENDA

Juin

29 juin 2018, Paris
Big data, propriété intellectuelle et données personnelles
Formation IRPI
irpi@u-paris2.fr

Octobre

17 octobre, Paris
Forum Légitresse
Maison du Barreau
Renseignements : redaction@legipresse.com

« plateformes en ligne » dans les dernières recommandations de la Commission européenne. Dans le même temps, les services tels que Facebook qui contiennent de plus en plus de contenus audiovisuels partagés sont qualifiés de « médias sociaux »... Compte tenu de ces diverses définitions et de leurs répercussions sur le cadre juridique applicable (faut-il appliquer la directive SMAV ou la directive relative au commerce électronique ?) cette étude de *Iris Plus* donne un aperçu de l'état actuel de la législation en vigueur aussi bien à l'échelon européen que national, y compris des dernières initiatives réglementaires et des récentes évolutions de la jurisprudence des juridictions compétentes et des autres instances, tout en présentant les initiatives d'autorégulation prises par les professionnels du secteur.

Iris Plus, Observatoire européen de l'audiovisuel, 146 pages, 9 euros ou à télécharger gratuitement sur le site de l'Observatoire.

Egalement : Le partage de vidéos en ligne : offres, audiences, économie, par Gilles Fontaine, Christian Grece et Marta Jimenez Pumares, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2018.

Le singulier duel entre les droits de la personnalité et la liberté d'expression des réalisateurs de biopics hollywoodiens

Le récent arrêt de la cour d'appel de Californie dans un contentieux opposant Olivia de Havilland à FX Networks* faisant triompher sans nuances la liberté d'expression du studio sur les droits de la personnalité de la demanderesse souligne les faiblesses de la conception dualiste des droits de la personnalité retenue aux États-Unis, avec une distinction trop rigide entre un *right to privacy* supposément purement extrapatrimonial et un *right of publicity* prétendument aliénable. Nous proposons ici un mode d'articulation plus équilibré entre les droits de la personnalité de l'individu objet d'un biopic et la liberté d'expression du cinéaste.

Les instruments juridiques de protection de la personnalité et de l'identité de la personne humaine, d'une part, et la liberté d'expression, d'autre part, sont naturellement voués à s'opposer. Mais cette haine réciproque doit-elle nécessairement virer au duel où l'un des droits a vocation à terrasser l'autre ? Est-il légitime de la caricaturer et de ne voir que deux solutions possibles au conflit : la censure de l'information ou de la création, d'un côté, ou le pillage aussi anarchique que lucratif de l'identité, de la notoriété, et l'atteinte à la réputation, de l'autre ?

À bien des égards, le contentieux opposant l'actrice plus que centenaire Olivia de Havilland à la Fox, producteur de la série *Feud*, un docufiction supposé refléter l'ambiance du Hollywood des années 1960, et en particulier de la haine que se vouaient Bette Davis et Joan Crawford, est emblématique. Olivia de Havilland, qui fêtera le 1^{er} juillet 2018 ses 102 ans, est une légende du cinéma hollywoodien universellement renommée, notamment pour son rôle de Mélanie Hamilton dans le légendaire *Gone with the Wind* en 1939, et pour avoir obtenu l'Oscar de la meilleure actrice une première fois en 1946 dans *To Each His Own*, puis une seconde fois en 1949 dans *The Heiress*. Il est toutefois moins connu que, sans elle, les plus profonds bouleversements qu'a connus le droit à l'image n'auraient sans doute pas eu lieu. En effet, Olivia de Havilland est l'initiatrice du contentieux en 1944 avec la Warner qui a mis un terme aux abus des studios sur la durée des contrats de travail des acteurs¹. Une des conséquences de la défaite qu'elle a infligée aux studios a été la naissance d'un nouveau droit : le *right of publicity*, un droit de contrôle de l'usage de son identité présenté comme cessible. Le droit de contrôler l'exploitation commerciale de sa propre identité existait déjà auparavant, mais l'intérêt à agir



Thibault Gisclard
Maître de conférences
en droit privé à
l'Université de Lille
Directeur du D.U. de
Propriété Industrielle
Membre de l'European
Law Institute

des licenciés était jusqu'ici douteux, ce qui avait donné naissance au très célèbre arrêt *Haelan*². À la suite de cette décision, un jeune avocat de la Paramount, Melville Nimmer, avait rédigé un article³ où il théorisait le *right of publicity* comme un nouveau droit⁴, ce qui permettait aux studios de se réapproprier la personne même de leurs comédiens, en autorisant la cession pure et simple à leur profit des éléments de leur identité (nom, image, voix, etc.), qui était jusqu'alors impossible avec le *right to privacy*. À la même époque, cette prétendue possibilité de détacher l'identité de la personne humaine pour la transformer en bien incorporel indépendant avait parallèlement été défendue dans un article⁵ d'Harold Gordon, alors avocat des héritiers d'Al Capone⁶, qui espérait pouvoir ainsi obtenir l'interdiction des films relatant les méfaits de la famille de ses clients. Il est par ailleurs piquant de constater que, dans la série objet du présent contentieux, le personnage de Olivia de Havilland est joué par Catherine Zeta-Jones, qui n'est autre que l'actrice à l'origine du premier contentieux sur la commercialisation exclusive de l'image en Angleterre à l'occasion de son mariage⁷.

Ce contentieux est donc stratégique d'un point de vue économique pour les studios de cinéma, ainsi qu'en témoigne l'abondance des *amicus curiae* soumis devant la Cour d'appel de Californie. Mais il est aussi stratégique pour l'existence même du *right of publicity* des comédiens, puisque les enjeux de

* Olivia de Havilland DBE v. FX Networks Inc., California Court of Appeal, 26 mars 2018, 21 Cal. App. 5th 845, 230 Cal. Rptr. 3d 625.

1. De Havilland v. Warner Brothers Pictures Inc., 153 P.2d 983 (Cal. App. 2d. Dist. 1944).

2. *Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum*, 202 F.2d 866 (2nd Cir.), cert. denied, 346 U.S. 816 (1953).

3. M. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 Law and Contemporary Problems 203 (1954).

4. Cet auteur, qui ambitionnait de faire carrière à l'université, avait perçu tout l'intérêt de pouvoir ensuite être crédité comme le co-inventeur d'un prétendu nouveau droit, plutôt que comme l'un des innombrables exégètes des développements d'un *right to privacy* déjà existant, comme le doyen Prosser l'avait montré quelques années plus tard.

5. H. Gordon, *Right of Property in Name, Likeness, Personality and History*, 55 Northwestern University Law Review 553 (1960).

6. *Maritote v. Desilu Productions*, 345 F.2d 418 (7th Cir. 1965).

7. *Douglas v Hello !*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 AC 1.

création et d'exploitation de l'identité des actrices et acteurs varient considérablement selon que l'on donne la priorité aux droits de la personnalité des comédiens ou à la liberté de création des studios⁸.

En l'espèce, la série *Feud* a minutieusement recréé l'apparence physique et vestimentaire d'Olivia de Havilland, et utilisé son nom, ses fonctions lors de la cinquantième cérémonie des Oscars, ainsi que sa photographie. Son personnage n'apparaît pas simplement de manière incidente, puisque c'est par une interview, qui n'a en réalité jamais eu lieu, que s'ouvre la série. Le réalisateur admettait⁹ d'ailleurs qu'il était important que les spectateurs fassent confiance à son personnage. La plaignante apparaissait donc comme une caution morale de la série¹⁰, et de nombreux spectateurs ont dû penser qu'il y avait là approbation de sa part, et même recommandation de la série, d'autant plus que son personnage figure dans six spots publicitaires pour *Feud*. Il ne s'agit donc pas, contrairement à d'autres affaires, d'un simple usage incident, ni même d'un simple personnage présenté dans un docufiction, mais bien d'une exploitation de l'identité, de la réputation et de la notoriété d'Olivia de Havilland visant à promouvoir et à recommander la série. Or un tel "endorsement" présente une dimension commerciale infiniment plus marquée qu'un simple reportage télévisé.

Parallèlement, Olivia de Havilland est présentée dans *Feud* comme une commère, n'hésitant pas à qualifier dans le cinquième épisode sa sœur Joan Fontaine de "bitch", et qui fait passer Frank Sinatra pour un ivrogne¹¹. Or, contrairement à de nombreux autres comédiens, Olivia de Havilland est restée discrète sur les rumeurs hollywoodiennes, et n'a donné que peu d'interviews, et, bien qu'ayant eu des relations parfois difficiles avec sa sœur, ne l'a jamais critiquée en public de son vivant. Olivia de Havilland estime ainsi que *Feud* présente la réalité de manière inexacte, ce qui porte atteinte à sa réputation.

FX Networks a dès lors dégainé une arme potentiellement fatale au litige, le *statute anti-SLAPP*¹², qui permet de se débarrasser rapidement, sans autre forme de procès, pourrait-on dire, de toute procédure judiciaire peu sérieuse susceptible de porter atteinte à la liberté d'expression. En première instance, le 29 septembre 2017, la *Los Angeles Superior Court* a certes admis qu'il s'agissait d'un discours protégé, mais que le procès intenté l'était bien pour des raisons sérieuses (présentation trompeuse de la personne (*false light*), et atteinte au *right of publicity*), et a donc refusé de SLAPPER ce dernier¹³. S'appuyant

sur un célèbre arrêt de la Cour suprême de Californie relatif aux trois *Stooges*¹⁴, elle a considéré que la volonté affirmée de réalisme des réalisateurs faisait que le biopic ne pouvait être considéré comme transformatif¹⁵.

En revanche, le 26 mars 2018, la *Court of Appeal of the State of California* commence par indiquer que les personnes, qu'elles soient des légendes vivantes ou des inconnues, ne sont pas propriétaires de l'Histoire. Après avoir bien pris en considération les arguments du studio, la cour d'appel reproche à la décision

« Les enjeux de création et d'exploitation de l'identité des actrices et acteurs varient considérablement selon que l'on donne la priorité aux droits de la personnalité des comédiens ou à la liberté de création des studios. »

de première instance d'avoir créé une situation inextricable pour les producteurs de cinéma. La solution qui s'impose selon la cour d'appel est donc simple : les personnes dont l'identité est exploitée dans des livres, films, programmes de télévision devraient toujours abdiquer leurs droits face à la liberté d'expression des producteurs de ces divertissements. En conséquence, l'action intentée par la comédienne est bloquée sans examen au fond, alors même que l'article I, section 16 de la Constitution de Californie prévoit que les faits doivent être examinés devant un jury. La demanderesse a donc intenté un recours devant la Cour suprême de Californie, en soulevant non seulement la contrariété de la décision avec les règles régissant l'articulation du *right of publicity* avec le premier amendement à la Constitution des États-Unis, mais aussi cette remise en cause des droits fondamentaux du procès.

La solution retenue par la cour d'appel a le mérite d'être simple. Soit, les personnes humaines qui ont fait l'Histoire n'en sont pas propriétaires. En revanche, les producteurs de divertissements sont libres de se réapproprier cette histoire, via des créations plus ou moins parasitaires qu'ils réalisent sans entrave, et sur lesquelles ils jouiront de droits de propriété intellectuelle. Les acteurs, après avoir été libérés il y a plus de soixante-dix ans par Olivia de Havilland du joug des contrats de travail qui les enchaînaient à un studio, se sont donc vus attribuer un *right of publicity* qui était officiellement censé leur bénéficier, mais qu'ils doivent souvent en pratique céder purement et simplement au studio qui les emploie¹⁶, lequel pourra s'en servir pour restreindre leur mobilité professionnelle, tandis que la présente décision nous indique que les acteurs ne pourront jamais opposer leur propre *right of publicity* à un studio. En effet, ces derniers, au prétexte qu'ils réalisent soit des créations transformatives, soit un fidèle documentaire, soit une obscure mixture entre les deux, pourront opposer aux comédiens la liberté d'expression, qui, semble devoir toujours triompher en pareil cas. Le *right of publicity*, quant à lui, qu'il soit de *common law* ou *statutory*, pourra continuer à être opposé par les studios cessionnaires à leurs cédants ou à leurs concurrents, tandis que, selon cette décision de la Cour d'appel de Californie, il semble que les acteurs eux-

8. P. Brownfield, *At 101, a Survivor of Hollywood's Golden Age Throws Down the Gauntlet*, The New York Times, March 3, 2018.

9. *Declaration of Ryan Murphy*, 29.08.2017, p. 4, l. 20.

10. *FX Networks* présente son personnage comme "wise, objective and professional" dans sa *Special motion to strike*, devant la *Superior Court of California*, 29.08.2017, p. 5.

11. À la question de Bette Davis : "Where's the booze ?", Olivia de Havilland répond : "Frank must've drunk it all" ...

12. California Code of Civil Procedure, §425.16(b)(1).

13. *Olivia de Havilland, DBE v. FX Networks, et al.*, Superior Court of the State of California for the County of Los Angeles, 29.09.2017, Case No. BC667011, *Ruling on Defendant's Motion to Strike (Anti-SLAPP)*, by Holly E. Kendig.

14. *Comedy III Productions, Inc., v. Gary Saderup, Inc.*, 21 P.3d 797 (Cal. 2001).

15. Sur la notion, voir *infra*.

16. De même que les athlètes universitaires doivent céder leur *right of publicity* à la NCAA sans contrepartie, ce qui leur interdit ensuite de poursuivre leur carrière sportive dans un club professionnel, qui exigera d'être cessionnaire d'un droit à l'image dont l'athlète a été dépossédé lorsqu'il était étudiant.

mêmes ne conserveraient la possibilité de l'invoquer qu'en matière de gadgets publicitaires¹⁷.

Ce contentieux est l'illustration de la complète intrication des aspects patrimoniaux et extrapatrimoniaux de l'identité de la personne humaine (I), qui commande une vision unitaire des droits de la personnalité, et qui montre les faiblesses de la conception dualiste retenue aux États-Unis avec la distinction entre *right to privacy* et *right of publicity*. Il est aussi l'occasion de proposer des modes d'articulation un peu plus appropriés entre les droits de la personnalité et la liberté d'expression (II).

I. L'INTRICATION DES ASPECTS MORAUX ET PATRIMONIAUX DE L'USAGE DE L'IDENTITÉ D'OLIVIA DE HAVILLAND DANS LE BIOPIC *FEUD*

L'exploitation de l'identité de l'actrice Olivia de Havilland dans *Feud* ne constitue pas un simple usage incident¹⁸. En effet, si son personnage n'est évidemment pas présent dans chacune des scènes de la série, Olivia de Havilland est le personnage central de la scène d'ouverture du premier épisode, où elle figure comme garante de la prétendue fidélité de la série. Elle est présente dans de nombreuses autres scènes clefs, comme la cérémonie des Oscars. Elle joue donc un rôle prééminent dans la série, dont elle renforce la valeur cinématographique et par conséquent économique¹⁹.

A. L'atteinte morale découlant de la fictionnalisation

Les créateurs de la série estiment que celle-ci serait protégée par la liberté d'expression au titre du caractère transformatif car il s'agirait d'un *docudrama*²⁰, donc d'une œuvre de fiction, ne reprenant pas complètement le personnage réel²¹. Or, précisément, la comédienne reproche à la Fox d'avoir arrangé son personnage pour le rendre plus scandaleux, et donc plus attractif d'un point de vue commercial. Ainsi, contrairement à son personnage dans la série, Olivia de Havilland n'a jamais donné d'interview durant les Oscars 1978, ni à un autre moment, concernant les relations entre Bette Davis et Joan Crawford, elle n'a jamais traité sa sœur de "*bitch*", et elle a pour habitude de ne jamais évoquer la vie privée d'autrui.

Lorsque la personne est présentée sous un jour inexact, il y a atteinte aux aspects moraux de la personnalité (*false light inva-*

sion of privacy)²². Sont alors justifiées des mesures imposant la suppression ou la modification des passages portant atteinte à la personne. Même si la série est clairement présentée comme ayant pris d'importantes libertés avec la réalité, devenant ainsi une fiction, il semble que l'atteinte aux aspects moraux resterait envisageable²³.

Parallèlement, il serait sans doute possible d'invoquer à côté des droits de la personnalité classiques que sont le *right to privacy* et le *right of publicity*, le § 43(a) du *Lanham Act*, qui sanctionne les *false representations*, puisque d'une part, FX laisse entendre que la biographie serait fidèle, ce qu'elle n'est pas véritablement, et d'autre part parce qu'elle insinue que la biographie est autorisée, voire garantie ou promue, par Olivia de Havilland, ce qu'elle n'est pas du tout.

B. La double exploitation commerciale de l'identité de la comédienne

Concernant le *right of publicity*, l'identité de la comédienne Olivia de Havilland est exploitée d'une part comme personnage, et d'autre part comme faire-valoir promotionnel de la série. Ces deux situations méritent d'être nettement distinguées. En effet, le simple usage de l'identité de la comédienne comme personnage du film semble mériter une protection relativement élevée par la liberté d'expression. En effet, la demanderesse étant une comédienne ayant joué un rôle majeur dans l'histoire du cinéma, un débat d'intérêt général peut légitimement naître à son sujet, justifiant qu'elle soit mentionnée dans la série. Il est toutefois nettement plus discutable que ce débat puisse être considéré comme légitime s'il ne concerne que des ragots et des éléments relatifs à la vie privée de la comédienne, tels que les relations avec sa sœur, qui revêtent un caractère plus divertissant qu'historique. Quant à l'usage de l'identité à titre promotionnel, consistant à insinuer que la demanderesse se porterait garante du film ou qu'elle en assurerait la promotion, il ne s'agit plus du tout d'un usage informationnel, d'intérêt général, mais d'un usage purement commercial, au profit exclusif des producteurs espérant augmenter leur chiffre d'affaires en associant de manière parasitaire l'identité et la notoriété de la personne à leur série afin de la promouvoir. L'exploitation non autorisée de l'identité doit être sanctionnée par une interdiction pure et simple lorsqu'elle porte sur des aspects promotionnels : ce n'est que la mise en œuvre du monopole de la personne sur son identité que consacre le *right of publicity*, et que protège également l'aspect *appropriation* du *right to privacy*. En revanche, lorsque l'exploitation est susceptible de relever de la liberté d'expression, telle que la simple présence dans le documentaire, il est possible de se demander si le studio doit se voir laisser carte blanche pour exploiter librement et gratuitement l'identité de la personne, ou bien si l'articulation des deux droits doit être réalisée plus finement.

17. Notons que, dans le présent litige, étaient également en jeu des séquences publicitaires pour la série *Feud* figurant le personnage de Olivia de Havilland, et qu'elles ont aussi été considérées comme protégées par le premier amendement.

18. Voir notamment, à New York, *Preston v. Martin Bregman Productions, Inc.*, 765 F.Supp 116 (S.D. N.Y. 1991).

19. Tout comme la rapide référence au nom de l'aviateur Chuck Yeager dans une publicité : voir, refusant l'usage incident, *Yeager v. Cingular Wireless LLC*, 673 F. Supp. 2d 1089 (E.D. Cal. 2009).

20. *FX Networks's Special motion to strike*, Superior Court of California, filed 29 August 2017, p. 4.

21. FX cite la définition de J. T. McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy*, West, 2018, § 8:74, note 2 : "*stage or film dramatization either closely or loosely based upon actual events with fictional dramatic elements embellishing the hard facts*".

22. W. Prosser, *Privacy*, 48 California Law Review 383 (1960). Voir également *Restatement Second, Torts*, §652E (1977).

23. Récemment à New York, l'*Appellate Division* a considéré qu'il pouvait y avoir atteinte au *right of publicity* d'un meurtrier à l'occasion d'un téléfilm fictionnalisé de ses crimes : *Porco v. Lifetime Entertainment Services*, 47 N.Y.S.3d 769 (Appellate Division, 3d Dep't 2017).

II. LE DÉLICAT ÉQUILIBRE ENTRE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DU CINÉASTE ET LE RESPECT DE LA PERSONNALITÉ DE LA PERSONNE OBJET DU BIOPIC

En lisant la décision de la cour d'appel et certains des *amicus curiae* pour *FX Networks*, il est difficile de ne pas avoir l'impression que le *right of publicity* ne pourrait jamais restreindre la liberté d'expression en matière d'œuvres de fiction, de biographies, et de docufictions. Il nous semble toutefois que la réalité est un peu plus nuancée. Pourquoi l'un des droits devrait-il terrasser l'autre ? Le pillage parasitaire de l'identité d'autrui est aussi nuisible que la censure de la création. Tel était déjà le sens de l'unique arrêt de la Cour suprême des États-Unis relatif au *right of publicity*²⁴. En droit californien, la Cour Suprême de l'État a déjà eu l'occasion de dire que le *right of publicity* ne donne pas à son titulaire un droit de censurer, mais un droit d'empêcher les autres de s'approprier indument la valeur économique générée par la célébrité de la personne par l'exploitation de son nom, de sa voix, sa signature, sa photographie, ou son apparence²⁵. Le conflit de droits ne se résout donc pas en une alternative entre censure ou pillage, mais dans une mise en équilibre des droits en jeu.

En France, la jurisprudence de la Cour de cassation va clairement en ce sens en indiquant que « le droit au respect de la vie privée, prévu par les articles 8 de la CEDH et 9 du Code civil, et le droit à la liberté d'expression, régi par l'article 10 de la Convention, ont la même valeur normative » ; et « qu'il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime », et en approuvant la cour d'appel d'avoir décidé que « si la création audiovisuelle peut s'inspirer de faits réels et mettre en scène des personnages vivants, elle ne saurait, sans l'accord de ceux-ci, empiéter sur leur vie privée dès lors qu'elle ne présente pas clairement les éléments ressortant de celles-ci comme totalement fictifs »²⁶.

A. Les enjeux de la prévalence

D'un côté, le respect de l'identité et de la personnalité de l'individu est souvent caricaturé comme permettant un contrôle en amont de la création. L'œuvre créée serait ainsi une œuvre dérivée de l'identité de la personne et/ou de la notoriété, dont elle serait par conséquent dépendante, au même titre que l'œuvre dérivée au sens du droit d'auteur. Mais d'un autre côté, la liberté d'expression n'est-elle pas un cheval de Troie de la primauté de la propriété incorporelle sur l'œuvre dérivée de la vie de la personne par rapport à l'identité, et donc à la dignité de cette même personne, consacrant ainsi la domination symbolique de l'avoir des personnes morales sur l'être des personnes humaines ?

Parmi les différentes solutions envisageables, les plus radicales consistent, lorsque la liberté d'expression est jugée prédominante, à légitimer toute atteinte patrimoniale et extrapatrimoniale sur l'identité de la personne, soit en la déboutant au fond de toute demande de cessation ou d'indemnisation, soit, comme dans l'arrêt d'appel dans l'affaire *de Havilland v. FX Networks*, au point de rendre irrecevable la demande, sur le fondement de règles visant à exclure les poursuites abusives contre la liberté d'expression, mais dont la conformité avec les règles du procès équitable devient alors questionnable. Plutôt qu'un tel manichéisme, sans doute est-il préférable de prévoir que la liberté d'expression limite, mais n'anéantit pas, les droits que chacun a sur l'exploitation de sa propre identité. Ainsi, à l'image du droit des brevets, il serait possible d'exiger que la personne dont l'identité est exploitée dans l'intérêt général se voie imposer une licence obligatoire avec le créateur de l'œuvre. Une telle solution, qui ne règle pas la question du montant de la redevance, est notamment envisageable pour les personnes célèbres²⁷. Sauf à vider de sa substance le principe, le plus souvent à valeur

constitutionnelle ou conventionnelle, de protection de la vie privée, il est en revanche douteux que l'on puisse l'imposer à toute personne.

Ensuite, dans tous les cas, il est nécessaire que l'exploitant respecte les aspects moraux de l'identité de la personne qu'il dépeint. Il peut alors réaliser une présentation fidèle de la réalité, auquel cas la licence obligatoire imposée à la personne décrite a pour corollaire un devoir d'objectivité (il n'est donc pas question d'hagiographie). Mais il peut également choisir de mélanger réalité et fiction. Cette hypothèse est la plus problématique, car, bien que réalisant une création, cet usage n'en est pas moins dérivé de l'identité et parasitaire de cette dernière, puisqu'il n'est plus seulement informationnel, mais avant tout divertissant. Peut-on alors exiger une licence obligatoire ? Le droit d'auteur ne va pas du tout en ce sens, comme en témoigne notamment l'arrêt *Ashby Donald* de la CEDH²⁸. Toutefois, au contraire, et de manière inquiétante²⁹, l'évolution de la jurisprudence de la même Cour en matière de droit à la vie privée et à l'image va vers la quasi-négation de la protection.

B. La recherche d'un test pertinent

Si le critère de l'intérêt général a fait l'objet d'une interprétation pour le moins généreuse par la CEDH en matière de presse

24. *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1978).

25. *Comedy III Productions, Inc., v. Gary Saderup, Inc.*, 21 P.3d 797 (Cal. 2001).

26. Cass. Civ. 1^{re}, 30 septembre 2015, n°14-16.273, Bull. Civ. I, n°241.

27. Cf., en Allemagne, la distinction entre les personnalités relatives et absolues de l'histoire contemporaine (voir H. Neumann-Duesberg, *Bildberichterstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte*, Juristenzeitung 1960, 114), qui fut pendant un temps remise en cause par la CEDH. Aux États-Unis, comparer avec les errements de l'arrêt *Sarver v. Chartier*, 813 F.3d 891 (9th Cir 2016), où la cour d'appel fédérale indique que le sergent technicien en explosifs objet du film n'exploitait pas sa personnalité, retombant ainsi dans l'énorme erreur depuis longtemps résolue de l'exigence d'exploitation préalable de la personnalité, et qui semble par ailleurs considérer que le seul arrêt de la Cour suprême des États-Unis en la matière serait dépassé du fait qu'il a été rendu il y a quarante ans ...

28. *Ashby Donald et autres c. France*, n°36769/08, Légipresse 2013, n°302-05, p. 221, note F. Marchadier.

29. J.-F. Renucci, note sous CEDH 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne*, D. 2012, 1040.

people³⁰, la jurisprudence française est quant à elle restée nettement plus exigeante vis-à-vis des biographies prenant quelques libertés avec la réalité³¹. Aux États-Unis, trois types de tests ont été proposés par les tribunaux. Le premier est le test de la connexion, inspiré du droit des marques, appréciant la pertinence de l'usage³². Le deuxième, largement discuté dans le présent contentieux, est celui du caractère transformatif. Selon une première conception fort laxiste, la simple présence d'éléments nouveaux dans la création suffirait à remplir le critère, tandis qu'une seconde conception exige que l'utilisation de l'identité de la personne ne constitue pas la substance même de l'œuvre³³. De grandes incertitudes subsistent sur la mise en œuvre de ce test, qui semble appliqué en Californie avec bien plus de rigueur contre les concepteurs de jeux vidéo³⁴ que contre les studios de cinéma. Pour les *amici curiae* de *FX*, le test du caractère transformatif reviendrait à systématiquement faire triompher la liberté d'expression en matière d'œuvre cinématographique. Au contraire, pour la *Screen Actors Guild, amicus curiae* d'Olivia de Havilland, un biopic ne serait jamais transformatif.³⁵

Le troisième test, qui nous semble le plus pertinent, est celui du but prédominant de l'usage, consacré notamment par la Cour suprême du Missouri dans l'affaire *Tony Twist*³⁶, même s'il reste lui aussi quelque peu incertain³⁷. Ce test, qui souligne les limites de l'approche dualiste des droits de la personnalité³⁸, a le mérite d'être assez concret, ce qui répond ainsi à l'invitation d'un récent arrêt de la Cour suprême fédérale américaine³⁹. Il a également adopté par la Cour suprême du Japon en matière de *paburishitiken*, c'est-à-dire d'exploitation commerciale de l'image⁴⁰. Ce critère n'est d'ailleurs pas sans rappeler la notion de *fair use* en matière de *copyright*, ou les tests à plusieurs étapes en matière d'admission des exceptions du droit d'auteur en Europe. Concrètement, soit l'objectif est un débat d'intérêt général, et alors si cette information est fidèle à la réalité, elle sera protégée, soit

l'objectif est de créer une œuvre à des fins principalement récréatives, voire basement commerciales, et à ce moment-là l'œuvre doit être présentée comme non fidèle, et cette création pourra éventuellement être protégée si sa dimension commerciale n'est pas prédominante. On est ainsi face à une sorte d'*estoppel* entre fiction et réalité : celui qui exploite l'identité d'autrui doit choisir son camp et appliquer les règles en conséquence.

C. Tentative de conciliation

La mise en équilibre des intérêts se résoudrait ainsi. On commencerait par mesurer l'intérêt général. Aux États-Unis, il est constant⁴¹ que le discours politique mérite davantage de protection que les divertissements, qui eux-mêmes sont plus préservés que les discours commerciaux, pour lesquels la marge de manœuvre est plus étroite. Ensuite, il faudrait déterminer l'intensité de l'exploitation de l'identité de la personne ainsi que de l'atteinte aux aspects moraux de sa personnalité. Il ne s'agit pas nécessairement d'une analyse quantitative : en l'espèce, dans l'affaire *de Havilland*, les apparitions de son personnage ne représentaient que 4,2 % de la durée de la série, mais le rôle joué est majeur, par sa présence comme garante morale de la série dès la scène d'ouverture. On peut alors décider de prévoir des mesures proportionnées allant de l'interdiction totale d'utilisation de l'identité d'autrui à la liberté d'expression totale, en passant par la licence obligatoire, plus ou moins onéreuse, laquelle s'associe à des obligations de respecter les aspects moraux de la personnalité. En aucun cas on ne saurait prétendre que la victime ne pourrait agir que dans la seule hypothèse où celle-ci a effectivement subi des pertes : tout le droit de la propriété intellectuelle et, plus généralement, tout le droit des restitutions, repose sur un autre fondement⁴² !

Quoi qu'il en soit, et malgré ce qu'indique la décision de la CA de Californie, le présent litige va au-delà de la question des biographies non autorisées, puisqu'il inclut non seulement une atteinte morale, mais aussi et surtout un usage à titre d'*endorsement*, en tant que caution morale en ouverture de la série comme le laissait entendre la décision de première instance, *FX Networks* devait donc conclure avec Olivia de Havilland une licence d'exploitation de son identité, autorisant le cas échéant quelques libertés avec la réalité historique (ce que l'on appelle des licences narratives). La pratique constante à Hollywood est d'en négocier une en pareil cas. Mais en l'espèce, la valeur de l'exploitation de l'identité de la comédienne dans la série a été estimée entre 1, 38 et 2,1 millions de dollars... **T.G.**

30. Voir notamment, à propos de la « mode » consistant pour les célébrités à mettre en location leur maison de vacances quand ils n'y sont pas, CEDH, 19 septembre 2013, *Von Hannover c. Allemagne*, n°8772/10.

31. Cass. Civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, n°00-20.289, Bull. Civ. I, n°172, approuvant la cour d'appel d'avoir décidé que « le respect de la vie privée s'impos[e] avec davantage de force à l'auteur d'une œuvre romanesque qu'à un journaliste remplissant sa mission d'information » ; Cass. Civ. 1^{re}, 7 février 2006, n°04-10.941, Bull. I, n°59, approuvant la cour d'appel d'avoir retenu qu'« une œuvre de fiction, appuyée en l'occurrence sur des faits réels, si elle utilise des éléments de l'existence d'autrui, ne peut leur en adjoindre d'autres qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect dû à sa vie privée ».

32. *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

33. *Comedy III Productions, Inc., v. Gary Saderup, Inc.*, 21 P.3d 797 (Cal. 2001).

34. *No Doubt v. Activision Publishing*, 192 Cal. App. 4th 1018 (2011) ; *Keller v. Electronic Arts Inc.*, 724 F.3d 1268 (9th Cir. 2013) ; *Davis v. Electronic Arts Inc.*, 775 F.3d 1172 (9th Cir 2015).

35. Test que les *amici curiae* de *FX* critiquent à juste titre, mais qu'ils veulent néanmoins appliquer en l'espèce...

36. *Doe v. TCI Cablevision*, 110 SW.3d 363, 374 (Mo. 2003).

37. En ce sens, *Hart v. Electronic Arts, Inc.*, 717 F.3d 141, 154 (3d Cir. 2013).

38. The weakness of the Restatement's « relatedness » test and California's « transformative » test is that they give too little consideration to the fact that many uses of a person's name and identity have both expressive and commercial components, *Doe v. TCI Cablevision*, 110 SW.3d 363, 374 (Mo. 2003).

39. *Reed v. Town of Gilbert*, 135 S.Ct. 2218 (2015).

40. Supreme Court of Japan, 02.02.2012, 2009 (Ju) No. 2056, *Pink Lady*.

41. E. Volokh, *Freedom of Speech and the Right of Publicity*, 40 Houston Law Review 903 (2003).

42. La demande de Olivia de Havilland en restitution des bénéfices et de *constructive trust* est parfaitement en phase avec le nouveau *Restatement, Third, Restitution*, §42, *comment g*.

Image des biens publics : recours au droit commun

MOTS-CLÉS : droit à l'image, biens publics, domaine national

Conseil d'État (Ass. plén.)

13 avril 2018

Domaine national de Chambord c/ Brasseries Kronenbourg

361-08

Avant l'entrée en vigueur de la loi "Création" du 7 juillet 2016, le domaine de Chambord ne pouvait soumettre à autorisation l'exploitation commerciale de l'image du château. Le législateur a prévu à l'article L. 621-42 du Code du patrimoine, par la loi du 7 juillet 2016, la possibilité pour les gestionnaires des domaines nationaux de soumettre à autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent ces domaines.

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la société Les Brasseries Kronenbourg a fait réaliser, au début de l'année 2010, des photographies du château de Chambord, qui appartient au domaine public immobilier de l'État, en vue de l'utilisation de l'image de ce château dans le cadre d'une campagne de publicité pour la bière « 1664 ». Par courrier du 19 avril 2010, le directeur général de l'établissement public du domaine national de Chambord a indiqué à la société que l'utilisation de l'image du château de Chambord à des fins de publicité commerciale constituait une utilisation privative du domaine public justifiant le versement d'une contrepartie financière. Par courrier du 12 avril 2011, il a en conséquence transmis à la société deux états de sommes qu'il estimait dues par elle à ce titre. Deux titres de recettes exécutoires ont été émis le 21 avril 2011 à l'encontre de la société pour assurer le recouvrement de ces sommes. Par un jugement du 6 mars 2012, le tribunal administratif d'Orléans a fait droit à la demande de la société tendant à l'annulation de ces deux titres de recettes. Par un arrêt du 16 décembre 2015, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté la requête de l'établissement public du domaine national de Chambord tendant, à titre principal, à l'annulation du jugement du tribunal administratif et au rejet des demandes de la société et, à titre subsidiaire, à ce que celle-ci soit condamnée à lui verser une indemnité équivalente à la redevance domaniale réclamée par les deux titres de recettes exécutoires, afin de réparer le préjudice dont il se prévalait. L'établissement public du domaine national de Chambord se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

Sur les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il a statué sur les conclusions principales du domaine national de Chambord :

2. En premier lieu, aux termes de l'article L. 1 du code général de la propriété des personnes publiques : « *Le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics* ». Les personnes publiques ne disposant pas d'un droit exclusif sur l'image des biens leur appartenant, celle-ci n'est pas au nombre des biens et droits mentionnés à l'article L. 1 du code général de la propriété des personnes publiques, ainsi que l'a jugé la cour administrative d'appel sans erreur de droit. Il en résulte que l'image d'un bien du domaine public ne saurait constituer une dépendance de ce domaine ni par elle-même, ni en qualité d'accessoire indissociable de ce bien au sens des dispositions de l'article L. 2111-2 du code général de la propriété des personnes publiques.

3. En deuxième lieu, aux termes de l'article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques : « *Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous* ». Aux termes de l'article L. 2125-1 du même code : « *Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance (...)* ». L'article L. 2125-3 du même code dispose que : « *La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation* ».

4. Il résulte de la combinaison de ces dispositions, d'une part, que l'occupation ou l'utilisation du domaine public n'est soumise à la délivrance d'une autorisation que lorsqu'elle constitue un usage privatif de ce domaine public, excédant le droit d'usage appartenant à tous, d'autre part, que lorsqu'une telle autorisation est donnée par la personne publique gestionnaire du domaine public concerné, la redevance d'occupation ou d'utilisation du domaine public constitue la contrepartie du droit d'occupation ou d'utilisation privative ainsi accordé. Dès lors, si la personne publique est fondée à demander à celui qui occupe ou utilise irrégulièrement le domaine public le versement d'une indemnité calculée par référence à la redevance qu'il aurait versée s'il avait été titulaire d'un titre régulier à cet effet, l'occupation ou l'utilisation du domaine public dans les limites ne dépassant pas le droit d'usage appartenant à tous, laquelle n'est soumise à la délivrance d'aucune autorisation, ne peut, par suite, être assujettie au paiement d'une redevance.

5. Si l'opération consistant en la prise de vues d'un bien appartenant au domaine public est susceptible d'impliquer, pour les besoins de la réalisation matérielle de cette opération, une occupation ou une utilisation du bien qui excède le droit d'usage appartenant à tous, une telle opération ne caractérise toutefois pas, en elle-même, un usage privatif du domaine public.

6. En outre, l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'un tel bien ne saurait être assimilée à une utilisation privative du domaine public, au sens des dispositions précitées du code général de la propriété des personnes publiques.

7. La cour a estimé, par une appréciation souveraine non entachée de dénaturation, qu'il ne résultait pas de l'instruction et n'était d'ailleurs pas soutenu que la réalisation des prises de vues du château de Chambord aurait affecté le droit d'usage du château appartenant à tous. Elle a suffisamment motivé son arrêt, compte tenu de l'argumentation qui lui était soumise par le domaine national de Chambord, et n'a pas commis d'erreur de droit, en en déduisant que la société Les Brasseries Kronenbourg n'avait pas, en réalisant ces prises de vues, fait un usage privatif du domaine public. Elle n'a pas non plus commis d'erreur de droit en jugeant que l'exploitation commerciale de ces mêmes prises de vues ne constituait pas, en elle-même, une utilisation privative du domaine public immobilier du château de Chambord.

8. Il résulte de ce qui précède que le domaine national de Chambord n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque en tant qu'il a statué sur ses conclusions principales.

Sur les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il a statué sur les conclusions subsidiaires du domaine national de Chambord :

9. Devant la cour, l'établissement public du domaine national de Chambord demandait, à titre subsidiaire, que la société Les Brasseries Kronenbourg soit condamnée à lui verser une indemnité destinée à réparer le préjudice dont il se prévalait, qu'il évaluait au montant de la redevance domaniale réclamée par les deux titres exécutoires mentionnés au point 1. La cour a rejeté cette demande comme portée devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître.

10. L'autorité administrative ne saurait, en l'absence de disposition législative le prévoyant, soumettre à un régime d'autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de prises de vues d'un immeuble appartenant au domaine public, un tel régime étant constitutif d'une restriction à la liberté d'entreprendre et à l'exercice du droit de propriété.

11. Le législateur, dans le but de protéger l'image des domaines nationaux et de permettre leur valorisation économique, a prévu, à l'article L. 621-42 du code du patrimoine, la possibilité pour les gestionnaires des domaines nationaux de soumettre à autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent ces domaines, lesquels peuvent relever d'un régime de domanialité publique, et précisé que cette autorisation peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'un contrat, assorti ou non de conditions financières, la redevance éventuellement mise à la charge du titulaire de l'autorisation tenant compte des avantages de toute nature que celle-ci lui procure. Il découle de ces dispositions que l'utilisation à des fins commerciales des prises de vues d'un immeuble entrant dans leur champ, sans qu'ait été au préalable obtenue l'autorisation qu'elles prévoient, constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'utilisateur à l'égard du propriétaire ou du gestionnaire de l'immeuble, le préjudice subi par celui-ci consistant notamment en l'absence de perception de la redevance dont

l'autorisation aurait pu être assortie. La victime du dommage peut, dans ce cas, en demander la réparation devant la juridiction administrative, alors même qu'elle aurait le pouvoir d'émettre un état exécutoire en vue d'obtenir le paiement de la somme qu'elle réclame.

12. Cette disposition n'a toutefois été instituée que par la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, le domaine de Chambord n'ayant lui-même été défini comme domaine national que par le décret du 2 mai 2017 fixant la liste et le périmètre de domaines nationaux. Antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article L. 621-42 du code du patrimoine, le gestionnaire du domaine national de Chambord ne tenait d'aucun texte ni d'aucun principe le droit de soumettre à autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de l'image du château. Dans ces conditions, une telle utilisation sans autorisation préalable ne constituait pas une faute. Le seul préjudice dont le domaine national de Chambord pouvait, le cas échéant, demander réparation était celui résultant d'une utilisation de cette image qui lui aurait causé un trouble anormal, dans les conditions définies par la jurisprudence de la Cour de cassation.

13. Dès lors, cependant, qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative, en l'absence de disposition législative contraire, de statuer sur la responsabilité qu'une personne privée peut avoir encourue à l'égard d'une personne publique, une telle action indemnitaire relève de la compétence de la juridiction judiciaire. Ce motif de pur droit doit être substitué à celui retenu par l'arrêt attaqué, dont il justifie légalement le dispositif en ce qui concerne les conclusions subsidiaires de l'établissement public du domaine national de Chambord.

14. Il résulte de tout ce qui précède que l'établissement public du domaine national de Chambord n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque.

Sur les conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

15. Ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société Les Brasseries Kronenbourg qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'établissement public du domaine national de Chambord le versement au même titre à la société Les Brasseries Kronenbourg de la somme de 3 000 euros.

DÉCIDE :

Article 1^{er} : Le pourvoi de l'établissement public du domaine national de Chambord est rejeté.

Article 2 : L'établissement public du domaine national de Chambord versera à la société Les Brasseries Kronenbourg la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Rapp. : L. Domingo, rapp. public : R. Victor – Av. : SCP Foussard, Froger, SCP Marlange, De La Burgade.

COMMENTAIRE



Bérangère Gleize

Maître de conférences à l'Université d'Avignon
CUERPI-CRJ, Université Grenoble-Alpes

Flash-back sur le droit à l'image des biens. Le 7 mai 2004, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation condamne fermement l'existence d'un droit à l'image des biens, en affirmant que « *le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de cette chose. Il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* »¹. Par cet arrêt, la Cour de cassation referme la parenthèse de cinq années – ouverte par l'arrêt *Gondrée* du 10 mars 1999² – pendant laquelle l'image des biens était rattachée à la propriété de l'article 544 du Code civil. En détachant l'image de la propriété, la solution vient opportunément clarifier son statut : si l'exclusivité sur la chose ne s'étend pas à l'image de la chose, c'est que l'image ne se confond pas avec la chose qu'elle représente. L'image est autonome ; elle est extérieure à la chose. Plus pragmatiquement, la solution de l'Assemblée plénière a pour effet de tarir quasi instantanément l'abondant contentieux jurisprudentiel né à la suite de l'arrêt *Gondrée*. Cela s'explique aisément puisque le principe est désormais celui d'une libre utilisation de l'image des biens, principe ne cédant qu'en cas de trouble anormal causé au propriétaire. Depuis l'intervention de l'Assemblée plénière, les litiges relatifs à l'image des biens s'articulent donc autour de cette notion de trouble anormal. Le débat sur la propriété est définitivement clos... au moins pour les biens privés.

Come-back du droit à l'image des biens. Si, en son temps, la question de l'image des biens n'a guère suscité l'intérêt de la doctrine publiciste, l'année 2012 constitue un tournant décisif. Deux affaires placent en effet l'image des biens publics au cœur de l'actualité contentieuse et relancent, sous l'angle de la domanialité publique, le débat sur la propriété de l'image. La première affaire est relative à la prise de vue à des fins commerciales d'éléments du domaine public mobilier, en l'occurrence des œuvres d'une collection de musée³. Pour le Conseil d'État, une telle prise de vue constitue une utilisation privative dudit domaine et l'administration est donc en droit de la refuser ou d'exiger une redevance domaniale en cas d'acceptation. Quelques mois plus tôt, le tribunal administratif d'Orléans s'était, au contraire, positionné dans la lignée du juge judiciaire à propos de la photographie d'un bien du domaine public immobilier⁴. En l'espèce, l'établissement public du domaine national de Chambord réclamait, via deux titres exécutoires, près de 250 000 euros à la société Kronenbourg pour des prises de vues du château ayant

servi à des campagnes publicitaires. Dans son jugement du 6 mars 2012, le tribunal annule ces titres exécutoires en considérant que l'image ne se confond pas avec la chose qu'elle représente. De là, les juges peuvent en déduire que l'utilisation de l'image d'un immeuble du domaine public ne constitue pas une occupation ou une utilisation privative de ce domaine susceptible de donner lieu au paiement d'une redevance. En 2015, la cour administrative d'appel de Nantes déboute également le domaine de Chambord, tout en adoptant une solution particulièrement audacieuse⁵. En effet, après avoir écarté l'image des biens et droits visés par l'article L. 1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), elle crée un régime d'autorisation préalable, susceptible d'être monnayée. Cette création prétorienne, fondée sur la protection du domaine public, dispose d'un large champ d'application puisqu'elle vise toutes les prises de vue d'un immeuble réalisées à des fins commerciales. Si la solution se conçoit parfaitement sur le terrain de la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques, ses conséquences n'en restent pas moins déroutantes et inquiétantes. Il est en effet paradoxal d'exclure l'image du champ de la domanialité publique pour la soumettre aussitôt à « *un pouvoir quasi domanial* »⁶. Par ailleurs, malgré un fondement différent, c'est bien le spectre du droit à l'image des biens qui resurgit avec ce régime d'autorisation préalable. Et l'on retrouve les interrogations qui avaient, à l'époque, animé la doctrine

privatiste : *quid* des contours de l'utilisation à des fins commerciales ? Quelles conséquences pour les professionnels de l'image ? Quel impact sur l'illustration du patrimoine culturel ?

Au vu de ces enjeux, l'épilogue de l'affaire *Chambord c/ Kronenbourg* était particulièrement attendu. Il l'était d'autant plus que le législateur s'est saisi de cette question sans attendre l'intervention du Conseil d'État. Fortement inspiré par l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes, il a en effet profité de la loi du 7 juillet 2016⁷ pour soumettre à autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de l'image des domaines nationaux. Ce nouveau dispositif, codifié à l'article L. 621-42 du Code du patrimoine, a été jugé conforme à la Constitution dans une décision du Conseil constitutionnel du 2 février 2018⁸. Dans ce contexte, le risque de généralisation d'un régime d'autorisation préalable à l'ensemble des biens du domaine public n'était pas à exclure. Toutefois, à la lecture de l'arrêt du Conseil d'État, rendu par l'assemblée du contentieux, les craintes se dissipent immédiatement. En alignant leur solution sur la jurisprudence judiciaire, les juges du Palais Royal offrent à l'image des biens publics un retour dans le droit commun (I). Ils saisissent également l'occasion de préciser les contours du droit spécial sur l'image des biens publics issu de la loi du 7 juillet 2016 (II).

1. Ass. Plén. 7 mai 2004, n°02-10450, *Légipresse* n° 213, juill. 2004, comm. J.-M. Bruguière.

2. Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1999, n°96-18699.

3. CE, 29 octobre 2012, n°341173, Commune de Tours c/ EURL Photo Josse, *Légipresse* n° 303, mars 2013, comm. G. Lécuyer ; *AJDA* 2013, p. 111 note N. Foulquier ; *CCE* 2013, Etude 2, note J.-M. Bruguière.

4. TA Orléans, 6 mars 2012, n°1102187, *AJDA* 2012, 1227, concl. J. Francfort ; *D.* 2012, 2222, note J.-M. Bruguière.

5. CAA Nantes, 16 décembre 2015, n°12NT01190, *AJDA* 2016, p. 435, note N. Foulquier.

6. N. Foulquier, note préc.

7. L. n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, v. chronique de J.-M. Bruguière, *Légipresse* n° 345, janvier 2017.

8. Cons. const., 2 février 2018, n°2017-687 QPC, *Légipresse* n° 357, février 2018 ; *AJDA* 2018, p. 247.

I. LE DROIT COMMUN DE L'IMAGE DES BIENS

L'arrêt du 13 avril 2018 permet d'harmoniser les solutions relatives aux biens privés et aux biens publics tant en ce qui concerne la nature juridique de l'image (A) que son régime (B).

A. Nature juridique de l'image

L'image du bien est distincte du bien. Le Conseil d'État ne s'était encore jamais prononcé sur la nature juridique de l'image d'un bien. Dans l'arrêt *Commune de Tours*, relatif à l'image du domaine public mobilier, la question de la qualification de l'image ne pouvait être abordée puisque, en raison de la décision de refus implicite du maire de photographier les œuvres, le litige se situait en amont de l'existence de l'image. Dans l'affaire Chambord, les juges du fond avaient en revanche mené cette discussion en distinguant très clairement le bien de son image. Ainsi, le tribunal administratif d'Orléans avait pu considérer que « *l'image de la chose ne saurait être assimilée à la chose elle-même, ni aux droits attachés à la propriété de cette chose ; que la photographie d'un bien du domaine public immobilier, qui n'est, par elle-même, affectée ni à l'usage direct du public ni à un service public, et ne constitue pas un accessoire indissociable de ce bien, ne constitue pas un bien du domaine public* ». De la même manière, la cour administrative d'appel de Nantes affirmait que « *l'image d'un bien appartenant à une personne publique ne se confond pas avec ce bien, que celui-ci relève de son domaine privé ou de son domaine public* ». Le Conseil d'État confirme indirectement cette analyse en relevant que l'image d'un bien du domaine public n'est pas soumise au régime de la domanialité publique. La différence de régime induit une dissociation entre le bien public et l'image qui le représente. L'image est donc appréhendée en tant que reproduction, extérieure à la chose, et non en tant que reflet ou apparence de la chose⁹. Le Conseil d'État ne poursuit pas plus avant cet exercice de qualification de l'image. Sa nature peut néanmoins être précisée : si l'image n'est pas le bien (du domaine public), elle est une chose, ou un bien¹⁰, de nature incorporelle.

L'image du bien n'est pas un accessoire du bien. Pour le Conseil d'État, l'image du bien public n'en constitue pas un accessoire indissociable au sens de l'article L. 2111-2 du CGPPP. L'éventuelle qualification de l'image en tant qu'accessoire de la chose avait déjà été évoquée par la doctrine à propos des biens privés pour tenter d'expliquer la jurisprudence *Gondrée*. La qualification avait néanmoins été rejetée, le lien unissant l'image à la chose apparaissant comme insuffisant pour caractériser une relation d'accessoire à principal¹¹. La chose accessoire ne subsiste, en effet, que grâce au soutien constant du principal ; l'accessoire périt, par exemple, avec le principal. Or, tel n'est pas le cas en matière d'image : une fois qu'elle existe, l'image n'a plus besoin du support de la chose. Elle n'en est donc pas un accessoire. Qu'en est-il en matière de domanialité publique ? La théorie

de l'accessoire est appliquée avec rigueur par la jurisprudence administrative, en particulier depuis l'entreprise de resserrement du périmètre de la domanialité publique immobilière par le Code général de la propriété des personnes publiques. L'accessoire doit désormais remplir un double critère de rapport fonctionnel et de solidarité physique. Le lien fonctionnel renvoie à la notion d'utilité, l'accessoire doit concourir à l'utilisation du principal. Il doit également être indissociable du bien, ce qui se traduit par l'exigence d'un lien physique étroit et ancre incontestablement l'accessoire dans une réalité matérielle. Cette conception « *corporelle et prosaïque* »¹² de l'accessoire paraît très réductrice à l'heure où l'on encourage la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques. En tout état de cause, elle exclut l'image, en raison de sa nature immatérielle, de la qualification.

L'image est donc une reproduction de la chose qui ne se confond pas avec elle et n'en constitue pas un accessoire. Elle est un élément incorporel soumis à un régime juridique propre.

B. Régime juridique de l'image

Absence de droit exclusif sur l'image. Pour le Conseil d'État, « *les personnes publiques ne [disposent] pas d'un droit exclusif sur l'image des biens leur appartenant* ». La formule est bien connue ; elle est l'exact décalque de celle utilisée en 2004 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. En matière de biens publics, l'absence de droit exclusif sur l'image la fait sortir *ipso facto* du champ de l'article L. 1 du CGPPP dans la mesure où ce texte vise les biens *appartenant* à une personne publique. De là, le Conseil d'État en déduit que l'image ne saurait constituer une dépendance du domaine public, ni en elle-même, ni en tant qu'accessoire du bien. Effectivement, en tant que telle, l'image ne relève pas du domaine public puisqu'elle n'est affectée ni à l'usage direct du public, ni à un service public. Elle ne saurait davantage, nous l'avons vu, intégrer la domanialité par accessoire. Le rejet de la propriété sur l'image ne suffit pas néanmoins à écarter le principe d'une redevance. Encore faut-il en effet que la réalisation ou l'utilisation de cette image ne constitue pas une utilisation privative du domaine public, c'est-à-dire du bien représenté par l'image.

Absence d'utilisation privative du domaine public. En vertu des articles L. 2122-1 et L. 2125-1 du CGPPP, une redevance est due lorsque l'occupation ou l'utilisation d'une dépendance du domaine public dépasse le droit d'usage appartenant à tous. En l'espèce, l'usage privatif du domaine public n'est caractérisé ni par la captation de l'image du bien ni par l'utilisation commerciale de l'image ainsi réalisée.

Concernant la captation de l'image, le Conseil d'État considère qu'elle ne constitue pas « *en elle-même* » une utilisation privative du domaine. En effet, le fait de saisir le reflet de la chose n'affecte pas l'usage de la chose, qui reste commun à tous. À cet égard, les juges distinguent très justement l'opération de prise de vue

9. Sur cette discussion, v. B. Gleize, *La protection de l'image des biens*, Defrénois, 2008, n°41 et s.

10. L'image reçoit notamment la qualification de bien lorsqu'elle est protégée par droit d'auteur.

11. B. Gleize, *op. cit.*, n°311.

12. J. Francfort, concl. sur TA Orléans, 6 mars 2012, *AJDA* 2012, 1227.

et le fait d'occuper le domaine public pour effectuer une telle prise de vue. Si la première ne caractérise pas un usage privatif, elle est en revanche « susceptible d'impliquer, pour les besoins de la réalisation matérielle de cette opération une occupation ou une utilisation du bien qui excède le droit d'usage appartenant à tous ». L'utilisation privative du domaine public est donc ancrée dans la matérialité. En supposant la soustraction d'une dépendance à l'usage de tous, elle renvoie à une emprise matérielle du domaine. La captation d'images implique parfois une telle emprise, en particulier lorsqu'elle s'effectue avec des appareils posés sur trépieds ou lorsqu'elle justifie une fermeture temporaire du bien¹³. Toutefois, tel n'était pas le cas en l'espèce puisque la prise de vue avait été effectuée depuis l'extérieur du domaine de Chambord. L'usage privatif du domaine public n'était donc pas caractérisé.

Le Conseil d'État considère également que « l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'un [...] bien ne saurait être assimilée à une utilisation privative du domaine public ». Cette affirmation est la conséquence logique de l'autonomie de l'image et de la conception matérielle de l'utilisation privative. Le droit d'usage par tous du château ne peut, en aucun cas, être affecté par l'exploitation commerciale d'une photographie le représentant. La distinction opérée entre la réalisation de la prise de vue et l'utilisation ultérieure de l'image fait écho à la dissociation du bien et de son image. Sur ce point, l'arrêt *Commune de Tours* restait particulièrement ambigu en considérant que « la prise de vue d'œuvres relevant des collections d'un musée, à des fins de commercialisation des reproductions photographiques ainsi obtenues doit être regardée comme une utilisation privative du domaine public mobilier ». Le caractère privatif de l'usage du domaine découlait donc de la finalité commerciale de la reproduction. Cette conception finaliste de l'utilisation privative traduisait une confusion profonde entre la chose et son image. La conception classique de l'usage privatif retenue dans l'arrêt du 13 avril 2018 est, à ce titre, beaucoup plus satisfaisante. Elle est d'ailleurs en mesure de justifier la différence de solution dans ces deux affaires puisque, dans l'arrêt *Commune de Tours*, comme souvent en matière mobilière, les œuvres devaient être soustraites au public pour être reproduites¹⁴.

La responsabilité pour trouble anormal. Indépendamment des hypothèses d'application du droit spécial¹⁵, le rejet du modèle de la propriété implique un retour au droit commun. Le principe est donc celui d'une libre utilisation de l'image du bien public ; le gestionnaire peut néanmoins s'opposer à l'utilisation de cette image lorsqu'elle lui cause un trouble anormal. Si l'on suit les enseignements de la jurisprudence judiciaire, la simple exploitation commerciale ou publicitaire de l'image du bien ne suffit pas à caractériser ce trouble anormal. Il faut par exemple rapporter la preuve d'un acte de concurrence déloyale, d'un

acte de parasitisme, d'une diffamation ou d'un avilissement du bien pour que la responsabilité de l'utilisateur soit engagée. Dans tous les cas, cette « action indemnitaire relève de la compétence du juge judiciaire ». Il n'appartient pas, en effet, « à la juridiction administrative, en l'absence de disposition législative contraire, de statuer sur la responsabilité qu'une personne privée peut avoir encourir à l'égard du personne publique ». Le droit commun de l'image des biens, privés comme publics, s'articule donc désormais autour de cette notion de trouble anormal, sous le contrôle de la Cour de cassation. Cette harmonisation est bienvenue, tant il était paradoxal que l'image des biens publics, porteuse plus que toute autre d'une valeur sociale¹⁶, soit soumise à un régime préventif, et donc plus contraignant, que celui applicable aux biens privés.

II. LE DROIT SPÉCIAL DE L'IMAGE DES BIENS PUBLICS

Dans le but de protéger les domaines nationaux et de permettre leur valorisation économique, le législateur a consacré un régime spécial de l'image des biens publics (I) dont les contours sont précisés par le Conseil d'État (II).

A. La consécration d'un régime spécial

Loi du 7 juillet 2016 et article L. 621-42 du Code du patrimoine. Selon l'article L. 621-42 du Code du patrimoine, issu de la loi du 7 juillet 2016 « l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux, sur tout support, est soumise à l'autorisation préalable du gestionnaire de la partie concernée du domaine national. Cette autorisation peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'un contrat, assorti ou non de conditions financières. ». Ce texte est le fruit d'un amendement sénatorial, né en réaction contre la jurisprudence du domaine de Chambord. Souhaitant pérenniser, pour les domaines nationaux, la solution de la cour administrative d'appel de Nantes, le législateur crée ici un véritable droit sur l'image des biens, assimilable à une sorte de parapropriété intellectuelle, au profit des gestionnaires de ces domaines. Tout n'était pas réglé pour autant puisque, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre l'article R. 621-99 du Code du patrimoine¹⁷, les associations Wikimedia France et la Quadrature du Net ont soulevé une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 621-42. Dans un arrêt du 25 octobre 2017, le Conseil d'État a décidé de transmettre cette question au Conseil constitutionnel¹⁸.

Constitutionnalité de l'article L. 621-42. Dans sa décision du 2 février 2018, le Conseil constitutionnel déclare l'article L. 621-42 conforme à la Constitution¹⁹. Pour cela, il écarte notamment les griefs tirés de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété en considérant que, lors de l'adoption de ce texte, le législateur a poursuivi des objectifs d'intérêt général. À

13. V. par exemple TA Paris, 25 avril 1990, Société VPN, n°8708023, qui admet une occupation privative temporaire pour une entreprise photographiant des touristes japonais devant des monuments parisiens avec des appareils posés sur trépieds.

14. Conclusions de Mme N. Escaut, citées par N. Foulquier, « Les photographies du domaine public mobilier », *AJDA* 2013, p. 111.

15. V. *infra*.

16. Sur cette valeur, v. F. Tarlet, « L'image des biens publics », *AJDA* 2017, p. 2069.

17. Aujourd'hui codifié à l'article R. 621-100.

18. CE 25 octobre 2017, n°411005, Wikimedia France et La Quadrature du Net, *AJDA* 2017, 2103.

19. Cons. const., 2 février 2018, préc.

ce titre, il est précisé que « le législateur a entendu protéger l'image des domaines nationaux afin d'éviter qu'il soit porté atteinte au caractère de biens présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation » mais également qu'il « a entendu permettre la valorisation économique du patrimoine que constituent ces domaines nationaux ». Les atteintes au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre sont ensuite jugées proportionnées à l'objectif poursuivi en raison des exceptions prévues à l'article L. 621-42 al. 3. Ce texte réserve en effet les hypothèses dans lesquelles l'image est utilisée à des fins culturelle, artistique, pédagogique, d'enseignement, de recherche, d'information, d'illustration, d'actualité ou liée à l'exercice d'une mission de service public. Le Conseil constitutionnel précise enfin, ce qui ne ressortait pas directement du texte, que l'autorisation préalable ne saurait être accordée ou refusée de manière discrétionnaire par le gestionnaire. Ainsi, conformément à l'objectif de protection de l'image des domaines nationaux, « l'autorisation ne peut être refusée [...] que si l'exploitation envisagée porte atteinte à l'image de ce bien ». Encore faudra-t-il préciser, à l'avenir, en quoi consiste « l'atteinte à l'image [du] bien ». Il s'agit sans doute davantage d'une atteinte au bien par le truchement de l'image ou, ce qui revient au même, d'une atteinte à son image de marque, à sa notoriété. Dans tous les cas, nous ne sommes probablement pas très éloignés du trouble anormal de la Cour de cassation...

Sort de la création prétorienne. Si le régime mis en place par le législateur est jugé conforme à la Constitution, sa généralisation à l'ensemble des immeubles du domaine public est en revanche exclue. Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État condamne fermement le régime d'autorisation *ad hoc* créé par la cour administrative d'appel de Nantes en soulignant que « l'autorité administrative ne saurait, en l'absence de disposition législative le prévoyant, soumettre à un régime d'autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de prises de vues d'un immeuble appartenant au domaine public, un tel régime étant constitutif d'une restriction à la liberté d'entreprendre et à l'exercice du droit de propriété ». La préservation des droits et libertés des diffuseurs, et des éventuels auteurs de l'image, fonde donc la censure du régime prétorien d'autorisation préalable. Conformément à l'article 34 de la Constitution, l'édiction d'un tel régime reste en effet l'apanage du législateur²⁰. Quant à l'audace des juges du fond, elle n'est guère récompensée en l'espèce puisque, après avoir ouvert la voie au législateur, ils assistent *in fine*, à la paralysie de leur propre pouvoir créateur. La création prétorienne s'efface devant la création légale qu'elle a inspirée.

B. Les contours du régime spécial

Champ d'application : Les domaines nationaux sont définis comme « des ensembles immobiliers présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et dont l'État est, au moins pour partie, propriétaire ». Ils ne relèvent donc pas nécessairement de

la domanialité publique ; il s'agit d'une sorte de catégorie de biens culturels exorbitante du droit commun. Le décret du 2 mai 2017 est venu fixer la liste et le périmètre de ces domaines nationaux²¹, qui sont pour l'instant au nombre de six²². Le champ d'application de l'article L. 621-42 est donc actuellement assez limité, ce dont on peut se réjouir. Il n'est pas évident toutefois de comprendre, et de justifier, ce droit à l'image à deux vitesses : l'ensemble des biens publics est soumis au droit commun tandis que six d'entre eux, les plus emblématiques d'un point de vue historique et culturel, relèvent du régime spécial²³. En tout état de cause, le cas du domaine de Chambord restait particulier puisqu'il a lui-même été défini comme domaine national par le décret du 2 mai 2017. Pour le Conseil d'État, l'argument est néanmoins inopérant puisque, au moment des faits, le gestionnaire du domaine ne tenait « d'aucun texte ni d'aucun principe le droit de soumettre à autorisation l'utilisation à des fins commerciales de l'image du château ». Son seul recours était donc celui du droit commun, à savoir la responsabilité pour trouble anormal.

Sanction du défaut d'autorisation. En dépit de son inapplicabilité aux faits d'espèce, le Conseil d'État apporte des précisions sur la responsabilité encourue au titre de ce régime spécial. À cet égard, il souligne que l'utilisation à des fins commerciales des prises de vue des domaines nationaux est, en l'absence d'autorisation préalable, constitutive d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'utilisateur. Quant au préjudice, il consiste « notamment en l'absence de perception de la redevance dont l'autorisation aurait pu être assortie »²⁴. La compétence est ici, fort logiquement, celle du juge administratif. Sur ce point, notons d'ailleurs que la victime peut demander réparation de son préjudice « alors même qu'elle aurait le pouvoir d'émettre un état exécutoire en vue d'obtenir le paiement de la somme qu'elle réclame ». Le principe dégagé dans la jurisprudence *Préfet de l'Eure*, selon lequel les personnes publiques ne peuvent pas recourir au juge lorsqu'elles ont le pouvoir de contraindre une personne privée, connaît donc une nouvelle exception²⁵.

Les contours de ce régime spécial devront encore, à l'avenir, être affinés par le juge administratif. À cet égard, l'articulation de la finalité commerciale avec les autres finalités prévues à l'article L. 621-42 al. 3 pourrait notamment s'avérer délicate. En attendant, au-delà des domaines nationaux, on ne peut que saluer cet arrêt du Conseil d'État qui permet, presque vingt ans après l'arrêt *Gondrée*, d'harmoniser enfin le droit applicable à l'image des biens.

B. G.

20. En vertu de ce texte, la loi fixe les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » et détermine les principes fondamentaux « du régime de la propriété ».

21. Décret n°2017-720 du 2 mai 2017, JO 4 mai 2017.

22. À savoir à savoir Chambord, le Louvre, les Tuileries, le château d'Angers, le Palais de l'Élysée et le Palais du Rhin.

23. Sur ce point, v. J. -M. Bruguière, « Exploitation de l'image des biens publics : le recadrage salutaire du Conseil d'État », *D.* 2018, 1051, qui souligne que « les raisons avancées par le Conseil constitutionnel pour les biens du domaine national (préservation l'image du bien, en luttant notamment contre des avilissements, le valoriser à des fins économiques) valent, en effet, aussi parfois pour les biens du domaine public ».

24. Pour un parallèle avec la contrefaçon, tant sur la nature de la faute que sur le préjudice, v. J.-M. Bruguière, note préc.

25. CE 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, Rec. CE 1913, p. 583.

Précisions sur les réquisitions aux fins d'enquête et les délits d'apologie publique

MOTS-CLÉS : procédure, réquisitions aux fins d'enquête, prescription, apologie

Cour de cassation (ch. cim.)

7 mai 2018,

A. Bonnet, dit Soral

n° 17-82656

361-02

Seul l'acte de poursuite, qui a retenu une des qualifications visées par les réquisitions aux fins d'enquête, fixe irrévocablement la nature et l'étendue de la poursuite. Les infractions d'injure raciste, et d'apologie de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, ne comportent pas d'éléments constitutifs inconciliables entre eux et sont susceptibles d'être envisagées successivement ou concurremment, de sorte que ces réquisitions aux fins d'enquête, régulières, ont interrompu la prescription de l'action publique.

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué, du jugement qu'il confirme et des pièces de la procédure que, sur les signalements qui lui avaient été faits par la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (Licra) et le délégué interministériel à la lutte contre le racisme et l'antisémitisme de ce que figurait, sur le compte de M. Alain X.. dit Y... (M. X...) sur le réseau Facebook, sous la reprise d'un texte qui rendait compte de la remise prochaine, par les autorités allemandes, d'une décoration au «couple de "chasseurs de nazis" Beate et Serge Z..», un commentaire ainsi rédigé : «Voilà ce qui arrive quand on ne finit pas le boulot !», le procureur de la République de Paris a ordonné, par des réquisitions qui ont d'abord qualifié ce propos d'injure à caractère raciste, avant d'ajouter à cette qualification celle d'apologie de crimes de guerre, crimes contre l'humanité, une enquête au terme de laquelle il a fait citer M. X.. devant le tribunal correctionnel de ce dernier chef ; que le prévenu a relevé appel du jugement qui l'a déclaré coupable, ainsi que la Licra, qui s'était constituée partie civile, et le ministère public ;
En cet état ;

[...]

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation de l'article 65, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;
Attendu que, pour confirmer le jugement en ce qu'il a écarté l'exception de nullité des réquisitions aux fins d'enquête et le moyen subséquent tiré de l'acquisition de la prescription, l'arrêt retient que, si les soit-transmis des 27 mai, 5 août et 7 septembre 2015 visent deux infractions distinctes, ils ne peuvent avoir suscité de confusion chez le prévenu, à qui la citation, qui reflète le choix de qualification effectué par le ministère public, ne reproche qu'une seule infraction ; que

les juges ajoutent que, l'exception de nullité visant les réquisitions d'enquête étant ainsi rejetée, la prescription a été régulièrement interrompue ;

Attendu qu'en cet état et dès lors que, d'une part, seul l'acte de poursuite, qui a retenu une des qualifications visées par les réquisitions aux fins d'enquête, fixe irrévocablement la nature et l'étendue de la poursuite, d'autre part, les infractions d'injure raciste, et d'apologie de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, ne comportent pas d'éléments constitutifs inconciliables entre eux et sont susceptibles d'être envisagées successivement ou concurremment, de sorte que ces réquisitions aux fins d'enquête, régulières, ont interrompu la prescription de l'action publique, l'arrêt n'encourt pas les griefs allégués ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen de cassation, pris de la violation de l'article 24, alinéa 5, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;

Attendu que, pour caractériser le délit d'apologie, l'arrêt énonce que cette infraction exige, pour être constituée, que les propos incriminés constituent une justification des crimes contre l'humanité commis contre des personnes en raison de leur appartenance à une communauté raciale ou religieuse mais également de ceux commis contre les opposants à cette politique d'extermination systématique ; que les juges ajoutent qu'en regrettant que «le boulot», au sens de la politique nazie d'extermination, non seulement des Juifs, mais aussi de ceux qui s'y opposaient, n'ait pas été achevé, puisque les époux Z.. ont survécu et peuvent se voir remettre une décoration par les autorités allemandes, le prévenu présente l'entreprise génocidaire du régime nazi sous un jour favorable, comme une action légitime dont on doit souhaiter l'achèvement ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a exactement caractérisé le délit d'apologie de crimes contre l'humanité prévu par l'article 24, alinéa 5, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Mais sur le troisième moyen de cassation, pris de la violation de l'article 24, alinéa 5, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;

Vu ledit article ;

Attendu que l'apologie des crimes de guerre et l'apologie des crimes contre l'humanité prévues par ce texte sont des délits distincts ;

Attendu qu'après avoir caractérisé le seul délit d'apologie de crimes contre l'humanité, l'arrêt confirme le jugement en ce qu'il a déclaré le prévenu coupable du délit d'apologie de crimes de guerre, crimes contre l'humanité ;

Mais attendu qu'en déclarant également le prévenu coupable d'une infraction de crimes de guerre, distincte de l'apologie des crimes contre l'humanité qu'elle avait caractérisée contre

lui, sans préciser les éléments constitutifs qu'elle retenait au titre de ce premier délit, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé et du principe ci-dessus énoncé ; D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef ; Par ces motifs :

CASSE et ANNULE, l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Paris, en date du 2 mars 2017, mais en ses seules dispositions relatives à la déclaration de culpabilité du chef d'apologie de crimes de guerre, à la peine prononcée et aux intérêts civils, toutes autres dispositions étant expressément maintenues ;

Et pour qu'il soit à nouveau statué, conformément à la loi, dans les limites de la cassation ainsi prononcée,

RENVOIE la cause et les parties devant la cour d'appel de Paris, autrement composée, à ce désignée par délibération spéciale prise en la chambre du conseil ;

Prés. : M. Soulard – Av. gén. : M. Cordier – Cons. Rap. : M. Bonnal – Cons. : M. Straehli, Mme Durin-Karsenty, MM. Cathala, Ricard, Parlos, Mme Ménotti.

COMMENTAIRE



Emmanuel Dreyer
Professeur à l'École de droit
de la Sorbonne (Université Paris 1)

Évoquant la remise d'une décoration aux époux Klarsfeld par les autorités allemandes, un internaute inscrit le commentaire suivant sur son compte Facebook : « *Voilà ce qui arrive quand on ne finit pas le boulot !* ». À la suite d'un signalement, le procureur de la République de Paris prend plusieurs réquisitions ordonnant une enquête qui qualifient d'abord le propos d'injure à caractère raciste avant d'ajouter la qualification d'apologie de crimes de guerre, crimes contre l'humanité. Au terme des investigations, l'internaute est cité devant le tribunal correctionnel de ce dernier chef. Il est condamné en première instance, fait appel mais voit sa culpabilité confirmée par la cour de Paris. Il forme alors un pourvoi en cassation.

En premier lieu, il dénonce une violation de l'art. 65, al. 2, de la loi du 29 juillet 1881 car, pour refuser d'annuler les réquisitions aux fins d'enquête et de constater la prescription, la cour de Paris a estimé que les soit-transmis du procureur, tout en visant deux infractions distinctes, « *ne peuvent avoir suscité de confusion chez le prévenu, à qui la citation, qui reflète le choix de qualification effectué par le ministère public, ne reproche qu'une seule infraction* ». Ce motif est approuvé par la Cour de cassation. Elle relève d'abord que « *seul l'acte de poursuite, qui a retenu une des qualifications visées par les réquisitions aux fins d'enquête, fixe irrévocablement la nature et l'étendue de la poursuite* » puis elle ajoute que « *les infractions d'injure raciste, et d'apologie de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, ne comportent pas d'éléments constitutifs inconciliables entre eux et sont susceptibles d'être envisagées successivement ou concurremment, de sorte que ces réquisitions*

aux fins d'enquête, régulières, ont interrompu la prescription de l'action publique ». Cette discussion peut sembler quelque peu ésotérique mais tout l'intérêt de ce premier aspect de l'affaire est précisément d'éclairer sur la portée des soit-transmis, c'est-à-dire des réquisitions aux fins d'enquête. Il en découle que de telles réquisitions peuvent, sans risque d'annulation, viser à la fois les délits d'injure publique raciale ainsi que d'apologie publique de crimes de guerre et crimes contre l'humanité car ces qualifications ne sont pas incompatibles entre elles : valables, elles interrompent donc la prescription. Pour autant, cela n'impose pas au ministère public de faire citer le prévenu devant le tribunal correctionnel sous toutes ces qualifications. Au vu des résultats de l'enquête, il choisit la plus pertinente.

En deuxième lieu, le pourvoi dénonce une violation de l'art. 24, al. 5, de la loi sur la presse. Il conteste les motifs de l'arrêt d'appel ayant admis qu'il y a apologie de crimes contre l'humanité, non seulement en cas de « *justification des crimes contre l'humanité commis contre des personnes en raison de leur appartenance à une communauté raciale ou religieuse mais également de ceux commis contre les opposants à cette politique d'extermination systématique* ». Selon l'arrêt attaqué, « *en regrettant que «le boulot», au sens de la politique nazie d'extermination, non seulement des Juifs, mais aussi de ceux qui s'y opposaient, n'ait pas été achevé, puisque les époux Z.. ont survécu et peuvent se voir remettre une décoration par les autorités allemandes, le prévenu présente l'entreprise génocidaire du régime nazi sous un jour favorable, comme une action légitime dont on doit souhaiter l'achèvement* ». La Cour de cassation rejette le moyen contestant ces motifs en se contentant d'observer que le délit d'apologie publique de crimes contre l'humanité a bien été caractérisé.

Cependant, une cassation intervient en troisième lieu. Visant le même art. 24, al. 5, la Haute juridiction énonce que « *l'apologie des crimes de guerre et l'apologie des crimes contre l'humanité prévues par ce texte sont des délits distincts* ». Or, au cas d'espèce, elle relève que seul le délit d'apologie d'un crime contre l'humanité est caractérisé alors que l'arrêt confirme un jugement ayant déclaré le prévenu coupable à la fois d'apologie de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Elle reproche donc à la cour d'appel d'avoir déclaré également le prévenu coupable de ce second délit « *sans préciser les éléments constitutifs qu'elle retenait* » à ce titre.

Chacune de ces réponses mérite quelques mots d'explication.

I. S'AGISSANT DE LA PORTÉE DES RÉQUISITIONS

Après avoir rappelé que le bref délai de prescription en matière de presse court « *à compter du jour où [les faits] auront été commis ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait* », l'art. 65, al. 2 de la loi du 29 juillet 1881 ajoute que : « *Toutefois, avant l'engagement des poursuites, seules les réquisitions aux fins d'enquête seront interruptives de prescription. Ces réquisitions devront, à peine de nullité, articuler et qualifier les provocations, outrages, diffamations et injures à raison desquels l'enquête est ordonnée* ». Ce texte présente l'avantage d'admettre une possible interruption de la prescription avant la mise en

mouvement de l'action publique par l'effet d'un réquisitoire introductif, d'une plainte avec constitution de partie civile ou d'une citation directe¹. Mais, tout en consacrant une telle possibilité, ce texte la limite en la subordonnant à une exigence de forme : les réquisitions aux fins d'enquête (soit-transmis du procureur de la République demandant à un officier de police judiciaire d'opérer des vérifications) ne sont interruptives de prescription qu'à partir du moment où elles articulent et qualifient l'infraction de presse à raison de laquelle elles sont délivrées². C'est une différence essentielle par rapport au droit commun. Elle n'est pas sans rappeler les exigences figurant aux art. 50 et 53 de la même loi s'agissant des actes mettant en mouvement l'action publique. Elles sont d'ailleurs sanctionnées de la même façon, par la nullité : l'absence d'interruption de la prescription n'est qu'une conséquence de l'anéantissement des réquisitions³. On observera néanmoins qu'il existe une différence essentielle : il n'est pas nécessaire que les soit-transmis précisent le texte édictant la peine en vertu duquel des poursuites pourraient être engagées. Une telle exigence est apparue excessive dans la mesure où les réquisitions en question peuvent précisément avoir pour objet de vérifier le type d'infraction est en cause⁴. Ce qui, rétrospectivement, conduit à envisager l'exigence de qualification de manière relativement souple : une qualification générique (« provocation », « outrage », « diffamation », « injure ») suffit pour indiquer que les réquisitions sont émises dans le cadre de la loi sur la presse ; il n'est pas nécessaire à ce titre d'identifier davantage le délit puni par cette loi. À défaut d'ailleurs, ce texte ne serait pas applicable aux poursuites pour apologie publique car il ne cite pas cette catégorie d'infractions⁵. La jurisprudence l'envisage donc largement. Elle se contente d'exiger qu'une qualification soit portée dans les réquisitions elles-mêmes plutôt que dans la plainte simple qui peut éventuellement y être jointe⁶.

Au cas particulier, se posait en premier lieu la question de savoir si des réquisitions successivement délivrées pour faire la lumière sur un fait unique envisagé sous des qualifications différentes étaient valables et ont pu interrompre la prescrip-

tion. C'est à l'aune de l'explication précédente qu'il faut apprécier la réponse de la Cour de cassation selon laquelle « les infractions d'injure raciste, et d'apologie de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, ne comportent pas d'éléments constitutifs inconciliables entre eux et sont susceptibles d'être envisagées successivement ou concurremment, de sorte que ces réquisitions aux fins d'enquête, régulières, ont interrompu la prescription de l'action publique ». Un même propos peut-il se voir appliquer ces trois qualifications sans que la validité des réquisitions le concernant ne soit mise en doute ? La Haute juridiction l'admet avec un apparent bon sens. En effet, l'injure raciste a pour

conséquence d'offenser une personne à raison de son origine alors que l'apologie revient à approuver un crime qui peut être aussi bien un crime de guerre qu'un crime contre l'humanité : ces deux dernières qualifications sont alternatives comme répondant à des définitions qui leur sont propres (C. pén., art. 211-1 et s. – art. 461-1 et s.). Il n'y a donc rien d'inconciliable entre elles. Tolérer un tel cumul confirme l'approche souple de la qualification évoquée ci-dessus. Néanmoins, on se permettra une réserve car ni l'injure raciste, ni les apologies en cause ne constituent des délits.

Seule est punissable la publication d'un propos injurieux ou apologétique. Or, ici, le fait de publication était unique et il portait sur un propos unique également. Dans ces conditions, on voit mal comment la publication d'un même propos pourrait présenter toutes les caractéristiques d'infractions dont la Haute juridiction souligne en l'espèce les différences pour montrer qu'elles ne sont pas incompatibles entre elles. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le parquet a ensuite choisi parmi toutes ces qualifications celle qui lui est finalement apparue la mieux adaptée. En faisant preuve d'un peu plus de rigueur, la solution dégagée par la Cour de cassation s'avère ainsi beaucoup moins évidente. Certes, les éléments constitutifs des infractions visées n'étaient pas inconciliables mais cela ne signifie pas qu'ils se vérifiaient tous au sujet d'un même fait en permettant de cumuler les différentes qualifications : le propos publié pouvait être soit injurieux, soit apologétique mais il ne pouvait être les deux à la fois⁷. Ce cumul aurait dû poser problème s'agissant d'un formalisme requis à peine de nullité. Toutefois, il ne faut pas accabler la Cour de cassation. Une interprétation « souple » s'imposait particulièrement au stade où elle est intervenue. Pour deux raisons, au moins. La première tient au fait que, informé par une association de lutte contre le racisme de la mise en ligne de propos injurieux et/ou apologétiques, le parquet ne dispose d'aucun autre élément avant de demander à la police judiciaire des vérifications. Il est normal qu'à ce stade il retienne plusieurs qualifications et que celles-ci évoluent en fonction du résultat des investigations.

1. Effet interruptif étendu aux procès-verbaux établis en exécution de ces réquisitions : Cass. crim., 6 mars 2018 : *Gaz. Pal.*, 22 mai 2018, n°18, p. 36, obs. Ph. Piot.

2. Un soit-transmis ne peut donc se contenter de demander aux enquêteurs si un site est encore accessible au public en identifiant son hébergeur, sans préciser quel contenu mis en ligne pose problème au regard de la loi de 1881 : Cass. crim., 22 juin 2010 : *Bull. crim.*, n°114 ; *Dr. pén.* 2010, comm. 118, obs. M. Véron.

3. Cette exigence de qualification n'est plus applicable aux réquisitions délivrées en cas de suspicion d'une infraction de presse à dimension raciste (L. 1881, art. 65-3, al. 2. - L. Saenko, « La modification des règles de prescription en matière de presse » : *Gaz. Pal.*, 25 avril 2017, n°16, p. 81). Il est regrettable que l'apologie publique, notamment de crimes contre l'humanité, ne suive pas le même régime.

4. Si un visa existe, peu importe en conséquence qu'il soit erroné : Cass. crim., 20 juin 2006 : *Bull. crim.*, n°187 ; *CCE* 2007, comm. 100, obs. A. Lepage.

5. V., lui reconnaissant une portée générale au-delà des qualifications retenues : CA Paris, 18 sept. 1997 : *Gaz. Pal.*, Rec. 1997, jur. p. 697, note J.-G. Moore ; *PA* 25 mars 1998, n°36, p. 23, note E. Spitz.

6. Cass. crim., 22 mai 2012 : *Bull. crim.*, n°130 ; *D.* 2013, pan. p. 457, obs. E. Dreyer ; *Gaz. Pal.* 3-4 oct. 2012, p. 15, obs. F. Fourment.

7. Un cumul de qualifications ne se conçoit que de façon exceptionnelle p.ex. lorsque le propos publié vise une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine en les outrageant afin de susciter contre elles une réaction de rejet : on peut voir là une injure et une provocation à la haine raciale (Cass. crim., 30 oct. 2012 : *D.* 2013, pan. p. 457, obs. E. Dreyer. - 24 nov. 1987 : *Bull. crim.* n°428). Mais le même cumul ne se conçoit pas entre injure et apologie qui supposent deux propos différents, l'un négatif, l'autre positif.

On l'a vu, au regard de l'art. 65, al. 2, l'essentiel est qu'une qualification existe. Peu importe qu'elle se multiplie au cours de l'enquête préliminaire. On ne saurait donc reprocher à un procureur de la République de ne pas avoir aussitôt qualifié précisément une publication dont il n'avait jusqu'alors aucune connaissance. La deuxième raison qui conduit à envisager ce formalisme souplement tient au fait que les soit-transmis n'intéressent que la police judiciaire. La procédure n'est pas contradictoire à ce stade. L'éditeur ou le directeur de la publication, qui n'est pas encore un prévenu, ne peut prétendre être trompé par des actes qui ne lui sont pas adressés. Il ne justifie d'aucun grief car les droits de la défense n'ont pas encore à s'exercer. Ainsi, la portée de ce formalisme doit être relativisée : une qualification s'impose mais deux peuvent être acceptées. À charge pour le ministère public d'arbitrer entre elles à l'issue de l'enquête.

Car, en second lieu, se posait précisément la question de savoir si, après avoir délivré plusieurs réquisitions visant un même fait sous des qualifications différentes, un procureur de la République peut faire citer un prévenu sous une qualification unique. La Haute juridiction l'admet sans difficulté en rappelant que « *seul l'acte de poursuite, qui a retenu une des qualifications visées par les réquisitions aux fins d'enquête, fixe irrévocablement la nature et l'étendue de la poursuite* ». Cela signifie d'abord que les débats s'organiseront sur la seule qualification retenue dans cet acte, ce qui semble justifié dans la mesure où cette qualification est arrêtée par l'autorité de poursuite au regard des résultats de l'enquête, c'est-à-dire de façon parfaitement éclairée. Cela signifie ensuite que les tâtonnements dont témoignent les qualifications antérieurement retenues (dans les soit-transmis) doivent être ignorés par le prévenu qui les découvre tardivement : ils ne créent aucune confusion dans son esprit quant à l'objet de la poursuite car ils ne peuvent l'influencer. Le prévenu ne saurait donc s'en prévaloir en soutenant qu'il ne sait pas ce qui lui est reproché.

II. S'AGISSANT DE L'APOLOGIE PUBLIQUE DE CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Les explications pourront être beaucoup plus brèves à cet égard. Il existe une définition large du crime contre l'humanité dans le Code pénal. Il ne concerne pas seulement le génocide (art. 211-1) et certaines exactions commises en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique (art. 212-1) mais aussi une infraction particulière tendant à protéger les personnes qui s'opposent aux crimes précédents : les mêmes exactions sont punissables alors qu'elles ne visent pas un groupe de population civile mais « *ceux qui combattent le système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité* » (art. 212-2). L'objectif est d'accorder aux résistants la même protection qu'aux victimes qu'ils cherchent à défendre. Ces dispositions sont citées ici dans leur rédaction actuelle mais des dispositions équivalentes existaient déjà dans la version d'origine du Code pénal, et la Cour de cassation elle-même en avait admis le

principe en dehors de tout texte, dans l'affaire *Barbie*, avant l'entrée en vigueur de ce code⁸. C'est d'ailleurs à cet arrêt que la Haute juridiction fait référence en reproduisant ici la formule selon laquelle constituent des crimes contre l'humanité les actes « *commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition* ». Il s'agit d'une spécificité française mais qui existe depuis l'origine et qui échappe, à ce titre, à toute contestation.

En l'état, on ne saurait donc reprocher à la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, d'avoir estimé qu'en regrettant que l'élimination des résistants par le régime nazi n'ait pas été menée à son terme, le prévenu a légitimé ce crime.

III. S'AGISSANT DE L'APOLOGIE PUBLIQUE DE CRIMES DE GUERRE

Enfin, de façon presque anecdotique, il convient d'évoquer la cassation intervenue sur le dernier moyen. En effet, le prévenu avait relevé que, tout en lui reprochant uniquement l'apologie d'un crime contre l'humanité, la cour d'appel avait confirmé un jugement lui reprochant aussi l'apologie d'un crime de guerre. Les seconds juges pouvaient-ils entériner ainsi une double déclaration de culpabilité alors que les éléments constitutifs de la seconde infraction n'étaient pas établis par eux ? La Haute juridiction l'exclut en rappelant que « *l'apologie des crimes de guerre et l'apologie des crimes contre l'humanité prévues par ce texte sont des délits distincts* ». Inévitablement, une cassation intervient dès lors que la cour d'appel n'a pas démontré l'existence du premier délit. Cela relève du bon sens. Mais l'intérêt de cette censure laisse sceptique. En effet, il résulte des explica-

tions précédemment données que la citation directe ne comportait qu'une seule qualification : celle d'apologie d'un crime contre l'humanité ayant conduit à la déclaration de culpabilité précédemment évoquée. En retenant également la qualification d'apologie de crime de guerre, le tribunal semble avoir méconnu les termes du débat tels qu'ils s'évinçaient de l'acte à l'origine de la poursuite. En conséquence, la cour d'appel ne pouvait confirmer intégralement son jugement. Plutôt que de lui reprocher de n'avoir pas caractérisé une infraction supplémentaire, il convenait de lui reprocher de ne pas avoir respecté le formalisme découlant de la loi de 1881 : le tribunal ne pouvait être saisi de la poursuite à raison d'une infraction qui n'était pas visée dans la citation directe. Mais cela justifiait-il de renvoyer la cause et les parties devant la cour de Paris, « *autrement composée* » pour débattre de cette infraction, de la peine prononcée et des intérêts civils ? Une cassation par voie de retranchement aurait sans doute été préférable dès lors qu'il n'y avait précisément plus rien à discuter...

8. Cass. crim., 20 déc. 1985 : *Bull. crim.*, n°407 ; D. 1986, p. 500, note F. Chapar ; *JCP G* 1986, II, 20655, rapport C. Le Gunehec, concl. H. Dontenville.

Sauf à imaginer, autre chose : que la citation directe ait qualifié le propos publié d'apologie de crime contre l'humanité « *et/ou* » crime de guerre. Auquel cas, il aurait fallu admettre sa nullité pour le tout car, on l'a dit, l'acte glorifié ne peut être à la fois un crime contre l'humanité et un crime de guerre⁹, de sorte que le prévenu pouvait légitimement avoir des doutes sur ce qu'on lui reprochait d'avoir approuvé. En effet, la tolérance manifestée à l'égard des réquisitions aux fins d'enquête, évoquée ci-dessus (prise en compte de la qualification générique, et donc unique, d'apologie), n'est plus de mise s'agissant de l'acte à l'origine des poursuites. Certes, une décision semble avoir admis ce cumul et validé en conséquence la citation délivrée, reconnaissant son effet interruptif de prescription¹⁰. Toutefois, elle paraît hautement contestable et, en tous cas, incompatible avec l'affirmation de l'arrêt ici commenté, selon laquelle l'apologie de crimes de guerre et l'apologie de crimes contre l'humanité sont des infractions distinctes. Il appartenait à la Cour de cassation d'en tirer les conséquences, non pas sur le fond mais sur la forme¹¹. La conséquence du cumul de ces qualifications concernant un même fait dans la citation directe aurait dû être l'anéantissement de la totalité de la poursuite.

En toute hypothèse, cette dernière affirmation de la Cour nous semble entrer en contradiction avec la première : en effet, on l'a vu, la Haute juridiction a commencé par affirmer que « *l'acte de poursuite, qui a retenu une des qualifications visées par les réquisitions aux fins d'enquête, fixe irrévocablement la nature et l'étendue de la poursuite* ». En statuant de la sorte, elle a donc admis que la citation était valable car les errements des réquisitions antérieures ne pouvaient l'influencer mais il semble finalement résulter de son arrêt que cette citation était nulle car deux qualifications, et non une, étaient appliquées au même fait... **E.D.**

9. On peut concevoir que, dans une même publication, un auteur fasse successivement l'apologie d'un crime contre l'humanité et d'un crime de guerre en évoquant des faits différents (Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-81505). Mais on ne peut concevoir que ces deux qualifications s'appliquent au même fait glorifié.

10. Cass. crim., 15 déc. 2015 : *Bull. crim.*, n°297.

11. Mais, pouvait-elle relever ce moyen d'office alors qu'il ne semble pas avoir été invoqué devant les juges du fond ? Rien n'est moins sûr car l'appréciation du grief qui doit accompagner le constat de l'irrégularité est une question de fait relevant du pouvoir souverain des juridictions inférieures.

Une confirmation que, sur internet, réactivation vaut publication

MOTS-CLÉS : Prescription, nouvelle publication, mise à disposition du public

.....
Cour de cassation (ch. crim.)

10 avril 2018

Sté Éditions Chantegrel

360-17
.....

Il résulte de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 que toute reproduction, dans un écrit rendu public, d'un texte déjà publié, est constitutive d'une publication nouvelle dudit texte, qui fait courir un nouveau délai de prescription. Une nouvelle mise à disposition du public d'un contenu précédemment mis en ligne sur un site internet dont une personne a volontairement réactivé le contenu initial sur le réseau internet, après qu'il eut été retiré, constitue une telle reproduction de la part de cette personne.

.....
Sur le second moyen de cassation, pris de la violation de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 ;

.....
Vu ledit article ;

.....
Attendu qu'il résulte de ce texte que toute reproduction, dans un écrit rendu public, d'un texte déjà publié, est constitutive d'une publication nouvelle dudit texte, qui fait courir un nouveau délai de prescription ; qu'une nouvelle mise à disposition du public d'un contenu précédemment mis en ligne sur un site internet dont une personne a volontairement réactivé le contenu initial sur le réseau internet, après qu'il eut été retiré, constitue une telle reproduction de la part de cette personne ;

.....
Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué, de l'ordonnance qu'il confirme et des pièces de la procédure que la société des Éditions C., qui édite et publie la revue Nexus en France, a porté plainte et s'est constituée partie civile le 16 février 2016 du chef notamment de diffamation publique envers un particulier en raison de la publication, entre les 7 et 12 novembre 2015, sur le site internet de l'encyclopédie collaborative Wikipedia, d'un article visant la revue précitée et qui, selon la plaignante, porte atteinte à son honneur et à sa réputation ; qu'à la suite de l'ouverture d'une information du chef précité, l'enquête diligentée a permis de constater que l'article incriminé, daté du 9 novembre 2015, était visible, pour une grande partie, sur le site précité, à la page intitulée Nexus (revue), et que les propos en cause provenaient d'universitaires et de chercheurs, repris et publiés par deux internautes, l'un utilisant un pseudonyme et l'autre identifié, selon les investigations menées, comme étant M. Jean-Christophe Y..., placé sous le statut de témoin assisté ; qu'à l'issue de l'information, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu, au motif

que les faits étaient prescrits en application de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 ;

Attendu que, pour considérer comme prescrits les faits poursuivis, l'arrêt énonce notamment que la publication incriminée a été mise pour la première fois à la disposition des internautes le 9 novembre 2015 ; que M. Y... est intervenu à deux reprises après cette date ; que le 16 décembre 2015 à 13 heures 28, il est intervenu afin de déplacer le contenu litigieux de l'onglet « historique » vers l'onglet « article » ; que ce seul « déplacement » sans publication d'un contenu nouveau ne saurait être considéré comme interruptif de prescription dès lors que ce sont des contenus identiques qui sont maintenus sur le même support internet ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus énoncé ;

D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef ;

Par ces motifs et sans qu'il y ait lieu d'examiner le second moyen de cassation proposé :

CASSE et ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt susvisé de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, en date du 31 mars 2017, et pour qu'il soit à nouveau jugé, conformément à la loi ;

RENVOIE la cause et les parties devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, autrement composée, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil ;

Prés. : M. Soulard – Av. : SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer.

COMMENTAIRE



Guillaume Beaussonie

Professeur à l'Université Toulouse 1-Capitole,
Codirecteur de l'Institut Roger Merle,
IEJUC (EA 1919)

De l'invention de l'imprimerie, Victor Hugo disait, dans *Notre-Dame de Paris*, qu'elle était « le plus grand événement de l'histoire [...], la révolution mère », car c'était « le mode d'expression de l'humanité qui se renouvel[ait] totalement, [...] la pensée humaine qui dépouill[ait] une forme et qui en revêt[ait] une autre, [...] le complet et définitif changement de peau de ce serpent symbolique qui, depuis Adam, représente l'intelligence ». Internet, à son tour et à sa façon, a bouleversé la communication humaine, à un point tel que « la Toile » éprouve régulièrement la grande loi qui, en 1881, avait précisément été forgée pour régir l'imprimerie, mais dont les dispositions ont également dû, ces dernières années, être mobilisées pour en chasser certaines araignées. L'arrêt rendu le 10 avril 2018 par la chambre criminelle de la Cour de cassation, en matière de prescription de l'action publique pour les infractions de presse, le démontre une fois de plus.

En l'espèce, la société éditrice de la version française d'une revue australienne polémique, le magazine *Nexus*, a porté plainte et s'est constituée partie civile le 16 février 2016 du chef de diffamation publique envers en particulier, à la suite de la publication, sur le site internet de l'encyclopédie collaborative *Wikipedia*, d'un article qui, selon elle, portait atteinte à son honneur et à sa réputation. Deux des internautes coauteurs y avaient en effet reproduit certaines opinions et certains propos d'universitaires et de chercheurs très critiques à l'encontre de ladite revue. Plus précisément, après une première mise à disposition de la version litigieuse de l'article le 9 novembre 2015, l'un de ces deux internautes au moins – en vérité le seul à avoir été identifié – était de nouveau intervenu à deux reprises, notamment le 16 décembre 2015, afin de déplacer le contenu concerné de l'onglet « historique » du site vers l'onglet « article ».

Les juges du fond n'eurent néanmoins pas l'occasion de se prononcer sur le caractère diffamatoire ou non de ces différents éléments, le juge d'instruction ayant rendu une ordonnance de non-lieu en raison de l'extinction de l'action publique par prescription, par application de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881. Ce texte dispose effectivement que « l'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus par la présente loi se prescrivent après trois mois révolus, à compter du jour où ils auront été commis ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait ». La chambre de l'instruction confirma cette décision, en précisant, à propos de la modification opérée le 16 décembre 2015, unique événement susceptible de constituer le point de départ d'un nouveau délai répressif, que « ce seul "déplacement" sans publication d'un contenu nouveau ne saurait être considéré comme interruptif de prescription dès lors que ce sont des contenus identiques qui sont maintenus sur le même support internet ».

Saisie à son tour, la chambre criminelle de la Cour de cassation censure néanmoins cette appréciation de la cour d'appel, posant préalablement qu'il résulte de l'article 65 de la loi de 1881 que « toute reproduction, dans un écrit rendu public, d'un texte déjà publié, est constitutive d'une publication nouvelle dudit texte, qui fait courir un nouveau délai de prescription » et qu'« une nouvelle mise à disposition du public d'un contenu précédemment mis en ligne sur un site internet dont une personne a volontairement réactivé le contenu initial sur le réseau internet, après qu'il eut été retiré (sic), constitue une telle reproduction de la part de cette personne ». Sur cette base, elle considère que le déplacement effectué le 16 décembre 2015 avait marqué le point de départ d'un nouveau délai trimestriel qui, à l'époque de la constitution de partie civile de la plaignante, n'avait donc pas encore expiré. La cour d'appel de renvoi devra, en conséquence, se prononcer sur le caractère diffamatoire ou pas des éléments litigieux.

Avant cela, que penser de l'aspect purement procédural de cette nouvelle décision de la Cour de cassation rendue en matière de diffamation sur internet ? Il s'agit, en ce qui concerne plus spécifiquement la prescription de l'action publique relative à une telle infraction, d'opérer une double confirmation de la jurisprudence antérieure : d'abord, confirmer que la reproduction d'un écrit représente une nouvelle publication (I), en cela éventuellement constitutive d'une nouvelle infraction de presse et

initiatrice du nouveau délai répressif qui va avec ; puis confirmer, dans un contexte propre à Internet, que la réactivation d'un contenu peut représenter une telle reproduction (II).

I. LA REPRODUCTION EST UNE PUBLICATION

Le droit de la presse est notamment remarquable en ce que la brièveté des délais pour poursuivre les infractions implique, bien souvent, qu'un débat préalable sur l'existence de l'élément matériel de ces dernières ait lieu avant même de s'interroger sur leur éventuelle constitution. En la matière, en effet, s'il n'y a pas prescription, c'est généralement parce que l'élément matériel d'une infraction de presse a été caractérisé moins de trois mois avant le déclenchement de l'action publique. On comprend alors tout l'enjeu qui réside dans ce qui ne représente, qu'en apparence seulement, une simple condition de forme. L'arrêt du 10 avril 2018 en est une bonne illustration.

L'élément matériel dont il s'agit, c'est évidemment la publication qui, bien que ne suffisant pas à faire le délit, en constitue le corps. Or, pour paraître simple, cette notion ô combien stratégique en droit de la presse a beaucoup évolué parallèlement aux techniques qui l'autorisent et, notamment, en raison du développement d'internet. La définition de la « communication au public par voie électronique », par l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986, comme « toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée », semble être devenue, au-delà de la désignation d'un mode de publication parmi d'autres, que l'on trouve nommé au sein de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, l'essence même de ce qu'est la publication. En ce sens, la Cour de cassation affirme-t-elle, de la façon la plus générale, que « tout délit résultant d'une publication de presse est réputé commis le jour où la publication est faite, c'est-à-dire à la date à laquelle l'écrit est porté à la connaissance du public et mis à sa disposition »¹. En l'espèce, c'était bien d'une nouvelle disposition du public d'un contenu, c'est-à-dire d'une nouvelle publication, dont il était question.

C'est d'ailleurs dans la rémanence ou dans une telle répétition de la mise à disposition du public d'un contenu préalablement publié qu'internet s'avère poser le plus de difficultés. Si la règle en vertu de laquelle « la prescription ne remonte pas au jour de la première publication mais au jour de chacune des publications nouvelles »² n'est pas inédite, encore faut-il pouvoir déterminer quand il y a véritablement nouvelle publication. Or, à cet égard, la facilité du maniement des contenus sur le réseau mondial rend inéluctablement ambiguë l'utilisation des informations concernées. Il n'est, de la sorte, pas toujours évident d'apprécier si la

nouvelle forme qu'a empruntée la mise à disposition du public d'un contenu quant à lui inchangé suffit à considérer qu'il existe, par là même, une nouvelle publication au sens de la loi de 1881.

Ce qui n'empêche que, dans ce domaine comme dans les autres, le fait de reproduire des informations, soit dont on se trouve être à l'origine, soit qu'un autre a générées, n'est pas exclusif d'une publication nouvelle et propre, qui réside dans la décision d'une personne de mettre à disposition du public un contenu litigieux, quel qu'il soit. Comme a par exemple pu le dire la cour d'appel de Paris à propos d'une notice biographique placée sur un site internet, « la mise en ligne du texte ne s'analyse pas en une opération d'archivage dans une bibliothèque mais en une nouvelle publication, même si le texte n'a subi aucune modification. En choisissant de placer le texte sur un nouveau support, les prévenus ne se bornent pas à effectuer une opération de stockage en vue d'une consultation éventuelle, ils suscitent l'occasion pour un nouveau public élargi, qui ne se limite pas à ses adhérents, de prendre connaissance de leur écrit, grâce aux possibilités d'accessibilité offertes par l'internet »³.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a consacré cette analyse dans trois arrêts, posant ainsi comme un principe, en l'occurrence remobilisé, que « toute reproduction, dans un écrit rendu public, d'un texte déjà publié, est constitutive d'une publication nouvelle dudit texte, qui fait courir un nouveau délai de prescription »⁴. Il est

désormais parfaitement acquis que, tant sur internet qu'en dehors, la reproduction intentionnelle de propos diffamatoires représente aussi une diffamation, trois nouveaux mois étant alors concédés à l'autorité de poursuite pour réagir.

Il reste à garantir, dans chaque affaire, que la réapparition publique des éléments litigieux constitue effectivement une reproduction.

II. LA RÉACTIVATION EST UNE REPRODUCTION

Dans le strict cadre de l'appréhension de la reproduction d'un texte comme une nouvelle publication de ce dernier, la spécificité d'internet réside, non seulement, comme on l'a déjà dit,

1. Cass. crim., 15 déc. 2015, n° 14-80.756, *Bull. crim.*, n° 300 ; *Légipresse* n° 335, février 2016, comm. B. Ader ; *D.* 2016, p. 285, obs. E. Dreyer ; *JCP G* 2016, 1225, n° 5, obs. O. Mouysset ; *Gaz. Pal.* 23 févr. 2016, n° 8, p. 36, obs. F. Fourment ; à propos de l'incidence du dépôt légal sur le point de départ de la prescription.

2. Cass. crim., 13 déc. 1855 ; *D.* 1856, 1, p. 159.

3. CA Paris, 11^e ch. corr., sect. A, 27 févr. 2002, n° 01/00189 ; *Comm. com. électr.* 2003, comm. 33, obs. A. Lepage ; *LPA* 27 mai 2003, n° 105, p. 15, note E. Garçon. La décision est citée par le professeur E. Dreyer : *JCI. Communication*, Fasc. 144 : Prescription (L. 29 juill. 1881, art. 65 à 65-3), 2017, n° 18.

4. Cass. crim., 2 oct. 2012, n° 12-80.419, *Bull. crim.*, n° 204 ; *Légipresse* n° 300, décembre 2012 ; *Dr. pén.* 2012, comm. 157, obs. M. Véron ; *Gaz. Pal.* 6-7 févr. 2013, p. 13, obs. F. Fourment ; à propos de la reprise d'extraits d'un livre dans un article ; Cass. crim., 2 nov. 2016, n° 15-87.163 ; *Légipresse* n° 348, avril 2017, comm. B. Ader ; *D.* 2017, p. 203, note A. Serinet et pan. p. 189, obs. E. Dreyer ; *Comm. com. électr.* 2017, comm. 5, obs. A. Lepage ; *AJ pén.* 2017, p. 39, obs. J.-B. Thierry ; *Gaz. Pal.* 14 févr. 2017, n° 7, p. 27, obs. F. Fourment ; *RSC* 2017, p. 85, obs. A. Giudicelli ; à propos de l'insertion d'un lien hypertexte renvoyant à un écrit précédemment publié ; Cass. crim., 7 févr. 2017, n° 15-83.439 ; *Légipresse* n° 347, février 2017 ; *AJ pén.* 2017, p. 234, obs. N. Verly ; *Gaz. Pal.* 23 mai 2017, n° 20, p. 25, obs. F. Fourment ; à propos, déjà, de la réactivation d'un site internet et, partant, de la reprise de son contenu.

dans la facilité du maniement des contenus concernés, mais encore, plus précisément, dans la grande diversité et l'originalité des moyens employés. Un texte normatif n'étant pas apte à fixer une réalité aussi versatile⁵, c'est à la jurisprudence de dire, pour chacun de ces moyens, s'il s'agit à proprement parler d'une reproduction et, par là même, d'une nouvelle publication.

Dès lors, chaque nouvelle décision rendue en la matière représente l'occasion pour la chambre criminelle de la Cour de cassation de se prononcer sur les différentes techniques qui font le propre de l'écriture sur et de la diffusion par internet. Ainsi, a-t-elle pu considérer que ne constituaient pas de nouveaux actes de publication la mise à jour d'un site contenant un article diffamatoire⁶, l'adjonction d'une nouvelle adresse ayant pour objet de faciliter l'accès au site qui contient un article diffamatoire⁷ ou encore, à propos de l'application *Google Suggest*, la « *juxtaposition de mots, résultant d'un processus purement automatique et aléatoire issu d'une fonction intégrée dans un moteur de recherche, exclusive, en l'espèce, de toute volonté de son exploitant d'émettre, à nouveau, les propos critiqués* »⁸.

À l'inverse et, il faut sans doute le souligner, plus récemment, ont été perçus comme constituant de nouveaux actes de publication l'insertion d'un lien hypertexte renvoyant à un écrit précédemment publié⁹ ou, déjà, la réactivation d'un site internet et, en conséquence, la reprise de son contenu litigieux¹⁰. Qu'apporte, dans ce contexte, l'arrêt du 10 avril 2018 ?

En l'espèce, était précisément en cause, dans le cadre d'une encyclopédie collaborative, le déplacement de propos tenus par d'autres, mais retranscrits par le prévenu, de l'onglet « *historique* » du site vers son onglet « *article* ».

D'un côté, il pouvait être considéré, à l'instar des juges du fond, qu'il s'agissait de « *contenus identiques qui [étaient] maintenus sur le même support internet* ». Étaient en cause, au surplus, les mêmes auteurs, dont les écrits n'ont fait qu'être déplacés.

Toutefois, d'un autre côté, ces auteurs étaient eux-mêmes à l'origine d'un déplacement qui, en vérité, n'avait rien d'anodin. En effet, alors que l'historique du site *Wikipédia* représente une

page annexe, qui retranscrit la construction et les modifications de l'article, l'article constitue quant à lui la page principale, « *celle que les internautes regardent* »¹¹ et qui s'ouvre par défaut lors de l'accès audit site. En ce sens, il y avait bien, si ce n'est nouvelle publication, en tout cas élargissement du public susceptible de consulter les éléments litigieux.

Au surplus, la Cour de cassation souligne qu'« *une personne a volontairement réactivé le contenu initial sur le réseau internet, après qu'il eut été retiré (sic)* », mettant de la sorte en avant le fait que les propos litigieux avaient déjà figuré dans l'onglet « *article* », avant d'être insérés, par le prévenu ou par un autre, dans l'onglet « *historique* », puis d'être réinsérés par lui au sein de l'article. En cela existait-il bien une intention que ces éléments soient de nouveau accessibles par le plus grand nombre, qui éclairait un acte qui demeurait peut-être, en lui-même, trop ambigu.

À la fin, la confrontation de la loi du 29 juillet 1881 à l'internet s'avère une fois de plus doublement révélatrice : d'abord, de l'aptitude de la première à régir les comportements commis par l'intermédiaire du second ; ensuite, de la complexité de la notion stratégique de publication, cœur du système répressif en droit de la presse.

À l'instar, par exemple, de la possession, la publication est un fait juridique évolutif qui comporte une dimension matérielle et une dimension psychologique. La plupart du temps, ici comme ailleurs, les faits parlent d'eux-mêmes. Mais il arrive, comme en l'espèce, qu'il faille apprécier la volonté d'un agent afin de savoir si son action était bien, en droit, une publication. **G. B.**

« Il y avait bien, si ce n'est nouvelle publication, en tout cas élargissement du public susceptible de consulter les éléments litigieux. »

5. Ce qui n'a pas empêché le législateur de tenter d'intervenir en décidant que, pour l'Internet, le délai de prescription commencerait à courir « à compter de la date à laquelle cesse la mise à disposition du public du message » litigieux. Le Conseil constitutionnel a néanmoins invalidé cette disposition, considérant qu'une telle « différence de régime [...] dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages [...] disponibles sur un support numérique » : déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 ; *AJDA* 2004. 1534, note J. Arrighi de Casanova ; *ibid.* 1385, tribune P. Cassia.

6. Cass. crim., 19 sept. 2006, n° 05-87.230 ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 162, obs. A. Lepage ; *Légipresse* 2006, n° 237, III, p. 235, obs. B. Ader.

7. Cass. crim., 6 janv. 2009, n° 05-83.491 ; *Bull. crim.*, n° 4 ; *Légipresse* n° 259, mars 2009, comm. B. Ader ; *D.* 2009, p. 1260, note Ch. Courtin ; *Comm. com. électr.* 2009, comm. 28, obs. A. Lepage.

8. Cass. crim., 10 janv. 2017, n° 15-86.019 ; *Légipresse* n° 348, janvier 2017 ; *AJ pén.* 2017, p. 141, obs. N. Verly ; *Gaz. Pal.* 23 mai 2017, n° 20, p. 25, obs. F. Fourment.

9. Cass. crim., 2 nov. 2016, préc.

10. Cass. crim., 7 févr. 2017, préc.

11. Il est ainsi qualifié dans l'aide figurant sur le site *Wikipédia*.

Droit d'auteur et liberté d'expression : la délicate pesée des intérêts

MOTS-CLÉS : droit d'auteur, liberté d'expression, proportionnalité

Cour d'appel de Versailles (1^{re} ch. 1^{re} sect.),
16 mars 2018

A. Malka c/ P. Klasen (RG n° 15/06029)

359-07

Il n'appartient pas au juge de s'ériger en arbitre d'un droit qui mériterait plus protection qu'un autre. Au contraire, il appartient à celui qui invoque sa liberté d'expression, d'établir en quoi un juste équilibre entre la protection de celle-ci et celle due au droit de l'auteur impose qu'il utilise les œuvres de ce dernier, de surcroît sans son autorisation. Tel n'est pas le cas en l'espèce puisque de l'aveu même du peintre, défendeur à l'action en contrefaçon, les œuvres du photographe demandeur étaient parfaitement substituables : il aurait pu tout aussi bien utiliser d'autres photographies publicitaires du même genre dans ses tableaux. Il en découle que l'utilisation des œuvres du demandeur, de surcroît sans son autorisation, n'était pas nécessaire à l'exercice de la liberté que le peintre défendeur revendique.

FAITS ET PROCÉDURE

M. Alix Malka est l'auteur de trois photographies représentant le visage maquillé d'une jeune femme qui ont été publiées avec mention de son nom en décembre 2005, sous l'intitulé « *glam and shine* » dans la rubrique beauté d'une édition limitée du magazine italien « *Flair* ». Il a découvert que des reproductions de ces photographies avaient été intégrées, sans autorisation dans plusieurs œuvres de M. Peter Klasen, artiste peintre, et a alors assigné celui-ci en contrefaçon de ses droits d'auteur par acte du 5 février 2010.

Par un jugement contradictoire du 31 janvier 2012, le tribunal de grande instance de Paris l'a débouté de ses demandes.

Par arrêt du 18 septembre 2013, la cour d'appel de Paris a infirmé ce jugement et a condamné M. Peter Klasen à lui payer la somme de 50 000 euros de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant des atteintes à ses droits patrimoniaux et à son droit moral d'auteur en ordonnant la capitalisation des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt dans les conditions de l'article 1154 du code civil.

Par arrêt du 15 mai 2015, la Cour de cassation a cassé cet arrêt en toutes ses dispositions. Elle rappelle que, pour écarter le moyen tiré d'une atteinte à la liberté d'expression artistique de M. Peter Klasen et le condamner à réparer le préjudice résultant d'atteintes portées aux droits patrimoniaux et moral de M. Alix Malka, la cour d'appel de Paris considère que les droits sur des œuvres d'art arguées de contrefaçon ne sauraient, faute d'intérêt supérieur, l'emporter sur ceux des œuvres dont celles-ci étaient dérivées, sauf à méconnaître le droit à la protection des droits d'autrui en matière de création artistique. La Cour de cassation retient qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer de

façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 10 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Versailles.

M. Alix Malka a saisi la cour de renvoi.

SUR CE, LA COUR

[...]

Sur la dérogation au droit d'auteur fondée sur la liberté d'expression

Considérant que M. Peter Klasen invoque la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et son protocole additionnel et l'arrêt de la Cour de cassation qui incitent à rechercher un juste équilibre entre le respect du droit d'auteur et la préservation de la liberté d'expression artistique ; qu'il souligne que dans l'arrêt *Asby Donald* contre France du 10 janvier 2013, la démarche de publication des photographies de mode sur un site internet était avant tout commerciale ; que toutefois, la marge d'appréciation conduisant à faire prévaloir le droit au respect des biens des créateurs de mode est au contraire réduite si l'information en cause participe d'un débat d'intérêt général ; que le caractère exclusivement commercial ou non d'un procédé s'apprécie au niveau du contenu du message véhiculé ; qu'ainsi, la commercialisation de certaines œuvres ne peut suffire à conférer à une démarche artistique un objectif « *exclusivement commercial* » ; qu'au contraire les clichés utilisés n'ont constitué qu'un outil pour véhiculer un message de critique sociale afin de stimuler dans l'esprit du public une réflexion d'ordre social ; que leur utilisation n'avait donc pas un but strictement esthétique ou lucratif ; qu'empêcher une telle utilisation afin de protéger les seuls intérêts financiers de M. Malka sur des clichés de mode à vocation publicitaire et nécessairement furtive constitue une atteinte manifestement disproportionnée à sa liberté d'expression artistique et conduirait à remettre en cause l'acte même de créer ; qu'une condamnation constituerait donc une atteinte intolérable dans toute société démocratique à la liberté d'expression artistique ; Considérant que M. Alix Malka réplique que l'arrêt de la Cour de cassation a suscité de nombreuses critiques ; qu'il ajoute une dérogation contestable au droit d'auteur non prévue par les textes alors que ceux-ci tiennent déjà compte de la liberté d'expression ; que la jurisprudence antérieure écartait purement et simplement ce moyen de défense ; qu'un arrêt de la cour d'appel de Paris souligne que l'arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2015 ne fait pas prévaloir l'article de 10 de la CEDH mais impose au juge d'expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commande la condamnation prononcée ; qu'ainsi la cour d'appel de Paris consacre le caractère fermé de la liste des exceptions au droit d'auteur ; qu'en l'espèce, une interprétation large de l'arrêt de la Cour de cassation introduirait la possibilité de paralyser purement et simplement le droit d'auteur ; qu'elle serait source d'une confusion qui fragiliserait considérablement le droit d'auteur ; qu'elle viderait de sa substance l'article L 122-5 du code de la propriété intellectuelle

contenant une liste fermée des exceptions ; que la notion de « juste équilibre » doit être appréciée au sens le plus strict sauf à engendrer une insécurité juridique ; qu'en outre se pose la question de la méthodologie à adopter pour l'appréciation in concreto, la Cour de cassation n'ayant donné aucune directive ; qu'il ne peut s'agir de peser au cas par cas l'importance respective d'une part de l'œuvre litigieuse pour apprécier la liberté créatrice du tiers, et d'autre part l'œuvre revendiquée pour apprécier l'atteinte au droit exclusif et au droit moral de son auteur sauf à ériger le juge en critique d'art ; qu'il y a un risque d'ouvrir une brèche en incitant tous les pseudos artistes à emprunter à des œuvres préexistantes sous prétexte de s'exprimer ; que la balance des intérêts selon la Cour européenne signifie que l'ingérence est possible si elle prévue par la loi dans un but légitime, nécessaire dans une société démocratique et si elle est proportionnée ; que dans l'arrêt Ashby, le recours a été rejeté, la démarche étant avant tout commerciale puisque les photographes avaient organisé un accès payant aux photographies litigieuses ; que le tribunal de grande instance de Paris, dans une affaire Jeff Koons, a estimé que l'auteur devait poursuivre un but légitime et proportionné au but poursuivi ; que la revendication d'appartenance à un mouvement artistique ne suffit pas à justifier l'utilisation de l'œuvre initiale ; que la connaissance de l'œuvre appropriée doit être déterminante pour provoquer la réflexion du spectateur ; que le tribunal a estimé que Jeff Koons aurait dû expliquer en quoi il lui était absolument nécessaire de reprendre l'intégralité de l'œuvre pour faire passer son message, ce d'autant plus que l'œuvre initiale n'était pas connue du grand public ; Qu'il souligne en l'espèce que la loi française protège expressément le droit d'auteur alors que la démarche de M. Klasen ne répond à aucun besoin social impérieux et s'inscrit dans une logique purement mercantile ; que le processus même de production en série traduit l'aspect mercantile de la démarche ; que pour invoquer l'article 10 - 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, il est nécessaire de prouver que la reproduction de l'œuvre de M. Malka est indispensable à l'expression du message de M. Klasen, lequel doit être particulièrement important et contribuer à un débat d'intérêt général ; qu'or, les chroniques produites par la partie adverse concernent l'œuvre de M. Klasen dans son ensemble et non les œuvres litigieuses ; qu'au demeurant, M. Klasen admet lui-même que les clichés litigieux étaient parfaitement substituables ; que M. Klasen a simplement recherché la facilité en utilisant de façon prééminente l'œuvre d'un tiers dans des proportions qui représentent parfois plus de la moitié de la surface des œuvres litigieuses ; qu'en effet, la masse contrefaisante reconnue s'élève à une trentaine d'œuvres ; qu'or la liberté de créer s'analyse comme celle de créer sa propre œuvre et non de s'emparer de l'œuvre d'autrui ; qu'en outre, M. Klasen se méprend sur la nature de la balance préconisée par la Cour de cassation ; qu'il ne s'agit nullement d'opposer la liberté d'expression de l'un à celle de l'autre ; qu'il importe donc peu de savoir si sa propre démarche est ou non commerciale et s'il participe lui-même ou non à un débat d'intérêt général ; qu'enfin, M. Peter Klasen doit en outre prouver qu'il était excessivement difficile d'obtenir une autorisation ; Considérant ceci exposé que l'article 10.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dispose que toute personne a droit à la liberté d'expression ;

Considérant toutefois que le paragraphe 2 de cet article 10 dispose que l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale, ou à la sûreté politique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ; Considérant que l'article 1^{er} du protocole additionnel à cette convention dispose que toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ; Considérant que l'article L 111-1 du code de la propriété intellectuelle dispose que l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ; Considérant que l'article L 122-4 du code de la propriété intellectuelle dispose que toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite ; Considérant que la liberté d'expression et le droit d'auteur sont l'un et l'autre des droits fondamentaux protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ; que dans son arrêt Ashby Donald contre France du 10 janvier 2013, en dépit de la portée restrictive que tente de lui donner M. Peter Klasen, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi reconnu aux États membres une marge d'appréciation importante pour mettre en balance des intérêts garantis tous deux au titre de la convention européenne ; que les dispositions nationales de protection du droit d'auteur n'ont pas été censurées par la Cour européenne des droits de l'homme ; Considérant qu'elles poursuivent un but légitime puisque le protocole additionnel prévoit que toute personne a droit au respect de ses biens alors que le droit d'auteur constitue une composante du droit de propriété ; que, dans ces conditions, l'interdiction de représenter ou reproduire une œuvre sans le consentement de l'auteur est proportionnée au but poursuivi ; Considérant donc que M. Alix Malka est fondé à se prévaloir des dispositions protectrices de son droit prévues à l'article L122-4 du code de la propriété intellectuelle à l'encontre de M. Peter Klasen qui ne conteste pas avoir intégré des œuvres entières de M. Peter Klasen aux siennes ; Considérant que M. Peter Klasen lui oppose sa liberté d'expression qui selon lui doit prévaloir sur les intérêts strictement mercantiles du photographe ; Considérant d'une part que le code de la propriété intellectuelle ne protège pas que les droits patrimoniaux de l'auteur ; qu'il protège aussi le droit moral de l'auteur ; que l'atteinte à ce dernier résultant de l'exploitation de l'œuvre d'autrui sans l'autorisation de son auteur ne saurait être contestée ; Considérant d'autre part qu'il n'appartient pas au juge de s'ériger en arbitre d'un droit qui mériterait plus protection qu'un autre ; Considérant au contraire qu'il appartient à M. Peter Klasen, qui invoque sa liberté d'expression, d'établir en quoi un juste équilibre entre la protection de celle-ci et celle due au droit du photographe imposait qu'il utilisât les œuvres de ce dernier au surcroît sans son autorisation ;

Considérant que tel n'est pas le cas en l'espèce puisque de l'aveu même de M. Peter Klasen, les œuvres de M. Peter Klasen étaient parfaitement substituables, qu'il aurait pu tout aussi bien utiliser d'autres photographies publicitaires du même genre ; qu'il en découle que l'utilisation des œuvres de M. Alix Malka, au surcroît sans son autorisation, n'était pas nécessaire à l'exercice de la liberté que M. Peter Klasen revendique ; que solliciter l'autorisation préalable de l'auteur ne saurait donc constituer une atteinte à son droit de créer ;

Considérant en outre que M. Peter Klasen qui se revendique d'un courant « appropriationniste » se réfère encore à un auteur soulignant que « l'on imagine mal Andy Warhol demander l'autorisation aux titulaires de la marque Campbell de reproduire les fameuses boîtes de Campbell soup (...) et plus généralement (et plus classiquement), aurait-il fallu exiger de Pablo Picasso - ainsi que de la quinzaine d'artistes qui ont ensuite repris cette œuvre - de solliciter les héritiers d'Edouard Manet pour peindre sa version du « Déjeuner sur l'Herbe » (peinture dont la composition d'ailleurs était dérivée d'une gravure de Marcantonio Raimondi, réalisée elle-même à partir d'un dessin de Raphaël) ? » ;

Mais considérant que cette analogie n'est pas de mise en l'espèce ; que d'une part, la « Campbell soup » était un produit de consommation courante dont rien ne permettait de penser que le graphisme original était de Andy Warhol ; que d'autre part, dans l'œuvre de Picasso, l'œuvre première était parfaitement identifiable de sorte que « l'appropriation » de celle-ci ne faisait aucun doute ; que tel n'est pas le cas des photographies de M. Alix Malka dont la notoriété ne permet pas de les identifier en tant que telles dans l'œuvre seconde de M. Peter Klasen ;

Considérant en définitive qu'il résulte des faits de l'espèce que la recherche d'un juste équilibre entre la liberté d'expression de M. Peter Klasen, y compris dans sa dimension de réflexion d'ordre social, qui ne justifie pas que l'utilisation sans autorisation des photographies de M. Alix Malka était nécessaire à son exercice, et le droit d'auteur de M. Alix Malka justifie qu'il soit condamné à lui payer des dommages et intérêts en réparation des contrefaçons commises ;

[...]

Prés. : M. Palau – Cons. : Mmes Lelièvre, Lauer – Av. Mes Rol, Narboni, Chateaufort, Guilloux

COMMENTAIRE



Vincent Varet

Docteur en droit, Avocat, cabinet Passa Varet
Avocats, Professeur Associé, Université Paris II
Panthéon Assas

Rendu sur renvoi après cassation dans la déjà célèbre affaire *Klasen*, l'arrêt rapporté était attendu¹. Il devait, en effet, mettre en œuvre la balance des intérêts entre droit d'auteur et liberté d'expression, selon l'appréciation *in concreto* imposée aux juges

1. Et a déjà fait l'objet, à ce titre, de nombreux commentaires, parmi lesquels : *Comm. Com. Electr.* mai 2018, comm. 32, obs. C. Caron ; *Dalloz IP/IT* 2018, p. 300, note V.-L. Benabou ; *JCP éd. G.* 2018, 513, note J.-M. Bruguière ; *L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle*, 2018, n° 6, p.4, obs. A. Lucas ; *Lamy Droit de l'immatériel*, avril 2018, note P. Noul.

du fond par la Cour de cassation à l'occasion de cette affaire, dans un arrêt important, qui a divisé la doctrine².

Deux autres décisions des juges du fond parisiens³, prenant acte de la nouvelle position de la Haute juridiction⁴, se sont, dans l'intervalle, essayées à l'exercice, sans convaincre. À leur décharge, la Cour de cassation, au-delà de l'exigence d'une appréciation *in concreto*, n'a rien dit de la manière de procéder, laissant aux juges du fond la lourde tâche d'élaborer à la fois la méthode et les poids de la pesée. C'est dire que les attentes suscitées par l'arrêt rapporté portaient autant, sinon plus, sur sa motivation que sur la solution du litige lui-même.

Disons-le d'emblée : de ce point de vue, l'arrêt déçoit, bien qu'il ait, à juste titre selon nous, fait prévaloir, en l'occurrence, le droit d'auteur sur la liberté d'expression. Mais ses tâtonnements mêmes méritent l'analyse, car dans cet inconnu où se trouvent juges et praticiens, la leur naît aussi de l'expérimentation. Point n'est besoin de rappeler longuement l'affaire, tant elle est connue : un peintre contemporain jouissant d'une certaine notoriété, M. Klasen, a intégré plusieurs photographies issues d'un magazine de mode, remaniées, au sein de ses œuvres picturales. L'auteur des photographies, M. Malka, n'ayant pas autorisé cette utilisation, l'a assigné en contrefaçon de ses droits d'auteur. Débouté en première instance au motif que ses photographies n'étaient point originales et donc non protégeables, il eut gain de cause en appel, la cour de Paris⁵ ayant jugé les photographies originales, et écarté, outre le jeu de plusieurs exceptions au droit d'auteur, l'argument brandi par le peintre d'une atteinte à sa liberté de création, sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Pour les juges parisiens, en effet, « faute d'intérêt supérieur », rien ne justifiait de faire prévaloir les droits afférents aux œuvres du peintre sur ceux afférents aux photographies qu'elles reprenaient.

Cet arrêt fut cassé⁶, au motif que les juges du fond auraient dû « expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait » la prééminence ainsi donnée au droit d'auteur du photographe sur la liberté de création du peintre.

2. Civ. 1^{re}, 15 mai 2015, n°13-27391 ; *D.* 2015, 1672, note A. Bensamoun et P. Sirinelli ; *Comm. Com. Electr.* juillet 2015, comm. 55, obs. C. Caron ; *RTDCom.* 2015, p.515, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP éd. G.*, 2015, 967, note C. Geiger ; *Comm. Com. Electr.* oct. 2015, étude 17, M. Vivant ; *Propr. Intell.* 2015, n° 56, p.281, obs. A. Lucas et p. 285, obs. J.-M. Bruguière ; *Juris art etc.*, 2016, n°39, p.28, note E. Treppoz ; *Legipresse*, sept. 2015, 474, note V. Varet ; et aussi : P.-Y. Gautier, « Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, Point de vue, 2189 ; C. de Haas, « Quelques réflexions sur les origines de l'irrésistible émergence du principe de proportionnalité avec balance des intérêts *in situ* » ; A propos de l'arrêt *Klasen* rendu par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation le 15 mai 2015 », *Propr. Intell.* oct. 2016, 418 ; C. Thomas-Raquin et M. Le Guerer, « Le contrôle de proportionnalité en droit d'auteur devant la Cour de cassation », *Comm. Com. Electr.* janv. 2018, 2.

3. TGI Paris, 9 mars 2017, RG n°15/01086, *Propr. Intell.* 2017, n° 64, p.69 ; CA Paris, 25 sept. 2015, n° 14/01364, *Propr. Intell.* 2016, n° 58, p.51, obs. A. Lucas ; *JCP E*, 2016, 1481, note A. Zollinger.

4. Que celle-ci a réitéré depuis, à propos des mesures d'interdiction prononcées par la cour d'appel dans l'affaire de l'opéra *Dialogues des Carmélites* : Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, *JurisData* n°2017-012338 ; *Comm. Com. Electr.* 2017, comm.69, obs. C. Caron ; *RTD Com.* 2017, 891, obs. F. Pollaud-Dulian.

5. Paris, Pôle 5, chambre 1, 18 septembre 2013, n° 12/02480.

6. Réf. cit. *supra*, note 2.

Nous ne reviendrons ni sur le principe et la genèse de la confrontation entre droit d'auteur et liberté d'expression⁷, ni sur sa critique⁸, considérant qu'il importe plutôt, désormais, d'approprier le mécanisme de la balance des intérêts et d'en identifier les critères⁹. Pour cette raison aussi, nous nous concentrerons sur cet aspect de l'arrêt et laisserons de côté, malgré leur intérêt, les autres questions qu'il traite (originalité et exception de parodie).

La cour d'appel de Versailles devait, en appliquant l'article 10 de la Convention, trancher entre les deux droits fondamentaux en présence, en justifiant de la prévalence qu'elle donnerait à l'un sur l'autre au regard de l'ensemble des circonstances de l'affaire. Au vu de l'arrêt rapporté mais aussi des autres décisions des juges du fond ayant tenté l'appréciation *in concreto* de la balance des intérêts entre droit d'auteur et liberté d'expression, on mesure la difficulté de l'exercice et l'on est contraint de faire le constat de la confusion (I), qui impose une tentative de clarification (II).

I. CONSTAT DE CONFUSION

Relevons d'abord que la cour d'appel semble tenir pour acquis que le litige qui lui était soumis entrainait dans le champ de la liberté d'expression régie par l'article 10 de la Convention.

La Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH ») pour sa part, commence toujours par vérifier que tel est bien le cas¹⁰. Certes, la conception extrêmement large qu'elle se fait de la liberté d'expression n'est pas de nature à écarter fréquemment le jeu de l'article 10, au motif que le litige serait hors de son champ. Néanmoins, outre que cette démarche ne peut qu'être approuvée au plan du raisonnement juridique, elle aurait conduit, dans l'affaire rapportée, à justifier du rattachement de la liberté de création, invoquée par le peintre P. Klasen, à la liberté d'expression. Or, ce rattachement, critiqué par certains¹¹, n'est pas si évident qu'il n'y paraît à lire l'arrêt rapporté. En outre, et à admettre ce rattachement, clarifier le rapport entre liberté de création et liberté d'expression, et le positionnement de l'une par rapport à l'autre, pourrait avoir le mérite de faire saillir ce qui caractérise la première et, peut-être, de montrer que l'intérêt qu'elle a vocation à protéger est différent de celui qui sous-

tend la liberté d'expression. Or, nous le verrons¹², l'intérêt sous-tendant chacun des droits fondamentaux en présence dans le débat pourrait se révéler un fil conducteur pertinent pour effectuer la balance des intérêts entre eux.

« Des tâtonnements de l'arrêt méritent l'analyse, car dans cet inconnu où se trouvent juges et praticiens, la lueur naît aussi de l'expérimentation. »

Ensuite, la cour d'appel, après avoir rappelé le mécanisme de l'article 10 de la Convention *in abstracto* (le principe est la liberté d'expression ; mais cette dernière connaît des limites dont les fondements sont énoncés à l'article 10.2, et qui incluent la protection des droits d'autrui), souligne que le

droit d'auteur est également un droit fondamental protégé par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention. Et, faisant référence aux arrêts *Ashby Donald* et *Neij*¹³, elle relève que, compte tenu de la nature équivalente de la liberté et du droit en présence, la CEDH a reconnu aux États une marge d'appréciation importante dans la mise en œuvre de la balance des intérêts et n'a pas censuré les dispositions de la loi française relatives au droit d'auteur, dont elle cite les articles L. 111-1 et L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle.

Cette première étape du raisonnement est pertinente. Outre l'affirmation, exacte, que la CEDH a reconnu une marge d'appréciation importante aux États dès lors que sont en présence deux droits d'égale valeur, on comprend que, dans l'esprit des juges, il s'agit de vérifier implicitement qu'est remplie la première condition prévue par l'article 10.2 de la Convention pour admettre une restriction à la liberté d'expression : celle-ci doit être consacrée par la loi - c'est la condition de « *légalité* » de la restriction. Cette condition ne fait aucune difficulté s'agissant du droit d'auteur, y compris pour la CEDH¹⁴.

La cour d'appel constate ensuite que la loi française poursuit un but légitime car, dit-elle, le droit de propriété est protégé par l'article 1^{er} du Protocole additionnel et le droit d'auteur constitue une composante de ce droit. Ces affirmations un peu elliptiques sont sans doute une manière de vérifier la seconde condition posée par l'article 10.2 de la Convention : toute restriction à la liberté d'expression doit, pour être admise, poursuivre un but légitime et, dit ce texte, un tel but peut notamment consister dans la protection des droits d'autrui. La légitimité de la restriction à la liberté d'expression que constitue le droit d'auteur, qui ne fait aucune difficulté non plus pour la CEDH¹⁵ est donc, à juste titre, constatée par la cour d'appel.

En principe, intervient ensuite la troisième condition énoncée par l'article 10.2 de la Convention, à savoir la proportionnalité de la restriction à la liberté d'expression au but légitime qu'elle poursuit. C'est pour apprécier cette proportionnalité qu'intervient la fameuse balance des intérêts, qui doit, selon la CEDH¹⁶ et désormais la Cour de cassation, s'opérer *in concreto*, c'est-à-dire au regard de l'ensemble

7. Sur ces questions, v. spéc. A. Lucas, *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Discours d'ouverture, Actes des Journées d'étude de l'ALAI 2006, Barcelone, ALAI – HUYGENS international, 2008, p.70 ; C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004. V. aussi P. Kamina, « Droit d'auteur et article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Légicom* 2001, p. 7 et, parmi d'autres, nos modestes contributions : « Droit d'auteur et liberté d'expression », comm. CA Paris, 30 mai 2001, *Legipresse* n° 184 septembre 2001, III, 187, et « Droit d'auteur et droit du public à l'information », comm. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2003, *Legipresse* n° 209 mars 2004, III, p.23.

8. Sur laquelle, v. notamment les positions de P.-Y. Gautier, F. Pollaud-Dulian, et aussi, dans une moindre mesure, A. Bensamoun et P. Sirinelli et A. Lucas, dans les observations ou études citées *supra*, note 2.

9. Sur les raisons de cette position, v. notre note, réf. citées *supra*, note 2.

10. V. les deux arrêts rendus en droit d'auteur : CEDH, 5^e sect., 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald c/ France*, D. 2013, 2487, obs. P. Trefigny ; *RTDCom.* 2013, p. 274, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Prop. Intell.* avr. 2013, p. 216, obs. J.-M. Bruguière ; *CCE* avr. 2013, n° 39, obs. C. Caron ; *AJDA* 2013, p. 1794, obs. L. Burgogue-Larsen ; et 19 fév. 2013, n°40397/12, *Neij c/Suède*, D. 2014, 2487, obs. P. Sirinelli.

11. F. Pollaud-Dulian, obs. sous Civ. 1^{re}, 15 mai 2015, *RTD Com.* 2015, p. 515.

12. V. *infra*, II.

13. CEDH, 5^e sect., 10 janv. 2013, n° 36769/08 et 19 fév. 2013, *Ashby Donald c/ France*, n° 40397/12, *Neij c/Suède*, réf. citées, note 10.

14. *Ibid.*

15. *Ibid.*

16. V. par ex. *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, Recueil des Arrêts et décisions 1998 CEDH 1998-VI ; *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n°68416/01, CEDH 2005-II.

des circonstances de la cause. Or, la cour déduit immédiatement des étapes qui précèdent que « dans ces conditions, l'interdiction de représenter ou reproduire une œuvre sans le consentement de l'auteur est proportionnée au but poursuivi ». C'est bien la troisième condition de l'article 10.2 qui est appliquée, mais *in abstracto*.

Le premier réflexe du commentateur, à ce stade, est de penser qu'il est face à un arrêt de résistance à la nouvelle position de la Cour de cassation, et de se croire revenu au temps de l'affaire *Utrillo*, où la Haute juridiction elle-même considérait que la limite apportée par la législation française sur le droit d'auteur à la liberté d'expression était, en elle-même, proportionnée au but légitime de défense de ce droit¹⁷. Cependant, après cette affirmation péremptoire qui semblait clore le débat, l'arrêt le reprend quasiment à son point de départ, en constatant qu'au droit d'auteur invoqué par le photographe, rattaché au droit fondamental de propriété protégé par l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention, le peintre oppose, en défense, sa liberté d'expression, fondée sur l'article 10 de cette même Convention. Mais, affirme la cour juste après, « il n'appartient pas au juge de s'ériger en arbitre d'un droit qui mériterait plus protection qu'un autre ». Affirmation surprenante et nouveau coup d'arrêt, pense alors le commentateur : décidément, il semblerait que les juges du fond refusent de suivre la Cour de cassation.

« Il appartient au plaideur qui invoque sa liberté d'expression, défendeur à l'action en contrefaçon, de démontrer en quoi le juste équilibre entre cette liberté et le droit d'auteur impose de faire prévaloir la première sur le second et donc en quoi il était nécessaire, en l'espèce, qu'il utilisât les photographies au sein de ses tableaux. »

À tort, car s'ensuit un raisonnement qui, manifestement, a vocation à constituer l'appréciation *in concreto* de la balance des intérêts que la Haute juridiction exige désormais. Ce raisonnement peut se résumer ainsi : il appartient au plaideur qui invoque sa liberté d'expression, en l'occurrence le peintre, défendeur à l'action en contrefaçon, de démontrer en quoi le juste équilibre entre cette liberté et le droit d'auteur impose de faire prévaloir la première sur le second et donc en quoi il était nécessaire, en l'espèce, qu'il utilisât les photographies au sein de ses tableaux. Or, constate la cour de renvoi, cette utilisation des photographies n'était pas nécessaire car, de l'aveu même du peintre, ces photographies étaient « substituables » ; autrement dit, le peintre avait reconnu lui-même qu'il aurait pu utiliser d'autres photographies ou d'autres œuvres dans sa démarche créatrice.

Dès lors, en l'absence de toute nécessité à reprendre spécifiquement ces photographies, la restriction à leur utilisation qu'impose le droit d'auteur (en exigeant une autorisation préalable et, à défaut, en conférant à son titulaire le pouvoir d'agir en contrefaçon) « ne constitue pas une atteinte à la liberté de créer » du peintre¹⁸. Le droit d'auteur du photographe doit donc prévaloir et le peintre être condamné à lui payer des dommages et intérêts pour contre-

façon. CQFD, ou plutôt, pour reprendre une formule que nous avons déjà utilisée à propos d'un arrêt de la CJUE¹⁹, *Abacadabra*. Car c'est bien à un tour de passe-passe que se livre la cour d'appel.

Ce tour de passe-passe procède en deux temps : l'arrêt rapporté affirme d'abord qu'il incombe au défendeur invoquant sa liberté de création d'établir pourquoi celle-ci doit prévaloir sur le droit d'auteur. C'est la question de la charge de la preuve. Ensuite, il juge que cette preuve implique de démontrer la nécessité de passer outre le droit d'auteur ; c'est la question de l'objet de la preuve. Si la première étape du raisonnement paraît admissible en théorie, son application par la cour d'appel est, à nos yeux, discutable. Quant à la seconde étape du raisonnement, elle méconnaît, à notre avis, l'article 10 de la Convention.

En premier lieu, l'affirmation selon laquelle il incombe au défendeur invoquant sa liberté d'expression (ou de création) d'établir que celle-ci doit primer sur le droit d'auteur, paraît fondée implicitement sur les articles 6 et 9 du Code de procédure civile, et sans doute aussi sur l'article 1353 (nouveau) du Code civil, et, à ce titre, constituerait une application pure et simple du droit de la preuve, en apparence peu contestable. Cette position n'est cependant pas facile à concilier avec le mécanisme de l'article 10 de la Convention, dont le respect

s'impose pourtant à la cour d'appel, en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile²⁰. En effet, au sein de l'article 10 de la Convention, la liberté d'expression est le principe, qui admet par exception des restrictions ; ces restrictions ne sont valables que si elles répondent aux trois conditions énoncées plus haut, à savoir, être prévues par la loi, poursuivre un but légitime, et produire un effet proportionné à ce but.

On pourrait donc en déduire que, s'il incombe à celui qui se prévaut, en défense, de sa liberté d'expression, de démontrer que l'on est bien dans le champ de l'article 10, ce serait ensuite au demandeur, titulaire du droit d'auteur, de démontrer pourquoi celui-ci doit s'imposer face à la liberté d'expression, alors même que les conditions d'application du droit d'auteur posées par le droit national sont réunies²¹. Autrement dit, il lui incomberait alors d'établir que la restriction qu'impose le jeu du droit d'auteur à la liberté d'expression est, en l'espèce, proportionnée à son but légitime. Ce raisonnement, qui découle logiquement de l'article 10, induit une inversion de la charge de la preuve par rapport au

19. De distorsion le droit (de reproduction) s'est épuisé, à propos de l'arrêt de la CJUE en date du 3 juillet 2012, *Usedsoft c/ Oracle*, *Propriété Intellect.* oct. 2012, p.384.

20. Et, indirectement, en vertu de la primauté des conventions internationales sur la législation nationale (CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo* ; Cass. Mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*) à laquelle s'ajoute, s'agissant de la Convention, la faculté de l'invoquer directement devant le juge national, son application par ce dernier étant en outre contrôlée par la CEDH (effet horizontal de la Convention et garantie juridictionnelle dont elle est assortie, sur lesquels v. notamment C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004, n° 198 et 199).

21. L'œuvre reprise est originale et donc protégée par le droit d'auteur, certains au moins des éléments caractéristiques de cette originalité sont reproduits dans l'œuvre seconde, et celle-ci ne peut bénéficier d'aucune des exceptions prévues par le Code de la propriété intellectuelle.

17. Civ. 1^{re} 13 nov. 2003, *Fabris c/ France 2*, n° 01-14385, *Dalloz A.*, J. 200, note N. Bouche ; *CCE janv. 2004*, Comm. 2, obs. C. Caron ; *Propriété Intellect.* Janv. 2004, n° 10, p.550, obs. A. Lucas ; *JCP 2004*, II, 10080, note C. Geiger ; *Legipresse* n° 209 mars 2004, III, p.23, avec notre note. Solution confirmée par Civ. 1^{re}, 2 oct. 2007, *Propriété Intellect.* janv. 2008, n° 26, p.112, obs. J.-M. Bruguière.

18. La cour de Versailles se sent ensuite obligée de répondre à des arguments du peintre tirés de l'histoire de l'art, à notre avis hors de propos pour la simple raison qu'à admettre même la pertinence de l'analogie proposée – à nos yeux fort discutable dans les deux cas, une pratique ou une tolérance, qui plus est par des tiers à l'instance, ne font pas une règle de droit.

procès classique en contrefaçon, identifiée et crainte par la doctrine²² à l'occasion de l'arrêt de cassation dans l'affaire rapportée. Il est directement contraire à celui mené par la cour d'appel dans l'arrêt commenté, lequel a été adopté également par la cour de Paris dans un arrêt rendu peu après l'arrêt de la Haute juridiction²³.

On peut, cependant, concilier les deux raisonnements, de la manière suivante : à celui qui invoque son droit d'auteur de démontrer que les conditions d'application en sont réunies ; à celui qui invoque sa liberté d'expression d'établir que les faits litigieux entrent dans le champ de celle-ci et qu'il est donc légitime à s'en prévaloir. La démonstration, faite préalablement, que les conditions d'application du droit d'auteur sont réunies, permettrait, à ce stade, de présumer que l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression est proportionnée²⁴, à charge dès lors pour celui qui invoque cette liberté de renverser cette présomption – et donc d'établir la disproportion.

Cette conciliation est séduisante au plan conceptuel. On ne se cachera pas, cependant, que la présomption de proportionnalité posée en faveur du droit d'auteur induit une primauté donnée à celui-ci au moins sur le terrain de la charge de la preuve²⁵, qui paraît peu conforme avec l'idée que les deux droits en présence sont d'égale valeur²⁶. Surtout, la charge initiale de la preuve importe moins que la qualité de l'argumentation respective des parties²⁷ : on peut certes admettre que celui qui invoque sa liberté d'expression doit expliquer pourquoi, selon lui, celle-ci subit une atteinte²⁸, mais, réciproquement, celui qui conteste l'application de cette liberté va – et doit, s'appliquer à établir pourquoi la restriction qu'impose son droit d'auteur à cette liberté est proportionnée et

donc justifiée. En d'autres termes, dans la mesure où il s'agit, *in fine*, entre deux droits ou libertés d'égale valeur²⁹, de donner la primauté à l'un sur l'autre au regard des circonstances de l'espèce, il paraît légitime que chacune des parties s'efforce d'avancer les arguments de nature à justifier sa propre position au regard desdites circonstances. Or, tel avait bien été le cas dans l'affaire rapportée, l'arrêt commenté reprenant d'ailleurs longuement l'argumentation développée par le peintre d'une part, et le photographe d'autre part, à l'appui de leurs positions respectives.

C'est pourquoi, en faisant, malgré cela, peser exclusivement la charge de la preuve sur le peintre invoquant sa liberté de création et en refusant d'opérer elle-même la balance des intérêts au regard de l'argumentation respective des parties, la cour d'appel a, à notre sens, refusé l'obstacle et ignoré, dans cette mesure, l'article 10 de la Convention. Dès lors, et l'on en revient par là au cœur de la difficulté, il importe surtout d'identifier le ou les critères permettant de déterminer si la restriction à la liberté d'expression est, ou non, proportionnée dans les circonstances de l'espèce. C'est la question, si l'on veut, de l'objet de la preuve, dont le traitement par l'arrêt rapporté n'emporte pas la conviction, car c'est là que réside, à notre sens, la principale distorsion du raisonnement.

En second lieu, en effet, la cour exige du défendeur invoquant sa liberté de création qu'il démontre en quoi l'utilisation des œuvres du demandeur sans autorisation de ce dernier était nécessaire à sa démarche créative, ce qui revient à lui demander d'établir que l'atteinte au droit d'auteur est nécessaire au respect de cette liberté.

C'est là méconnaître l'article 10 de la Convention et son application par la CEDH ; en effet, si cette dernière utilise bien un critère de nécessité, celui-ci s'applique, à l'inverse, à la restriction à la liberté d'expression que constitue le droit d'auteur, laquelle est proportionnée (et donc justifiée), si elle apparaît comme « *nécessaire dans une société démocratique* », ce qui est le cas si elle répond à un « *besoin social impérieux* »³⁰. En d'autres termes, l'application de l'article 10 de la Convention implique bien, dans la jurisprudence de la CEDH³¹, un critère de nécessité, mais celui-ci s'applique à la restriction à la liberté d'expression que constitue le droit d'auteur, et non à la restriction au droit d'auteur que constituerait la liberté d'expression. C'est dire que la cour d'appel de Versailles procède à une inversion du raisonnement³² qui nous paraît directement contraire au mécanisme de l'article 10 tel qu'appliqué par la CEDH. Pour cette raison, il encourt, à notre sens, la cassation, pour peu qu'un nouveau pourvoi ait été formé à son encontre³³.

Par surcroît, l'arrêt applique, pour déterminer si la restriction au droit d'auteur constituant la liberté de création du peintre était

22. V. A. Bensamoun et P. Sirinelli, obs. sous Civ. 1^{re}, 15 mai 2015, réf. citées *supra*, note 2.

23. CA Paris, 25 sept. 2015, n°14/01364, réf. citées *supra*, note 3.

24. En ce sens, A. Zollinger, « Droit d'auteur et liberté d'expression, comment procéder à la balance des intérêts *in concreto* », *Comm. Com. Elect.* Avril 2017, étude 7.

25. C'est d'ailleurs sans doute pour « préparer » cette primauté donnée au droit d'auteur au plan de la preuve que le raisonnement de la cour d'appel procède par les « cahots » décrits précédemment : en effet, poser (i) que le droit d'auteur apporte une limite proportionnée en elle-même à la liberté d'expression (ii) qu'il n'incombe pas au juge de procéder à la balance des intérêts revient implicitement (i) à affirmer la présomption de proportionnalité suggérée au texte (ii) à permettre le report de la charge de la preuve, en conséquence, sur le défendeur ; à ceci près que la cour d'appel ne lui demande pas d'établir la disproportion de la limite apportée à sa liberté de création par le droit d'auteur mais, à l'inverse, d'expliquer en quoi sa liberté d'expression justifie une limite proportionnée au droit d'auteur, ce qui est une inversion du raisonnement, décrite et critiquée dans la suite du texte.

26. Il suffit, pour s'en convaincre, de raisonner sur l'hypothèse où le droit fondamental de propriété est invoqué en demande et indépendamment de la liberté d'expression, à l'appui du respect du droit d'auteur. L'article 1^{er} du premier Protocole additionnel est construit de manière similaire à l'article 10 : le droit de propriété est le principe, qui admet des exceptions limitées, lesquelles doivent être justifiées par l'intérêt public. À appliquer rigoureusement le raisonnement développé au texte en matière de charge de la preuve, il incomberait alors à celui qui invoque le droit de propriété de démontrer en quoi la restriction tirée de l'intérêt public, que lui oppose le défendeur, serait disproportionnée. Ce n'est pas ainsi qu'a raisonné la CEDH dans l'arrêt *Balan c/ Moldavie*, où elle a eu à connaître de la question à propos du droit d'auteur (CEDH, 29 janv. 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie*, *Comm. Com. Electr.* Juin 2008, comm. 76, obs. C. Caron ; *Propr. Intell.* 2008, 338, obs. J.-M. Bruguière).

27. En ce sens, A. Zollinger, *op. cit.*, note 24.

28. Dans l'affaire *Blazy c/ Le chant du monde*, précitée, la cour d'appel de Paris a pu, sans doute à juste titre, écarter l'argument tiré de la liberté de création sur le seul terrain de la charge de la preuve, car la défenderesse s'était, semble-t-il, contentée d'affirmer que celle-ci justifiait les reprises de l'œuvre de Prokofiev qu'elle avait opérées, sans s'en expliquer.

29. Il y aurait beaucoup à dire sur l'incidence du droit fondamental invoqué en premier lieu dans le débat, et sur l'absence d'articulation, pensée par les rédacteurs de la Convention, et les difficultés qu'elle engendre, entre le droit de propriété protégé par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel, et la liberté d'expression protégée par son article 10, mais cela nous entraînerait trop loin.

30. CEDH, 5^e sect., 10 janv. 2013, n° 36769/08, réf. citées *supra*, note 10.

31. Qui s'impose, faut-il le rappeler, au juge national.

32. Un telle inversion se retrouve, encore plus clairement, dans le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 9 mars 2017 dans l'affaire *Koons*, réf. citées *supra*, note 4.

33. Ce que nous ignorons.

nécessaire, ou non, un critère qui nous paraît très critiquable : celui du caractère substituable des photographies au sein des œuvres du peintre, et donc dans sa démarche artistique. Un éminent commentateur a déjà développé une critique étayée de ce critère et, dans la mesure où nous y souscrivons entièrement, nous y renverrons pour le détail³⁴.

Nous nous contenterons de relever, pour l'essentiel, que ce critère induit, implicitement, une prise en compte du mérite des œuvres dont la protection est réclamée, en violation de l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle, et qu'il peut conduire à ce paradoxe que plus l'œuvre utilisée ou reprise par le défendeur sera célèbre, plus la protection de celle-ci par le droit d'auteur risque de céder face à la liberté de création (puisqu'elle ne sera pas, alors substituable). En outre, le critère recèle une grande part d'arbitraire, car au fond, qui peut dire, dans nombre de cas, que l'utilisation de telle œuvre était « nécessaire » à la liberté de création de celui qui l'a reprise en tout ou en partie ?

Enfin et surtout, on ne comprend pas en quoi il permet de réaliser la pesée des intérêts en présence et de résoudre le conflit : car, à admettre qu'en l'espèce, M. Klasen ait convaincu les juges que la reprise des photographies de M. Malka au sein de ses tableaux était nécessaire à la critique d'ordre social que ces derniers, selon lui, véhiculaient, il faudrait encore expliquer pourquoi sa liberté d'expression justifierait qu'il passe outre l'autorisation normalement requise par le droit d'auteur. Qu'une œuvre première soit indispensable à la création d'une œuvre seconde n'empêche pas, en effet, de solliciter l'autorisation de l'utiliser, ni ne justifie de s'en passer.

Où l'on voit que l'on est revenu au point de départ et que la prétendue nécessité du recours à l'œuvre première au sein d'une œuvre seconde et le critère de la substituabilité qui y est associé par la cour d'appel, débouchent sur une impasse. Le problème reste entier de déterminer les raisons pour lesquelles il conviendrait, au regard des circonstances de l'espèce, de faire prévaloir la liberté d'expression sur le droit d'auteur, en justifiant que le peintre passe légitimement outre l'autorisation en principe requise ou plutôt, de décider que la restriction à la liberté d'expression imposée par le droit d'auteur (du fait de cette autorisation), est proportionnée à son but légitime. Nous nous essayerons à esquisser les critères qui pourraient être utilisés à cette fin.

II. TENTATIVE DE CLARIFICATION

Dans la mesure où, dans son essence, la balance des intérêts implique de déterminer, entre deux droits d'égale valeur, celui qui doit avoir la prééminence, au regard des circonstances de l'affaire, il nous semble que l'on peut utilement utiliser, comme point de départ, les intérêts sous-tendant les droits en présence. Y invite d'ailleurs, croyons-nous, le principe même du test de proportionnalité énoncé par l'article 10.2 de la Convention, dont la balance des intérêts n'est que la mise en œuvre.

34. V.-L. Benabou, « Quand le contrôle de proportionnalité des droits dégénère en contrôle de nécessité des œuvres », commentaire de l'arrêt rapporté, *Dalloz IP/IT* 2018, p. 300.

En effet, il s'agit de déterminer si la restriction apportée par l'un des droits, en l'occurrence le droit d'auteur, à l'exercice de l'autre, en l'occurrence la liberté d'expression, est proportionnée au but légitime qu'a suivi le législateur en instaurant le premier. Dès lors, il paraît pertinent d'identifier le but en question, à l'aune duquel il conviendra ensuite de mesurer l'effet de l'application du droit d'auteur dans les circonstances de la cause. Cet effet (nécessité d'une autorisation, mais aussi, potentiellement, mesure d'interdiction, voire de destruction) est-il proportionné à ce but, au regard de l'intérêt opposé, protégé par la liberté d'expression ? Ou bien, au contraire, l'intérêt protégé par la liberté d'expression justifie-t-il, dans les circonstances de l'espèce, que les effets du droit d'auteur soient restreints, car ils apparaîtraient comme non nécessaires à la poursuite de son but légitime ?

L'on voit que les intérêts en présence, qu'il s'agit de peser et départager, ne sont pas les intérêts personnels et subjectifs de chaque partie, mais ceux qui sont protégés par les droits fondamentaux en conflit. De là naît l'idée de recourir à des notions utilisées notamment par la Cour de Justice de l'Union européenne (à l'époque CJCE) en d'autres circonstances³⁵, à savoir « l'objet spécifique » ou « la substance même » des droits en présence, la seconde notion ayant été utilisée par la Cour de Justice postérieurement à la première, mais les deux ayant la même fonction. En d'autres termes, il s'agirait de déterminer « la substance même » respectivement du droit d'auteur et de la liberté d'expression, pour en déduire des critères permettant, au regard des circonstances de chaque espèce, d'arbitrer en eux.

Dans cette perspective, on peut sans doute s'accorder sur l'idée que la substance même du droit d'auteur est, à s'en tenir à l'essentiel, (i) de permettre à chaque créateur d'obtenir une rémunération en contrepartie de l'autorisation d'exploiter ses œuvres, (ii) de faire respecter son droit moral. La liberté d'expression, quant à elle, vise, dans son essence, à garantir la libre circulation des idées et des informations et ainsi la liberté de penser et d'opinion³⁶.

De ces deux constats, on peut esquisser deux critères combinés qui pourraient servir dans l'appréciation du test de proportion-

35. Pour élaborer la construction, désormais codifiée, de l'épuisement du droit de distribution. Il est néanmoins intéressant de relever qu'il s'agissait aussi, quoi que dans un autre ordre juridique et un contexte différent, de concilier les droits de propriété intellectuelle avec une liberté, celle de circulation des marchandises, et quoiqu'implicitement, de concilier également droit de propriété intellectuelle et droit de propriété corporelle sur le support matériel associé à l'objet du droit de propriété intellectuelle (support matériel d'une œuvre ou incorporant une invention protégée, ou revêtu d'une marque protégée, etc.).

36. Où l'on voit que distinguer clairement la liberté de création et la liberté d'expression n'est pas indifférent : car si la conception large que se fait la CEDH de la liberté d'expression permet d'y inclure la liberté de création, il nous semble que l'intérêt spécifique que protège cette dernière, s'il est sans doute inclus dans les idées générales qui viennent d'être exprimées, est sans doute plus précis et restreint. Il s'agit moins d'une liberté au service de l'intérêt général (garantir une société démocratique), qu'une liberté individuelle (le créateur ne doit pas être soumis à la censure). Certes, ces intérêts s'enchevêtrent ou se superposent et ces distinctions sont ténues. Il reste que, dans la confrontation avec le droit d'auteur, elles justifient peut-être d'introduire des nuances dans l'appréciation. Ainsi, nous pensons que les critères du débat politique et du débat d'intérêt général, dont on sait qu'ils sont utilisés par la CEDH pour limiter la large marge d'appréciation qu'elle reconnaît par principe aux Etats, ont sans doute du sens lorsqu'est invoquée la liberté d'expression *stricto sensu*, moins lorsqu'est en jeu la liberté de création, car ils ont été forgés dans des affaires relatives au droit de la presse, où était en jeu la liberté d'expression dans sa composante liberté d'information.

nalité. Schématiquement, il s'agirait d'identifier, dans chaque litige, si l'œuvre dont la protection est revendiquée au titre du droit d'auteur est utilisée en tant que telle, au premier degré pourrait-on dire, pour la forme qu'elle constitue, ou bien au contraire si elle est utilisée, au second degré, pour l'information ou les idées qu'elle véhicule, voire le symbole qu'elle représente, afin d'illustrer un propos, nourrir un débat, etc.³⁷

Dans le premier cas, l'utilisation relèverait *a priori* de la substance même du droit d'auteur, et alors la restriction apportée par le jeu de ce dernier à la liberté d'expression serait proportionnée à son but légitime³⁸. Dans le second cas, l'utilisation, relevant de la substance même de la liberté d'ex-

pression, pourrait échapper au droit d'auteur (car faire prévaloir ce dernier n'apparaîtrait pas nécessaire au regard de la substance du droit d'auteur, alors que cela menacerait la substance de la liberté d'expression).

Concrètement, dans l'affaire rapportée, il fait peu de doute, à notre sens, que les photographies de M. Malka, nonobstant le but allégué de critique sociale invoqué par M. Kalsen, étaient utilisées au sein des tableaux de ce dernier avant tout à raison de leurs caractéristiques plastiques, puisqu'elles composaient une part substantielle de chaque œuvre graphique finale, sans qu'aucun élément perceptible dans les œuvres de Klasen elles-mêmes suggère manifestement un autre niveau de lecture. Autrement dit, elles étaient utilisées d'abord et avant tout en tant que formes, et le spectateur, avant de s'interroger, éventuellement, sur la critique de la société de consommation véhiculée par les œuvres de Klasen selon ce dernier, ce qu'il ne pouvait faire, à notre sens, qu'à l'aide d'un appareil critique extérieur aux œuvres en cause, contemple des œuvres graphiques composées notamment de photographies préexistantes. Or, il nous semble qu'en telles circonstances, il est légitime de privilégier le jeu du droit d'auteur, car il relève de sa substance même de subordonner la création d'une œuvre dérivée à l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première. Sauf à nier le droit d'adaptation, pourtant rattaché classiquement au droit de reproduction, qui constitue l'une des deux prérogatives patrimoniales essentielles du droit d'auteur. C'est pourquoi, à notre sens, mais pour de toutes autres raisons que celles qu'elle a retenues, la cour d'appel a, à juste titre, dans l'affaire rapportée, fait prévaloir le droit d'auteur du photographe sur la liberté de création du peintre.

À l'inverse, dans des circonstances telles que celles de l'affaire *Utrillo*, les œuvres étaient, nous semble-t-il, reproduites et représentées non pour elles-mêmes, mais à fin d'informer le public sur l'exposition consacrée à ce peintre, et selon des modalités (fugacité ou brièveté), qui auraient justifié, selon nous, que la liberté

d'expression prévale sur le droit d'auteur, le cas échéant d'ailleurs par le biais d'une interprétation assouplie de l'exception de courte citation. Car, il faut le redire au passage, la liberté d'expression n'a pas vocation à jouer uniquement comme un correctif autonome au droit d'auteur. Au contraire, il nous semble qu'elle peut aussi, voire doit d'abord, intervenir comme facteur d'assouplissement

éventuel des exceptions existantes et de leur interprétation. En effet, le contrôle de conventionalité qu'implique l'article 10 de la Convention consiste en la vérification, par la CEDH, du respect de cette convention par le droit national tel qu'appliqué par la juridiction nationale. Dès lors, et dans la mesure où plusieurs exceptions au droit d'auteur sont sous-

tendues par la liberté d'expression, cette dernière peut être invoquée pour contester l'interprétation, qui apparaîtrait trop restrictive, de telle exception, et conduire à un assouplissement³⁹. En tout cas, telle aurait pu être, croyons-nous, la solution de l'affaire *Utrillo*, ce qui aurait dispensé le législateur d'intervenir ensuite pour créer la nouvelle exception à fin d'information d'actualité⁴⁰.

Dernier exemple, à mi-chemin des deux précédents, pour tester, peut-être, la limite ou l'insuffisance des critères envisagés : quand David Hockney insère dans un portrait de M. Henri Geldzahler des reproductions, peintes par lui à la main, en format par hypothèse réduit⁴¹, de plusieurs œuvres de ses prédécesseurs (parmi lesquels les tournesols de Van Gogh et une baigneuse de Degas), que le modèle représenté contemple au sein du tableau, bien que ces œuvres soient reproduites dans leur intégralité (mais pas toutes de face), il nous semble qu'il y a une démarche de mise en abîme perceptible à la seule contemplation de l'œuvre d'Hockney, permettant d'affirmer que les œuvres antérieures ne sont pas reproduites en tant que telles, pour tirer parti de leur forme graphique, mais pour leur place dans l'histoire de l'art, en un hommage évident.

Et que, par suite, à admettre ces œuvres encore protégées, ou qu'il soit porté ainsi atteinte au droit moral, et que des ayants droit soient encore là pour agir, il ne serait pas illégitime, au regard de l'ensemble des circonstances précitées, d'admettre que le droit d'auteur des peintres antérieurs doive ici céder devant la liberté de création de David Hockney. Car l'application du droit d'auteur ne paraît pas indispensable, dans ces circonstances, à la préservation de sa substance même, et porterait dès lors une atteinte injustifiée à la liberté de création du peintre britannique.

Mais d'aucuns contesteront sans doute fermement ce point de vue. Le débat est ouvert et libre, et notre propos n'était que d'initier la réflexion sur ces critères alternatifs à celui proposé par l'arrêt rapporté, dont le lecteur aura compris qu'ils pourront aussi être complétés par d'autres, et qu'ils doivent, en tout état de cause, être utilisés à l'aune de l'ensemble des circonstances de chaque affaire.

V.V.

37. On trouve une esquisse de ces critères dans un arrêt de la Cour de cassation, dit *FIFA*, et, dans une moindre mesure, dans un arrêt de la cour d'appel de Paris, tous deux antérieurs à l'arrêt *Klasen* de 2015 ; petit paradoxe, car dans l'arrêt *FIFA* au moins, la Haute juridiction a refusé d'appliquer la balance des intérêts : Civ. 1^{re} 2 oct. 2007, *Comm. Com. Elect. janv. 2008*, comm. 2, obs. C. Caron ; Paris, 4^e ch. A, 18 mars 2003, n° 2001/16086, *Le Figaro SA c/ Editions Raoul Breton et alii.*, à propos du vers de Trenet, « le soleil a rendez-vous avec la lune ».

38. Sauf à ce que les mesures adoptées en application du droit d'auteur apparaissent excessives : mesures d'interdiction et/ou de destruction par exemple, au regard de l'œuvre considérée, des exploitations litigieuses, etc.

39. Ce ne serait donc que dans les hypothèses où le jeu d'aucune exception, le cas échéant corrigé au moyen de l'article 10, ne permettrait de justifier la prévalence de la liberté d'expression, que ce texte pourrait jouer comme un correctif autonome ; c'est dire que ce correctif ne devrait être admis que dans des hypothèses marginales.

40. Sur laquelle, v. notre article, « Droit d'auteur : la nouvelle exception à l'information », *Legipresse* déc. 2006, II, 145.

41. On aura compris que ces éléments influent, à notre sens, sur l'appréciation.

Avis « Protection de la vie privée à l'ère numérique » de la CNCDH

Extraits de l'avis du 22 mai 2018 de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur la protection de la vie privée à l'ère du numérique*.

Alors que le Règlement général sur la protection des données (RGPD) est entré en vigueur le 25 mai 2018, la CNCDH alerte sur la nécessité de préserver le droit à la vie privée face aux mutations engendrées par les usages numériques. Tandis que les frontières qui séparent vie privée et vie publique deviennent de plus en plus poreuses, la Commission appelle les pouvoirs publics à relever le défi du « *privacy paradox* » engendré par le développement des réseaux sociaux et du « *big data* ».

Sil n'existe pas de définition formelle de la vie privée¹, le nombre d'instruments internationaux y faisant référence et l'abondance de la jurisprudence la concernant suffisent à l'élever au rang de droit fondamental. Le droit à la vie privée est notamment énoncé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 12), dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 17), et dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 8). Il est également garanti par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Cette absence de contours stricts laisse une marge d'appréciation aux États pour en garantir la protection. En France, le droit au respect de la vie privée figure à l'article 9 du Code civil². Le droit au respect de la vie privée est absent des Constitutions de 1946 et de 1958, mais le Conseil constitutionnel lui reconnaît une valeur constitutionnelle, et ce, sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³; le Conseil constitutionnel fait par ailleurs de la vie privée une composante de la liberté individuelle⁴.

3. La notion de vie privée englobe à la fois la notion d'intimité et celle d'autonomie de la personne. Dans une perspective classique, la vie privée correspond à la « *sphère secrète de la vie d'où [l'individu] aura le pouvoir d'écarter les tiers* »⁵. Il s'agit d'abord de permettre à l'individu de s'opposer à toute intrusion non consentie dans sa sphère intime. Le droit au respect de la vie privée est donc un « *droit de se masquer* » qui vaut pour tout individu⁶, dans toutes les sphères de la vie sociale, y compris

dans les relations de travail. La protection de l'intimité de la personne porte à la fois sur l'ensemble des éléments matériels (son patrimoine, son domicile, ses correspondances) et immatériels de la vie d'une personne (son image, son corps, sa vie amoureuse et spirituelle). Le droit au respect de l'intimité, pour fondamental qu'il soit, n'est pas cependant pas absolu. Ainsi, si les immixtions dans la vie privée d'autrui sont, en principe, illicites⁷, il peut exister des ingérences étatiques légitimes, par exemple pour la protection de la liberté d'expression ou la lutte contre la criminalité⁸. Il convient alors de trouver un juste équilibre entre les différents intérêts fondamentaux en présence.

4. Plus récemment, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de vie privée a évolué, pour englober la sphère au sein de laquelle toute personne peut librement se construire et s'épanouir dans ses relations avec autrui et le monde extérieur. Le droit au respect de la vie privée est donc également un « *droit de se découvrir* », que garantit le respect de l'identité de la personne. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme fait de la vie privée « *une notion large qui englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur* »⁹. Bien plus, la Cour estime que la protection de la vie privée implique également la reconnaissance au profit de chaque individu d'une « *capacité à être soi-même* » : « *Sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* »¹⁰. Cette conception étendue de la vie privée, entendue comme une

* Le rapport a été publié au *Journal officiel* du 3 juin 2018. Il est disponible dans son intégralité sur le site de la CNCDH.

1. Le juge de la CEDH se serait gardé de la définir en termes stricts, précisément afin de tenir compte des évolutions sociales et technologiques : Ursula Kelly, *Le droit au respect de la vie privée et familiale : un guide de mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2003.

2. Code civil, article 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».

3. Conseil constitutionnel, Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, considérant 73.

4. Conseil constitutionnel, Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, considérant 3.

5. Carbonnier, J., *Droit civil*, volume 1, Paris : PUF, 2004, p. 518.

6. 1^{re} Civ. 23 octobre 1990, pourvoi n° 89-13.163, *Bulletin* 1990 n° 222 : « Toute personne, quels que soient son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée ».

7. 1^{re} Civ. 6 mars 1996, pourvoi n° 94-11.273, *Bulletin* 1996 I n° 124.

8. Telles que la publication d'informations personnelles de personnalités politiques, susceptibles de jouer un rôle dans la formation de l'opinion publique.

9. CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002.

10. CEDH, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, Grande chambre, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95.

protection de l'autonomie de la personne et de son droit à l'autodétermination, a des répercussions en termes d'indisponibilité de l'Etat-civil des personnes (nom, sexe) et de protection des relations affectives (familiales, amoureuses et sexuelles).

5. Le droit au respect de la vie privée comporte donc deux composantes : un droit "interne" de préserver sa sphère d'intimité des intrusions extérieures, et un droit « externe » de déployer librement sa personnalité dans la vie sociale, notamment en communiquant ses informations personnelles selon sa convenance. L'extension croissante des domaines de la vie connectés soulève évidemment de nombreuses questions en matière de protection de la vie privée ; son régime juridique ne doit pas être moins exigeant dans la vie numérique que dans la réalité physique. En effet, compte tenu de leur maîtrise sur de nombreuses données personnelles numériques, les grands groupes internationaux, notamment les GAFAM¹¹, ont désormais une emprise considérable sur nos vies privées, dont les États et les sociétés civiles ne peuvent se désintéresser¹².

[...]

II - LES ENJEUX DE LA RECONFIGURATION DE LA VIE PRIVÉE PAR LE NUMÉRIQUE

31. Sans protection juridique supplémentaire, le traitement massif des données par les acteurs de l'économie numérique est susceptible de compromettre le respect de la vie privée, d'autant que « *quantitativement et qualitativement, jamais aucun média n'avait été en capacité de disposer d'autant de données privées et intimes sur autant de personnes en temps réel et à flux constant* »¹³. Il convient donc de garantir aux citoyens une protection suffisante, notamment dans le cadre de la circulation des données et de leur commercialisation ; les données personnelles ne sont pas entièrement « disponibles », c'est-à-dire « dans le commerce », et ne relèvent pas d'une totale liberté contractuelle : elles sont soumises à des principes et droits fondamentaux, dont le droit au respect de la vie privée¹⁴. La protection des données personnelles résulte d'un lien de droit puissant qui est établi entre la personne et ses données personnelles. Le droit d'une personne sur ses données n'est pas un droit sur une chose (droit réel) mais un droit inhérent à la personne et protégeant sa personnalité (droit de la personnalité). Son exercice est fondé sur le consentement libre, éclairé et spécifique de son titulaire. La question se pose toutefois de savoir s'il n'existe pas des situations dans lesquelles il est légitime et licite de contraindre une personne à verser ses données à un tiers public ou même privé. Ainsi, selon le RGPD, si les données traitées peuvent avoir une « *finalité d'intérêt public* », y compris lorsqu'elles sont sensibles, elles peuvent bénéficier de certaines exceptions, notamment en ce qui concerne l'exigence de consentement. Cette articulation entre l'exigence centrale d'un consentement pour la com-

munication et l'usage de ses données personnelles et l'existence d'obligations légales de transmission des données est au cœur de la protection de la vie privée numérique.

A. Droit de la personnalité et protection de l'autonomie de la personne

1. Non patrimonialisation des données personnelles

32. Pour lutter contre les formes nouvelles d'exploitation des données personnelles, certains avancent que la solution la plus efficace consisterait à instaurer un droit de propriété sur les données personnelles au profit des individus, afin de leur permettre de mieux les contrôler et éventuellement de les monétiser pour organiser un retour de la valeur vers ceux qui en sont la source. L'idée, *a priori* séduisante, serait de faire de chaque individu le véritable maître de son identité numérique. Chacun pourrait gérer ses données en les louant, prêtant, récupérant, etc. Toutefois, l'application du concept de propriété est contestable philosophiquement et juridiquement, et n'apporte pas de réponses adéquates.

33. Dans le but d'obtenir un niveau de protection élevé le législateur français a, dans la loi Informatique et liberté de 1978, placé le droit de la protection des données personnelles dans la catégorie des droits dits extrapatrimoniaux. En effet, dans la conception française, et même dans la conception européenne, les informations relatives aux personnes relèvent des droits de la personnalité, c'est-à-dire des droits inhérents à la personne humaine. Ce droit est tellement consubstantiel à la personne que celle-ci ne peut pas choisir d'en disposer totalement librement. Ces droits extrapatrimoniaux formant le prolongement de la personne elle-même, ils ne relèvent pas de la qualification de bien et sont, par principe, hors du commerce. Ces droits sont incessibles, imprescriptibles et perpétuels. Ainsi le Conseil d'État rappelle-t-il qu'« *en l'État du droit, il n'existe pas de droit de propriété de l'individu sur ses données personnelles. [...] la protection des données personnelles, telle qu'elle est conçue par la loi du 6 janvier 1978, la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe ou la directive n° 95/46/CE, ne repose pas sur une logique patrimoniale mais sur une logique de droits attachés à la personne [...] ; il n'existe pas de droit de propriété sur les données brutes* »¹⁵.

34. La CNCDH soutient la pleine consécration, en droit français, du droit à l'autodétermination informationnelle reconnu par le Conseil d'État. La cour constitutionnelle allemande a reconnu ce droit, dans un arrêt du 15 décembre 1983¹⁶. Il permet de donner à l'individu les moyens de demeurer libre de conduire son existence, dans une société où le numérique prend une place croissante, qui l'amène à laisser, de plus en plus souvent, trace de ses données personnelles. Le Conseil d'État précise également qu'« *alors que le droit à la protection des données peut être perçu comme un concept défensif, le droit à l'autodétermination lui donne un contenu positif : il ne s'agit plus seulement de protéger le droit au respect de la vie privée, mais d'affirmer la primauté de la personne qui doit être en mesure d'exercer sa liber-*

11. Ce sigle désigne les cinq grandes firmes américaines qui dominent le marché du numérique : Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft.

12. Audition de Côme Berbain, conseiller au Secrétariat d'Etat au numérique, le 22 décembre 2017.

13. Olivier Ertzscheid, « Le scandale Facebook pose avant tout une question politique », *Libération*, 23 mars 2018.

14. Auditions de Marylou le Roy et Yann Bonnet, équipe permanente du Conseil national du numérique.

15. *Ibid.*, p. 264.

16. Que la CEDH a abondamment cité dans sa propre jurisprudence.

té (...) En ce sens, le droit à l'autodétermination répond davantage à l'aspiration croissante des individus à l'autonomie de la décision »¹⁷. Cette aspiration au contrôle de ses données, que l'idée de leur patrimonialisation essaye de saisir, s'avère tout à fait garantie mais avec une plus grande souplesse par la notion d'autonomie informationnelle et personnelle. La portée exacte du principe d'autonomie est consacrée par la loi du 7 octobre 2016 : « toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données personnelles la concernant » (article 54). Le droit à l'autodétermination informationnelle fait pleinement partie des droits de la personnalité.

35. Le concept de propriété heurte également notre conception de la vie privée qui place sa protection sur le terrain de la dignité humaine. En se référant au concept de propriété, le risque de marchandisation de ses données personnelles est évident. La propriété comprend aussi le droit de céder la chose. Or, comment pourrait-on céder une donnée qui est aussi un attribut de sa personnalité ? Faut-il imaginer des droits d'exclusivité ? Mais ce régime juridique est inadapté aux enjeux d'Internet. Comment y faire valoir ses droits de propriété quand on a soi-même diffusé une donnée personnelle ? Quant aux informations relatives à sa vie publique, il ne peut être question d'un droit de propriété à moins de remettre en cause fondamentalement la liberté d'expression.

36. Ensuite, le Conseil d'État relève que deux arguments s'opposent à l'idée d'une patrimonialisation des données. D'abord, le maintien d'un déséquilibre structurel entre les individus pris isolément et les entreprises : les données des utilisateurs ne commencent à être véritablement utiles, et avoir une valeur économique pour les entreprises que lorsqu'elles sont agrégées (c'est le « big data ») : les données d'une seule personne ne valent que quelques dizaines de centimes. Les entreprises n'auraient qu'à formuler leur contrat sous forme de cession de droits d'utilisation de données, ce dont nombre de conditions générales d'utilisation se rapprochent déjà beaucoup¹⁸. Dès lors, lorsque le rapport de force entre des contractants est inégal, quelle valeur donner au consentement à contracter ?

2. Fragilité du consentement

37. Les différentes normes applicables en France en matière de protection des données personnelles (loi Informatique et Libertés, Convention n° 108 du Conseil de l'Europe, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le règlement général n° 2016/679 sur la protection des données) convergent aujourd'hui quant aux principales garanties de la protection des données personnelles : principes relatifs à la qualité des données, exigence du consentement, interdiction de la collecte de données sensibles, droits d'information, d'accès, de rectification et d'opposition, obligation de sécurité du responsable de traitement. Au cœur de ces garanties figure assurément le consentement, qui suppose que toute personne connaissant l'utilisation possible de ses données, consente effectivement à cette utilisation. Le consentement est souvent présenté comme la pierre angulaire du procédé de

traitement des données des individus : son absence ne devrait pas permettre l'utilisation des données personnelles. Récemment, la législation européenne a entendu faire du consentement le socle de la protection des données à caractère personnel : « le consentement devrait demeurer l'élément clé de l'approche de la protection des données de l'Union européenne, puisqu'il s'agit du meilleur moyen pour que les personnes puissent contrôler les activités de traitement des données, [...] il devrait être aussi simple de retirer son consentement que de le donner »¹⁹. Par ailleurs, la CNCDH considère que le refus d'autoriser le prélèvement des données formulé par la personne, ne doit pas fermer l'accès aux techniques numériques auxquelles l'individu souhaite avoir accès.

38. Si la CNCDH approuve totalement la philosophie de la législation européenne qui place le consentement au cœur du droit au respect de la vie privée numérique, elle constate que son rôle, aujourd'hui, ne doit pas être surestimé : dans la législation actuelle, en fonction de la nature de la collecte de données, il n'est une condition ni systématique ni toujours suffisante de la licéité du traitement des données. En outre, l'exigence d'un consentement, s'il ne s'inscrit pas dans un dispositif s'assurant de son caractère libre, spécifique et éclairé, n'est pas de nature à garantir à la personne une réelle maîtrise de sa vie privée et ses données personnelles. Face à l'utilisation toujours plus massive des réseaux internet et des objets connectés, les individus peinent à faire valoir leur consentement. La plupart ignorent même comment se protéger²⁰.

39. Dès lors pour certains, le recueil du consentement est une fiction, d'autant plus que les utilisateurs ne peuvent négocier les conditions d'utilisation de leurs données et que la plupart des fournisseurs de services de la société numérique - auquel il est très difficile de ne pas avoir recours - appliquent quasiment tous les mêmes procédés. Il n'existe pas alors de réelle liberté de choix. Seule marge de liberté qui tend à se développer, le choix entre une version gratuite du service, en échange de l'utilisation des données personnelles, et une version payante (souvent de qualité supérieure) sans intrusion supposée dans la vie privée. Cette liberté induit néanmoins une inégalité entre les utilisateurs en fonction de leurs moyens financiers.

40. Il apparaît par ailleurs que dans le monde numérique, le recueil du consentement n'implique la personne que de manière formelle, sans réellement lui donner les moyens de comprendre l'utilisation de ses données ou d'agir sur celle-ci. On peut alors se demander si le principe du consentement informé est réellement adapté à un modèle dans lequel la plus grande part de la collecte des données se fait de manière automatisée.

19. Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Projet de rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), 16 janvier 2013.

20. Ainsi, 90 % des Français se disent préoccupés pour leurs données mises en lignes (Sondage CSA, « Les Français et la protection de leur données personnelles », septembre 2017), mais ils sont 89 % à affirmer ne pas lire ou lire partiellement les informations relatives aux politiques de confidentialité. Parmi eux, 80 % les considèrent comme trop longues, 54 % non modulables, et 42 % peu claires (Julie Lallouët-Geoffroy, « Ruses numériques : nos vies privées menacées par des Etats paranoïaques et les géants du Web », Chronique d'Amnesty International, n° 376, mars 2018).

17. Etude annuelle du Conseil d'Etat, « Le numérique et les droits fondamentaux », 2014, p.267-268.

18. *Ibid.*

41. En tout état de cause, la CNCDH regrette les termes du débat parlementaire relatifs au consentement. Elle s'inquiète notamment qu'il n'ait pas été question de préciser ce qui constituait un consentement « *valide* » : la définition du RGPD, selon laquelle donner son consentement consiste à « *manifestar son accord de façon libre, spécifique, éclairée et univoque* » (considérant 32), ne semble pas opérationnelle tant que chaque terme de cette formule n'est pas circonstancié. « *Cela ressemble à un vœu pieux tant il est difficile d'imaginer les entreprises scier la branche sur laquelle elles sont assises en demandant à leurs internautes de cocher la case : 'oui, j'accepte que mes données soient collectées et exploitées à des fins commerciales.' (D'ailleurs), l'internaute lui-même a du mal à prendre la mesure du problème* »²¹.

42. Rappelons que l'article 4-11 du RGPD reprend la définition qui fait du consentement la « *manifestation de la volonté* ». Comme le rappelait la CNCDH en 2015²², la volonté doit être comprise comme le résultat d'une délibération en le for intérieur, le consentement étant la formulation publique des conclusions de cette délibération. Or, sur l'Internet, cette délibération interne est particulièrement difficile à informer, compte tenu des ramifications infinies de la toile. Comment, dans ces conditions, fixer dans le droit des critères d'accessibilité et de clarté propres à protéger l'utilisateur ? Il faudrait commencer par établir une typologie des utilisateurs en fonction de leur capacité à exprimer un consentement éclairé sur la toile. Il convient de ne pas oublier qu'en fonction de l'âge, des caractéristiques cognitives, voire de la condition sociale, l'agilité numérique varie, si bien que les notions « *d'accessibilité* » et de « *clarté des termes* » doivent être adaptées. En la matière, la CNCDH se montre préoccupée par la vulnérabilité spécifique des enfants : dans le RDGP, la référence aux enfants est ainsi insuffisante et relève d'une vision stéréotypée de la capacité. Pour sa part, la CNCDH estime que, compte tenu de l'importante intrusion dans la vie privée que peut constituer la collecte des données à caractère personnel sur l'Internet, il est raisonnable de fixer à 15 ans l'âge à partir duquel un mineur peut « *consentir seul à un traitement de données à caractère personnel* »²³, et ainsi s'inscrire sur une plateforme numérique ou un réseau social. Les dispositions prévues par le projet de loi relatif à la protection des données personnelles, amendé par l'Assemblée nationale²⁴, lui semblent à ce titre répondre à un équilibre entre protection des mineurs et émancipation numérique des jeunes.

21. Amnesty International, « Gaffe aux Gafa », Julie Lallouët-Geffroy 27 mars 2018.

22. CNCDH, Avis sur le consentement des personnes vulnérables, 16 avril 2015.

23. Article 14 A du Projet de loi relatif à la protection des données personnelles, n° 490, déposé le 13 décembre 2017 (voir ci-dessous).

24. Projet de loi relatif à la protection des données personnelles, n° 490, déposé le 13 décembre 2017, Article 14 A :

La section 1 du chapitre II de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée est complétée par un article 7-1 ainsi rédigé : « Art. 7-1. - En application du 1 de l'article 8 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 précité, un mineur peut consentir seul à un traitement de données à caractère personnel en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information à compter de l'âge de quinze ans. » Lorsque le mineur est âgé de moins de quinze ans, le traitement n'est licite que si le consentement est donné conjointement par le mineur concerné et le ou les titulaires de l'autorité parentale à l'égard de ce mineur. » Le responsable de traitement rédige en des termes clairs et simples, aisément compréhensibles par le mineur, les informations et communications relatives au traitement qui le concerne. »

43. Pour autant, le principe selon lequel les données personnelles ne peuvent être traitées qu'avec le consentement de la personne (sauf autre fondement légitime expressément prévu par la loi) touche au sens même de la protection de la vie privée et doit être maintenu, dans la mesure où cette obligation tend à reconnaître la liberté de la personne en matière d'utilisation de ses données personnelles. Aucune des approches qui nieraient cette liberté en lui préférant la liberté de réutilisation des données personnelles indépendamment de la volonté de l'individu, ou encore qui affirmeraient à l'excès la nécessité d'une intervention tutélaire de la puissance publique, postulant que l'individu dans le monde du « *big data* » serait incapable de veiller à ses données, ne saurait être suivie. Ne pourrait-on pas substituer à ces approches et dans le cadre du droit à l'autodétermination informationnelle, une démarche dite d'« *empowerment* » des individus, en développant leur capacité à appréhender l'utilisation de leurs données personnelles et à la paramétrer par des outils adaptés ?

44. Il s'agirait alors d'utiliser les technologies pour renforcer la capacité des personnes à contrôler l'utilisation de leurs données. Si les technologies numériques conduisent à une dissémination toujours plus importante des données personnelles, elles peuvent aussi être utilisées pour protéger la vie privée (Privacy Enhancing Technologies) afin de rendre les données moins accessibles à des tiers (moyens de cryptage, réseaux privés virtuels...), ou pour renforcer la maîtrise de l'individu sur l'utilisation de ses données personnelles par des tiers (bloqueurs de « *cookies* », solution de gestion des données personnelles, plateformes d'accès à l'ensemble des données personnelles détenues par un ensemble de partenaires...).

3. Maîtrise des données transmises : conservation des données, droit à l'oubli, droit à la portabilité

45. Le droit de l'Union européenne, à travers le RGPD mais également la jurisprudence de la Cour de justice, renforce la maîtrise des individus sur leurs données personnelles en ligne. Ainsi, dans l'arrêt Google c/Spain, le juge européen a consacré le droit au déréférencement. Outre la question du champ d'application territorial des législations nationales relatives à la protection des données personnelles, cet arrêt est de première importance : il définit pour la première fois les responsabilités en matière de protection des données personnelles d'une catégorie d'acteurs numériques, les moteurs de recherche.

46. Autre possibilité offerte pour la maîtrise des données transmises, le droit à la portabilité, dont la CNCDH souhaite qu'il puisse s'appliquer sans restriction. Le RGPD semble l'avoir conditionné de manière excessive, et subordonné à des intérêts d'ordre économique²⁵. En effet, le droit à la portabilité tel qu'il est défini à l'article 20 du RGPD ne s'applique pas aux données personnelles traitées sur une autre base légale que celle du consentement ou de l'exécution d'un contrat²⁶. Or, le caractère fragile du consentement et les limites de la liberté contractuelle²⁷ sont

25. Audition de Benjamin Bayart, le 23 janvier 2018.

26. <https://www.cnil.fr/en/node/23625>.

27. (Voir paragraphes sur les limites de la liberté contractuelle).

susceptibles d'en limiter la portée. De plus, les établissements financiers ont toute latitude pour prélever les données personnelles traitées dans le cadre de leur activité de lutte contre le blanchiment. La CNCDH plaide au contraire pour une application intégrale du droit à la portabilité, c'est-à-dire la possibilité pour un usager de demander au responsable de traitement le retrait de l'ensemble des données, personnelles ou non personnelles (la frontière entre les deux se révélant de plus en plus ténue), et leur réutilisation, à son initiative. Cette compréhension exhaustive du droit à la portabilité a été envisagée par la loi pour une République numérique, bien que celle-ci en ait retardé l'application²⁸. Pourtant, la CNCDH estime cette orientation plus protectrice et rejoint entièrement, sur ce point, les observations du rapporteur de la Commission des lois au Sénat, M. Christophe-André Frassadu : « *il s'agit moins d'anticiper le droit à la portabilité des données personnelles prévu par le futur règlement européen que d'assurer la régulation d'un secteur économique au bénéfice du consommateur et de la concurrence. [La portabilité des données non personnelles] est une chance de briser le quasi-monopole des grands opérateurs sur la concentration des données des utilisateurs des services en ligne, en permettant à des entreprises innovantes de proposer à ces derniers des services plus adaptés, exploitant directement la masse des données transférées* ». Cette déclaration est d'autant plus pertinente après les révélations du PDG de Facebook sur le laxisme dont l'entreprise a fait preuve dans la protection des données de certains de ses usagers²⁹. Compte tenu des observations faites précédemment sur la perméabilisation croissante de la frontière entre vie privée et vie publique, la CNCDH déplore que cette orientation n'ait pas été retenue par l'Assemblée nationale³⁰.

B. Diversité et pluralité des intérêts légitimes à protéger sur la toile

1. Impératifs de lutte contre la criminalité

47. La vie privée peut légitimement connaître certaines restrictions, voire certaines ingérences de la part des États, notamment lorsqu'elles sont effectuées dans le cadre de missions d'intérêt public comme la lutte contre la criminalité³¹. Ceux-ci peuvent notamment mettre en place, dans le cadre de procédures administratives et pénales, des dispositifs pour recueillir des données, indépendamment de tout consentement. Dans ce cadre, le recueil des données doit être légitime, légal, nécessaire et proportionné conformément au standard du droit européen des droits de l'homme, ce qui pose notamment la question de la manière dont les opérateurs privés conservent les données pour les autorités judiciaires et administratives, et notamment la durée légale de leur conservation.

28. Bien que promulguée en octobre 2016, la loi laisse en suspens la question du droit à la portabilité afin de mettre en conformité cette conception avec celle du règlement européen dont l'entrée en vigueur est prévue pour mai 2018.

29. A la suite de l'affaire Cambridge Analytica, Marc Zuckerberg a reconnu que la quasi-totalité de ses 2 milliards d'utilisateurs était de fait exposée au vol de leurs données.

30. En mars 2018, l'Assemblée nationale a ainsi décidé d'abroger l'article 48 de la loi Numérique - applicable à partir du 25 mai 2018, comme le prévoit le RGPD.

31. Voir paragraphes 29 et 34.

48. Le droit de l'Union européenne, dans l'arrêt *Télé 2 Sverige AB* rendu par la Cour de justice, limite le pouvoir des États d'exiger des opérateurs qu'ils conservent les métadonnées de leurs utilisateurs en vue d'être exploitées par les autorités publiques. Les États européens se sont logiquement montrés hostiles à cette décision et les législations relatives à la conservation des données qui limitent leurs capacités d'investigations. Certains magistrats plaident pour leur maintien³², en ce qu'elles permettraient une lutte plus efficace contre la criminalité et le terrorisme. Si l'étude des métadonnées s'avère efficace pour lutter contre le terrorisme, elle peut également être utilisée pour des infractions de moindre intensité, même pour celles qui ne sont pas de l'ordre de la criminalité ou du terrorisme : toutes celles commises au moyen des télécommunications. Il est vrai que les métadonnées permettent d'éprouver de manière objective les allégations et les alibis sans porter atteinte au secret des correspondances et sans recourir à l'aveu. Mais l'accès aux données personnelles par le juge, ainsi que leur conservation systématique, peuvent constituer une menace pour la vie privée. Ainsi, quand il s'agit d'estimer le caractère proportionné ou non de la collecte généralisée de métadonnées, il faut concilier le droit au respect de la vie privée avec les objectifs de sécurité, ce qui suppose un accès aux données numériques conservées par les opérateurs.

49. La CJUE, dans l'arrêt précité *Télé 2 Sverige AB*, n'a toutefois pas retenu cet argument, au motif que le recueil et la conservation généralisée des données menaçaient de créer une société de surveillance généralisée et de porter atteinte à la vie privée. Saisie de deux affaires portant sur l'obligation générale imposée, en Suède et au Royaume-Uni, aux fournisseurs de services de communications électroniques de conserver les données relatives à ces communications, la Cour de Luxembourg a restreint l'accès aux données³³ aux seules fins de criminalité grave, excluant par conséquent le champ délictuel³⁴. L'arrêt *Télé 2 Sverige AB* précise également qu'il ne peut être autorisé que pour les personnes soupçonnées de projeter, commettre ou avoir commis une infraction grave ou d'être impliquées, d'une manière ou d'une autre, dans la réalisation d'une telle infraction. Il n'est possible que lorsque « *les intérêts vitaux de la sécurité nationale, de la défense ou de la sécurité publique sont menacés par des activités de terrorisme et que l'accès aux données d'autres personnes permette de faire face à la menace* »³⁵. Outre ces conditions exceptionnelles, la Cour de Luxembourg précise que l'accès aux données dans le cadre d'une procédure pénale doit faire l'objet d'un contrôle a priori, soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante. Dans le même arrêt, dès lors que le recoupement des données « *est susceptible de permettre de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée* »³⁶, la CJUE soumet également leur conser-

32. Audition de Mme Charlotte Huet, représentant la Direction des affaires criminelles et des grâces, le 13 février 2018.

33. En particulier les données relatives au trafic et les données de localisation des abonnés à un fournisseur d'accès.

34. C'est tout le sens de l'arrêt *Télé 2 Sverige AB*. Dans cet arrêt, la Cour de Luxembourg tirant les conclusions de la directive de 2002 sur la protection des données et de la jurisprudence Digital Rights, condamne la collecte généralisée des données personnelles, au nom du respect de la vie privée.

35. Jean-Philippe Foegle, « L'Etat de surveillance au régime sec : la CJUE renforce la prohibition de la surveillance de masse », *Revue des Droits de l'Homme*, 2017, p.27.

36. CJUE, *Télé 2 Sverige AB*, Paragraphe 99, 21 décembre 2016.

vation à la seule finalité de lutte contre la criminalité grave (paragraphe 100). Ainsi s'impose le principe de proportionnalité, en vertu duquel les dérogations à la protection des données doivent être uniquement admises dans des cas de force majeure menaçant directement la sécurité des citoyens. Ce principe est clairement exprimé par le juge européen qui précise que, même si les circonstances s'y prêtent, « la conservation des données n'en doit pas moins toujours répondre à des critères objectifs, établissant un rapport entre les données à conserver et l'objectif poursuivi » (paragraphe 110). À ce titre, et conformément à cet arrêt, la CNCDH considère que l'argument qui consisterait à légitimer la conservation préventive de l'ensemble des données d'une population à des fins sécuritaires, est disproportionné eu égard au droit qu'a chaque individu au respect de sa vie privée, à la libre expression et à la possibilité de vivre sans qu'un enregistrement de ses moindres faits et gestes entretienne en lui l'inquiétude d'une surveillance constante. Dans la continuité de la CJUE, la CNCDH appelle à baisser la durée légale pendant laquelle les responsables de traitement ont pour obligation de conserver toutes les métadonnées des utilisateurs. Considérant en effet la conservation généralisée des métadonnées comme procédant d'une forme de surveillance de masse incompatible avec l'idéal démocratique, et tenant compte d'autre part des besoins d'efficacité de la justice, la CNCDH plaide pour une possibilité de captation et de rétention des données personnelles circonscrite et limitée dans le temps, sous contrôle d'une Autorité Administrative Indépendante.

2. Liberté d'expression et accès à l'information

50. Les réseaux sociaux permettent une démultiplication des possibilités de s'exprimer et de s'informer. La circulation des données, et notamment des données personnelles, participe de ce développement de la société de la connaissance. Sous cet angle de partage du savoir, la CNCDH n'est donc pas favorable à un régime juridique qui restreindrait et compartimenterait systématiquement les données personnelles au détriment de la circulation d'information d'intérêt public de nature politique, économique, sociale, culturelle ou judiciaire.

51. L'émergence d'un nouveau droit à l'oubli numérique, qui peut être considéré comme une composante du droit à l'autodétermination informationnelle, est ainsi susceptible de porter atteinte à la liberté d'information et d'expression. Ce droit à l'oubli, consacré dans le droit de l'Union, notamment par l'arrêt Google Spain du 13 mai 2014³⁷, permet à une personne de demander que, dans le fonctionnement d'un moteur de recherche, des liens vers des pages web puissent être supprimés d'une telle liste de résultats au motif qu'elle souhaiterait que les informations y figurant et la concernant soient « oubliées » après un certain temps³⁸. Ce droit au « déréférencement » permet donc, à certaines conditions, de supprimer certains résultats de recherche associés à une personne, mais il ne permet pas l'effacement de l'information sur le site internet source. Pour la Cour,

37. CJUE, Grande Chambre, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos et Mario Costeja González*, Aff. C-131/12.

38. CJUE, Grande Chambre, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos et Mario Costeja González*, Aff. C-131/12.

il convient de rechercher un équilibre entre le droit de la personne sur ses données et le droit du public d'avoir accès à ses données. Cet équilibre met en balance la nature de l'information en question et sa sensibilité pour la vie privée de la personne concernée ainsi que l'intérêt du public à recevoir cette information, lequel peut varier, notamment, en fonction de la nature générale de l'information et du rôle joué par cette personne dans la vie publique³⁹. En démocratie, le citoyen peut avoir un intérêt légitime à avoir connaissance d'une donnée personnelle relevant du droit au respect la vie privée. La CNCDH approuve le point d'équilibre fixé par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁰ entre liberté d'information et droit au respect de la vie privée autour de la notion de question d'intérêt public : là où aucune question de cette nature n'est en jeu, les impératifs du respect de la vie privée l'emportent⁴¹. Mais lorsqu'une question d'intérêt public est en débat, la vie privée est mise au second plan⁴².

52. La CNCDH se prononce pour un service public du numérique afin de lutter contre la fracture du numérique et permettre un égal accès.

3. Données personnelles et éducation

[...]

4. Santé

[...]

III. L'EFFECTIVITÉ DES DISPOSITIFS DE PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE PAR LE NUMÉRIQUE

A. Renforcer les garants de la protection des données

59. La protection de la vie privée à l'ère du numérique repose également sur un régime juridique exigeant applicable aux gestionnaires de données personnelles, qui doit continuellement être adapté et renforcé. Le RGPD marque le passage d'un mécanisme de formalités préalables (auprès d'une autorité de contrôle - en France, la CNIL) à un mécanisme d'autocontrôle : les gestionnaires des données sont érigés en « responsables de traitement ». Cette nouvelle approche, fondée sur la responsabilisation des acteurs des données, répond certes à la saturation des autorités de contrôle les rendant incapables de faire face à l'aug-

39. CJUE, Grande Chambre, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos et Mario Costeja González*, Aff. C-131/12.

40. C'est notamment l'objet de la jurisprudence Fuchsman contre Allemagne de 2017. Les juridictions allemandes ayant refusé de supprimer un article de presse contenant des déclarations compromettantes sur un homme d'affaires, la Cour Européenne a dû vérifier que cette décision mettait correctement en balance des intérêts en cause. En l'espèce, le droit à la vie privée du justiciable (article 8 de la convention) et le droit à la liberté d'expression (article 10 de la convention) étaient en jeu. En confirmant la décision rendue par les juridictions internes, la CEDH donne plus d'importance à la liberté d'expression, par rapport au droit à la vie privée, au nom du droit à recevoir une information d'intérêt public.

41. CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*.

42. CEDH, 18 mai 2004, *Sté Plon c/ France*.

mentation croissante des demandes d'autorisation, mais traduit aussi une nouvelle philosophie de l'action publique fondée sur l'autonomie et la responsabilité, dans le cadre d'objectifs. En optant pour ce nouveau mode de régulation, le législateur européen s'attache d'abord à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur et à faciliter le libre flux des données au sein de ce marché. Le règlement, soucieux toutefois de garantir dans le même temps le respect de la vie privée des personnes, met donc en place un mécanisme destiné à pallier l'absence d'intervention de l'autorité de protection des données en mettant les responsables de traitement à contribution. Toutefois, le garant d'une régulation respectueuse des droits fondamentaux demeurant la CNIL, il est nécessaire qu'elle dispose des moyens de jouer ce rôle.

1. Les responsables de traitement au cœur de la nouvelle approche

60. Les responsables de traitement, c'est-à-dire les personnes privées ou publiques qui déterminent les finalités et les moyens d'un traitement de données, sont placés par le RGPD en première ligne pour garantir le respect de la protection des données : en contrepartie, le règlement fait peser sur les responsables de traitement toute une série d'obligations tant opérationnelles qu'informationnelles. D'abord, ils doivent prendre en compte la protection des données dès la conception d'un service ou d'un produit et par défaut, en réalisant le cas échéant une étude d'impact. Ensuite, ils doivent documenter cette prise en compte afin de pouvoir rendre des comptes à ce sujet, le cas échéant, auprès de l'autorité de contrôle.

61. Toutefois, si une analyse d'impact pointe le risque élevé attaché à un traitement de données pour la protection de celles-ci, la CNIL devra néanmoins faire l'objet d'une consultation. À cet égard, la CNCDH s'interroge sur l'appréciation laissée aux responsables de traitement de mener une étude d'impact. Si le RGPD indique en effet quelques types de traitement les plus susceptibles de faire peser un risque sur la protection des données, et par conséquent soumis à une étude d'impact (art.35), il laisse aux autorités de contrôle le soin d'indiquer, éventuellement, soit une liste de traitement dispensés de faire l'objet d'une étude d'impact soit une liste des types de traitement soumis à une telle obligation. La CNCDH salue les efforts fournis par la CNIL pour indiquer aux responsables de traitement dans quel cas une telle analyse s'impose : selon elle, les traitements qui remplissent au moins deux des critères suivants doivent faire l'objet d'une analyse d'impact⁴³ : évaluation (y compris le profilage) ; décision automatique avec effet légal ou similaire ; surveillance systématique ; collecte de données sensibles ; collecte de données personnelles à large échelle ; croisement de données ; personnes vulnérables (patients, personnes âgées, enfants, etc.) ; usage innovant (utilisation d'une nouvelle technologie) ; exclusion du bénéfice d'un droit/contrat. Il n'en reste pas moins que les entreprises sur lesquelles pèse

l'obligation de mener une étude d'impact ne sont pas clairement identifiées à l'heure actuelle.

62. Si le responsable de traitement n'est pas le mieux placé pour apprécier l'opportunité et, surtout, la nécessité d'une étude d'impact, le RGPD prévoit pour certains responsables de traitement l'obligation de désigner un expert délégué à la protection des données. D'après l'article 37 du RGPD, cette obligation est valable pour : les autorités ou les organismes publics ; les organismes que leurs activités de base amènent à réaliser un suivi régulier et systématique des personnes à grande échelle ; les organismes que leurs activités de base amènent à traiter à grande échelle des données dites « sensibles » ou relatives à des condamnations pénales et infractions. Ce délégué, qui apportera son analyse pour l'identification et la coordination des actions à mener en matière de protection des données personnelles, se trouve donc appelé à jouer un rôle essentiel pour garantir le respect de la réglementation, tant nationale qu'europpéenne.

63. Dans la mesure où ses missions peuvent conduire le délégué à émettre des avis défavorables à certains traitements ou à certaines options envisagées par son employeur et qu'en ce sens, il se doit de pouvoir exercer ses missions de manière indépendante⁴⁴, le règlement européen précise les conditions propres à garantir cette indépendance : le responsable de traitement ne doit pas donner d'instruction au délégué ni pouvoir le relever ou encore le sanctionner pour l'exercice de ses missions⁴⁵. Mais, le règlement ne détaille pas les garanties statutaires propres à assurer l'indépendance du délégué à la protection des données. Aussi la CNCDH estime-t-elle important que le droit national comprenne un régime de protection particulier pour les délégués, à l'instar des autres statuts de salarié protégé.

2. La CNIL, clef de voûte du nouveau régime

64. L'effectivité de ce nouveau régime *a posteriori* de protection des données, implique l'existence d'une autorité de contrôle susceptible d'assurer pleinement sa mission d'encadrement et de conseil aux responsables de traitement, d'une part, et de disposer d'un pouvoir de sanction véritablement dissuasif, d'autre part.

65. Sous le régime d'encadrement antérieur au RGPD, la CNIL disposait d'un pouvoir de sanction pécuniaire relativement limité. Au point que la sanction de 150 000 euros - le montant maximum à l'époque pour un premier manquement - infligée en 2013 à Google, au motif que la formulation et la présentation des règles de confidentialité de l'entreprise ne permettaient pas à l'utilisateur « de prendre conscience des finalités réelles, et par conséquent de l'ampleur de la collecte des données le concernant »⁴⁶, paraissait dérisoire au regard des capacités financières de cette dernière. Conscient de ce déséquilibre des forces, le gouvernement avait augmenté, dans la loi du 7 octobre 2016 pour une

43. Voir le site de la CNIL : « Ce qu'il faut savoir sur l'analyse d'impact relative à la protection des données (DPIA) », 19 février 2018, disponible à : <https://www.cnil.fr/fr/ce-qui-faut-savoir-sur-lanalyse-dimpact-relative-la-protection-des-donnees-dpia>.

44. Audition de M. Pierre-Olivier Gibert, président de l'Association française des correspondants aux données personnelles, le 29 janvier 2018.

45. Art. 38, al. 3 du RGPD.

46. Délibération n° 2013-420 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X, 3 janvier 2014.

République numérique⁴⁷, le plafond des sanctions susceptibles d'être prononcées, le portant à 3 millions d'euros. Le RGPD va encore plus loin dans ce sens puisque, désormais, l'amende administrative peut s'élever à 20 millions d'euros ou, dans le cas d'une entreprise, à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent. La CNCDH approuve cette aggravation des sanctions, car elle constitue un élément essentiel pour assurer la crédibilité et l'effectivité de l'encadrement des responsables de traitement, en particulier s'agissant des grosses structures, tels que les GAFAM.

66. Les inquiétudes exprimées par les administrations compétentes à l'occasion des auditions, s'agissant de la protection des droits numériques, concernaient d'ailleurs principalement les moyens humains nécessaires à la mise en œuvre du nouveau cadre légal. Si le RGPD allège la charge des autorités de contrôle en mettant fin à la plupart des contrôles *a priori* des traitements, il laisse entrevoir un alourdissement considérable de la charge contentieuse qu'aura à traiter la CNIL, en raison de la multiplication des types de traitement et de la massification des données, combinées à la mise en place et la promotion de nouveaux droits. En outre, la CNIL sera appelée à concevoir des référentiels de certification et des codes de conduite, afin d'aider les responsables de traitement à s'approprier les dispositions du RGPD, et elle contrôlera également les organismes de certification chargés d'attester la conformité des traitements de données à ces référentiels. La CNCDH a été alertée au sujet des moyens humains insuffisants dont disposait aujourd'hui la CNIL⁴⁸. À titre de comparaison, alors que la CNIL s'appuie sur un effectif de 200 agents, l'autorité de contrôle britannique, l'Information Commissioner's Office, en compte environ 700. C'est pourquoi il est indispensable que les pouvoirs publics renforcent les moyens de l'autorité de surveillance nationale, afin qu'elle puisse disposer des ressources humaines lui permettant sa mission de contrôle dans de bonnes conditions. Il est également indispensable qu'elle-même et ses homologues européens voient leurs prérogatives renforcées pour être à même de remplir leur mission.

67. Enfin, s'agissant d'une procédure administrative de nature punitive, la CNCDH recommande la clarification et la précision du régime procédural, notamment la pleine application des garanties du procès équitable.

B. Mettre fin au quasi-monopole des GAFAM

68. L'affaire Cambridge Analytica a mis en lumière la trop grande confiance que pouvaient accorder les citoyens aux réseaux sociaux du point de vue de leur intégrité. Si le PDG de Facebook, au cours de son audition devant le Congrès américain le 10 décembre 2018, a lui-même admis « *ne pas avoir suffisamment réfléchi à la manière d'éviter les abus* », force est d'admettre que l'affaire Cambridge Analytica a mis fin à un climat de relative insouciance à propos de la capacité des réseaux sociaux à conserver pour eux les données confiées par les utilisateurs.

69. Une des questions centrales de la protection des données personnelles est en effet celle du quasi-monopole exercé par les GAFAM sur l'Internet. Le contrôle de ces géants économiques sur les données des personnes est devenu permanent, à tel point qu'il est difficile d'envisager l'internet sans eux. À ce titre, la CNCDH émet l'idée d'une plus grande souveraineté numérique de l'Union européenne, qui permettrait d'imposer des droits fondamentaux et un ordre public numérique à ces opérateurs qui se jouent des différences entre les systèmes juridiques. La fin du quasi-monopole se traduirait par une plus grande pluralité des acteurs du web et favoriserait la démocratie numérique. Pourquoi ne pas encourager le développement de l'open source via des filières technologiques d'apprentissage adaptées et par la même occasion le développement d'acteurs européens du numérique.

70. Les menaces qui pèsent aujourd'hui sur la neutralité du Net inquiètent la CNCDH. Cette neutralité doit permettre à un internaute, quelles que soient ses ressources financières, de pouvoir accéder à l'ensemble des données et des informations disponibles sur le web. Aujourd'hui, non seulement des États mais aussi des entreprises veulent mettre fin à cette neutralité (blocage de site de partage de musique, de films, d'accès à des plateformes de communication...). Il s'agit là d'une atteinte à la liberté d'expression et d'innovation⁴⁹. Dans cette entreprise de défense, la CNCDH encourage les initiatives d'organisations associatives d'éducation populaire qui militent pour la neutralité du Net. Pour autant, elle appelle également les pouvoirs publics à poursuivre la défense de cette neutralité. À ce propos, la Commission se réjouit de la déclaration du président de l'Assemblée nationale, qui, dans ses derniers vœux à la presse, propose d'inscrire dans la Constitution⁵⁰ un « *droit fondamental promouvant un accès libre, égal et universel aux réseaux numériques* » pour les citoyens. Il se fait ainsi l'écho du travail du groupe parlementaire chargé de réfléchir à la « *démocratie numérique* »⁵¹.

71. La cryptographie, dont la CNCDH constate à la fois l'importance comme application du « *Privacy by design* » et la carence dans la fabrication des objets connectés⁵², s'avère être un outil efficace pour renforcer la protection de la vie privée⁵³. Partant du principe que chaque individu souhaite toujours garder pour lui seul au moins une partie des informations en lien avec sa vie privée, l'Observatoire des libertés et du numérique⁵⁴ remarque que « *le cryptage permet de protéger des données et échanges pour les soustraire aux regards indiscrets, qu'ils soient ceux d'individus malveillants, de régimes autoritaires, etc.* »⁵⁵. À ce titre, l'Observatoire des libertés et du numérique ajoute que le cryp-

47. Article 65.

48. Audition de M. Jean Lessi, le 29 janvier 2018.

49. Benjamin Bayart, « L'Europe doit défendre la « neutralité du Net », Libération, 2017.

50. http://videos.assemblee-nationale.fr/video.5388275_5a573555cfd7f.voeux-a-la-presse-de-m-francois-de-rugy-president-de-l-assemblee-nationale-11-janvier-2018.

51. <http://www2.assemblee-nationale.fr/static/reforme-an/democratie/Rapport-1-GT6-democratie.pdf>

52. Voir le paragraphe consacré à l'émergence des objets connectés dans un contexte d'apparition croissante de failles dans les systèmes de sécurité (première partie).

53. Note de l'ANSSI n° 1085/ANSSI/DG.

54. <https://www.lececil.org/node/20509>.

55. Observatoire des libertés et du Numérique, « Chiffrement, sécurité et libertés », 2017.

tage est indispensable pour rendre ces échanges lisibles uniquement aux personnes à qui le message est adressé. Défini par lui comme « *un procédé permettant de transformer un message écrit et accessible à tous en un message codé, auquel seul ceux qui disposent du code ont accès* »⁵⁶, le codage, aussi appelé cryptage, s'avère nécessaire dans un État de droit pour garantir la vie privée face à l'intrusion des fichiers extérieurs. La CNCDH considère, en effet, que cette dimension de la protection de la vie privée ne doit pas être occultée, même si celle-ci connaît des mutations, dès lors que le principe d'efficacité dans les procédures judiciaires, régulièrement invoqué, peut favoriser les intrusions dans l'intimité des personnes. La CNCDH partage la position de l'Observatoire des libertés et du numérique sur cette question, en faveur d'un droit au cryptage sans restriction pour tous et de façon égale, « *non seulement pour conserver la confiance que les utilisateurs accordent aux services et outils numériques, mais également pour assurer le respect de la vie privée et la protection des données personnelles* »⁵⁷. Si ce droit est déjà garanti par la loi sur la confiance dans l'économie numérique de 2004, celle-ci soumet encore l'importation et l'exportation des techniques de cryptage à une autorisation de l'ANSSI⁵⁸. La levée de ces restrictions est d'autant plus nécessaire que le cryptage est déjà suffisamment fragilisé par les nombreuses possibilités dont disposent les services de police pour s'attaquer au cryptage⁵⁹.

72. La circulation et la diffusion des données personnelles sont non seulement propices à des atteintes à la vie privée, mais également à des discours de haine s'appuyant sur des éléments de vie privée. De plus en plus de discours de haine renvoient à l'intimité des personnes : leur religion, leurs convictions, leur mode de vie, leur orientation sexuelle font partie de la vie privée qui doit être protégée. Face à la violence des discours de haine sur la toile, la CNCDH ne peut donc que réitérer sa recommandation visant à initier une réflexion générale sur la définition d'un ordre public numérique, l'Internet devant demeurer un espace de liberté, respectueux des droits et libertés fondamentaux⁶⁰. La Cour européenne des droits de l'homme n'a-t-elle pas énoncé en ce sens que « *l'internet est certes un outil d'information et de communication qui se distingue particulièrement de la presse écrite, notamment quant à sa capacité à emmagasiner et diffuser l'information. Ce réseau électronique, desservant des milliards d'utilisateurs partout dans le monde, n'est pas et ne sera peut-être jamais soumis aux mêmes règles et ni au même contrôle. Assurément, les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux* »⁶¹ ? L'avènement de la socié-

té numérique n'est pas le retour à un nouvel État de nature sans contrat social ni souveraineté politique⁶². À ce propos, la CNCDH entend rappeler que, s'agissant d'activités humaines, s'exerceraient-elles sur la toile, l'État a toute liberté pour les encadrer afin de garantir pleinement le respect des droits et libertés fondamentaux⁶³. Cela est d'autant plus vrai que ces activités, virtuelles seulement en apparence, peuvent produire des conséquences bien réelles. À cela s'ajoute qu'il existe au demeurant une asymétrie des pouvoirs entre d'un côté, les usagers ou les associations, et de l'autre, les prestataires de l'Internet⁶⁴, ces derniers étant, bien souvent, des acteurs économiques extrêmement puissants.

C. Éducation au numérique et formation au droit au respect de la vie privée à tout âge

[...]

56. *Ibid.*

57. *Ibid.*

58. Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information.

59. Il ressort en effet du rapport de l'Observatoire des libertés et du numérique qu'outre les techniques de déchiffrement, les services de police ont recours au recueil systématique des métadonnées (ou « fadettes »), non soumises au chiffrement, ainsi qu'à l'enregistrement des conversations sur des cibles déterminées au moyens de sonorisations ou dispositifs tels que le « IMSI catcher », depuis la loi du 3 juin 2016. La CNCDH considère primordiale la levée des derniers conditionnements de la loi de 2004, notamment en matière de circulation des techniques de cryptage, pour enrayer la fragilisation croissant de celles-ci par les enquêteurs.

60. Voir : CNCDH, Avis sur les discours de haine, Assemblée plénière du 12 février 2015, *JORF* n° 0158 du 10 juillet 2015, texte n° 125

61. CEDH 5 mai 2011, *Comité de rédaction Pravoye Delo et Shtekel / Ukraine*, req n° 33014/05, § 63.

62. Pour plus de détails, voir B. Beude, *op. cit.*, p. 28 et s.

63. Voir Conseil d'Etat, Etude annuelle 2014, *op. cit.*, p. 133.

64. Cette notion est entendue dans le présent avis au sens de l'article 2 de la directive 2003/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur : « Aux fins de la présente directive, on entend par : (...) b) « prestataire » : toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information ».

Droit économique des médias

(1^{er} mai 2017 – 30 avril 2018)

Au cours de l'année (post-électorale) écoulée, l'économie des médias a été davantage marquée par des faits concernant la situation plutôt inquiétante de diverses entreprises éditrices de presse et du système de distribution, que d'interventions juridiques et notamment législatives et réglementaires constitutives du droit économique des médias. Le vaste mouvement de réformes en cours concernera-t-il également prochainement ce droit, bien qu'il convienne d'y intervenir avec prudence, pour tenter, par de nouvelles formes d'encadrement et d'assistance aux médias, de remédier aux situations constatées au nom des garanties de la liberté et du pluralisme de l'information ?

Comme indiqué dans les précédentes synthèses annuelles sur le « droit économique des médias »¹, la dimension économique est évidemment présente, et peut donc être évoquée, au moins par allusions, dans tous les domaines du droit des médias (statut des journalistes, droit de la responsabilité, droit d'auteur et droits voisins, droit des marques...), objets d'autres synthèses de ce type. C'est cependant sous cet angle plus spécifique de l'économie et du droit qui la régit², que sont ici principalement considérées les entreprises et les activités des médias. Comme précédemment souligné également, la dite « convergence des techniques » fait que le partage autrefois établi entre les divers moyens ou supports de communication, écrits et audiovisuels notamment, est de moins en moins justifié alors que nombre d'entre eux sont désormais « bi », « pluri » ou multimédias. Une autre de ces synthèses étant consacrée à l'audiovisuel, dont la nature et les frontières sont cependant de plus en plus incertaines, il y sera, à son égard, le plus souvent renvoyé.

L'ampleur, la diversité, la richesse et l'importance du droit (économique) des médias sont soulignées par le décret n° 2017-1077, du 24 mai 2017, relatif aux attributions du (de la) ministre de la Culture. Il pose notamment qu'il (elle) « *veille au développement des industries culturelles et créatives (...) contribue au développement des nouvelles technologies de diffusion de la création et du patrimoine culturels (...) veille au développement et à la valorisation des contenus et services culturels numériques (...) prépare et met en œuvre la politique du gouvernement dans le domaine des médias (...) veille, à ce titre, à l'indépendance et au pluralisme des médias ainsi qu'au développement et à la diffusion de la création audiovisuelle (...) participe à la définition et à la mise en œuvre de la politique du gouvernement en matière d'action extérieure de la France dans le domaine des médias (...) encourage la diffusion de programmes éducatifs et culturels par les sociétés nationales de programme et les autres entreprises de communication audiovisuelle (...) participe, en liaison avec les autres ministres intéressés, à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique du gouvernement*



Emmanuel Derieux
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

concernant les technologies, les supports et les réseaux utilisés dans le domaine de la communication (...) exerce la tutelle sur le Centre national du cinéma et de l'image animée ».

Conséquence et mise en œuvre des deux principes fondamentaux et complémentaires de liberté de communication et de droit à l'information, manifestations particulières des théories de l'« État gardarme » et de l'« État providence » ou « interventionniste », qui inspirent le droit des médias, le droit économique des médias est, tout à la fois, celui d'une économie encadrée (I) et d'une économie assistée (II). L'encadrement est en effet souvent la

condition du soutien ou des aides publiques dont, au nom des garanties du pluralisme, ce secteur bénéficie. Autant que cela puisse se faire et pour permettre les comparaisons et le suivi au cours des années, c'est donc cette articulation qui, comme dans les précédentes synthèses, sera retenue ici.

I. ÉCONOMIE ENCADRÉE

S'agissant de l'évocation des éléments d'une économie encadrée, une distinction est ici faite entre ce qui relève de la production et édition (A) et ce qui est relatif aux activités de diffusion (B) de l'information et de toutes autres formes de créations littéraires et artistiques (écrites, sonores et/ou visuelles), alors même que certaines entreprises peuvent assumer l'ensemble de ces fonctions.

A. Production et édition

La tentative de synthèse de l'actualité du droit économique des médias en ce qui concerne les entreprises et activités de production et d'édition conduit à considérer successivement ce qu'ont été, au cours de l'année écoulée, l'apport législatif et réglementaire (1), l'apport jurisprudentiel (2) et les faits d'actualité (3).

1. Apport législatif et réglementaire

Quels qu'aient pu être les éléments de droit des médias, relativement limités, du programme électoral³ de l'actuel président

1. Voir dans les numéros de juillet et, désormais, de juin de *Legipresse*.

2. Derieux, E., « Droit économique », *Droit des médias. Droit français, européen et international*, Lextenso-LGDJ, 7^e éd., 2015, pp. 73-328 ; « Droit économique européen des médias », *Droit européen des médias*, Bruylant, 2017, pp. 105-295.

3. Derieux, E., « Propositions des candidat(e)s à l'élection présidentielle relatives au droit des médias », *RLDI/137*, mai 2017, n° 493, pp. 26-31.

de la République et des candidats aux élections législatives le soutenant et/ou se réclamant de lui, se disant notamment favorables aux dispositions confortant l'indépendance des rédactions et souhaitant offrir aux entreprises éditrices la possibilité d'adopter le statut de fondation « *pour dissocier le pouvoir de gestion de celui d'actionnaire* », mais défavorables à toute limitation de la part capitalistique des industriels dans les médias, le statut des médias, s'agissant du droit économique particulièrement, ne relève pas des nombreuses réformes engagées au cours de leur première année de mandat, correspondant pratiquement à la période considérée ici. En ce domaine du droit des médias comme dans beaucoup d'autres, l'apport législatif des prochains mois pourrait être beaucoup plus riche. Seuls deux aspects, concernant le régime de certaines taxes pesant sur le secteur de l'audiovisuel et les conditions d'exploitation ou de « *réutilisation* » des « *informations publiques* » contenues dans des documents conservés par les Archives nationales, sont évoqués ici.

● Audiovisuel

Par la loi n° 2017-1775, de finances rectificative pour 2017, sont modifiées les dispositions de l'article 302 *bis* KG du code général des impôts précisant les conditions d'application de la taxe sur la publicité diffusée par les éditeurs de services de télévision, ainsi que celles de l'article 1609 *sexdecies* B du même Code concernant la « *taxe sur la diffusion en vidéo physique et en ligne de contenus audiovisuels* »⁴. Par la même loi de finances rectificative, sont modifiées les dispositions de certains des articles L. 115-6 à L. 115-13 du Code du cinéma et de l'image animée concernant une taxe due, au profit du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), par « *tout éditeur de service de télévision* ». Il y est notamment tenu compte d'une déclaration d'inconstitutionnalité rendue, par le Conseil constitutionnel, à l'encontre de la rédaction antérieure de l'article L. 115-7 (Décision n° 2017-669 QPC du 27 octobre 2017).

● Archives nationales

Par une décision du 21 juillet 2017, le ministère de la Culture a, conformément aux dispositions du Code des relations entre le public et l'administration, précisé les règles relatives à la « *réutilisation* » des « *informations publiques* » contenues dans les documents détenus par les Archives nationales. Ladite « *réutilisation* » bénéficie du principe de gratuité. Y échappent cependant notamment les documents qui ne sont pas librement communicables et ceux d'origine privée conservés aux Archives nationales mais dont l'accès ou l'exploitation sont soumis à restrictions. Sur les utilisateurs, pèse l'obligation : de respect des droits d'auteur ; des droits des personnes visées par les documents, et notamment de leur anonymisation ; et de l'intégrité des informations qui y sont contenues.

2. Apport jurisprudentiel

Quelques décisions rendues, par diverses institutions ou autorités, à l'égard de la presse périodique, de l'édition de livres ou du secteur de l'audiovisuel, peuvent être mentionnées ici.

● Presse périodique

Comparé notamment au régime de responsabilité pour abus de la liberté d'expression, le droit économique, pour ce qui est des entreprises éditrices de presse particulièrement, n'est évidemment pas la branche du droit des médias dont l'apport jurisprudentiel est le plus abondant. Peut être mentionné le fait que, après que la holding Antilles Guyane Média, éditrice de *France Antilles*, a été déclarée en cessation de paiements, elle fut mise en liquidation judiciaire, par décision du tribunal de commerce de Fort-de-France, le 11 mai 2017, avec poursuite d'activité et appel à repreneurs. Après que la société éditrice du magazine *Marianne* s'est déclarée en cessation de paiement et a été placée en redressement judiciaire, début janvier, le tribunal de commerce de Paris, par décision du 18 août 2017, en a approuvé le plan de redressement comportant notamment le recentrage de ses activités sur le numérique, dont la fréquentation est en forte progression, et la réduction de ses effectifs.

Alors qu'elle était en redressement judiciaire depuis janvier 2017 et avait déjà obtenu deux prolongations de sa période d'observation, la société éditrice du quotidien communiste *La Marseillaise* a obtenu du tribunal de commerce de Marseille, le 28 février 2018, une nouvelle prolongation de sa période d'observation⁵.

Le magazine féminin *Causette* ayant, en décembre 2017, demandé sa mise en liquidation judiciaire, le tribunal de commerce de Paris, le 7 mars 2018, a validé sa reprise par le groupe Hildegard (*Le Film français, Première*).

● Edition de livres

Dans le secteur de l'édition de livres, l'Autorité de la concurrence, saisie d'un projet de contrôle de la société La Martinière Groupe (Le Seuil, Points, Les éditions La Martinière...) par le groupe Média Participations (Dargaud, Lombard...), a considéré qu'il s'agit de deux groupes d'édition spécialisés dans des types d'ouvrages différents et que l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence. Elle en a donc, par la décision 17-DCC-208 du 18 décembre 2017, autorisé la réalisation.

● Audiovisuel

Saisi d'une contestation relative à la conformité à la Constitution des dispositions de l'article L. 115-7 du Code du cinéma et de l'image animée instituant une taxe sur les éditeurs et distributeurs de services de télévision assise sur le montant des sommes versées, par les annonceurs et les parrains, pour la diffusion de leurs messages publicitaires et de parrainage, non seulement aux éditeurs de services de télévision mais aussi aux régisseurs de messages publicitaires et de parrainage, le Conseil d'État a transmis ladite question au Conseil constitutionnel (CE, 9^e ch., 28 juillet 2017, n° 411837). Considérant que « *les dispositions contestées incluent, dans l'assiette de la taxe dont sont redevables les éditeurs de services de télévision, les sommes versées par les annonceurs et les parrains aux régisseurs de messages publicitaires et de parrainage, que ces éditeurs aient ou non disposé de ces sommes* », et qu'elles « *ont ainsi pour effet de soumettre un contribuable à une imposition dont l'assiette peut inclure des revenus dont il ne dispose pas* », le Conseil constitutionnel conclut que lesdites dispositions sont « *contraires à la Constitution* » (Décision n° 2017-669 QPC du 27 octobre 2017).

4. *Legipresse*, janvier 2018, n° 356, pp. 42-48.

5. Rof, G., « Le titre 'La Marseillaise' joue sa survie », *Le Monde*, 2 mars 2018.

3. Faits d'actualité

● Agence France Presse

À l'occasion de l'élection, au printemps 2018, du PDG de l'Agence France Presse, et alors que, « *faute de soutien de l'État, le patron de l'agence a retiré sa candidature à un troisième mandat* », il est fait état, pour l'agence, d'« *une perte de 4,8 millions d'euros en 2017, après 5 millions en 2016* »⁶, situation à laquelle le nouveau PDG élu devra faire face.

● Presse périodique

Au cours de l'année considérée, l'actualité des entreprises éditrices de presse a été riche en événements, qu'il s'agisse de tentatives de lancement de nouveaux titres ou d'événements se produisant au sein des titres existants et des difficultés économiques rencontrées par eux⁷, allant parfois jusqu'à des cessations de parution.

Ainsi, début juillet 2017, les groupes Figaro et Le Monde ont annoncé leur alliance dans le domaine de la publicité en ligne. Le 5 octobre 2017, le conseil de surveillance du Groupe Le Monde se réunissait pour élire son nouveau président, M. Jean-Louis Beffa, suite au décès de Pierre Bergé. Ce fut l'occasion de faire un bilan de la santé financière du groupe et de ses évolutions récentes. Pour la deuxième année consécutive, le groupe a réalisé un résultat d'exploitation positif. La structure capitalistique du groupe a évolué, les actionnaires majoritaires regroupés dans la société Le Monde Libre (LM) ont souscrit une augmentation de capital de 30 millions d'euros, portant leur part à 72,5 % du capital du groupe. MM. Xavier Niel et Matthieu Pigasse reprennent à parité les parts que détenait Pierre Bergé. Le Pôle d'indépendance (rassemblant personnels, journalistes, lecteurs et fondateurs) détient désormais 25,4 % du capital. Il dispose d'un droit de veto sur le transfert ou la location-gérance du titre et désigne un tiers des représentants au conseil de surveillance. Le directeur du *Monde* est élu pour six ans après approbation par 60 % de la Société des rédacteurs du Monde (SRM). Faisant état des « *bons résultats du Groupe Le Monde en 2017* », le journal considère, avec optimisme, qu'ils « *contredisent deux idées reçues qui circulent sur la situation de l'information en France. La crise de la presse n'est pas une fatalité : la très nette hausse de la diffusion payée du 'Monde' en France, tout au long de l'année dernière, démontre que l'essor du numérique, loin de nous affaiblir, offre des moyens variés de nous adresser à de nouveaux lecteurs (...). La défiance entre les citoyens et les journalistes n'est pas générale. Les lecteurs des publications du groupe Le Monde sont de plus en plus nombreux à faire confiance à nos informations, produites de manière non partisane et indépendante par des rédactions protégées de toute pression des pouvoirs politiques et économiques, à la fois par notre gouvernance, des dispositifs désormais statutaires* »⁸. Cela ne peut sans doute pas être généralisé.

6. Bougon, F., « Le PDG de l'AFP, Emmanuel Hoog, jette l'éponge », *Le Monde*, 13 avril 2018.

7. Sur les mutations que l'introduction des techniques numériques engendre notamment sur l'économie du secteur, voir Charon, J.-M., *Rédactions en invention. Essai sur les mutations des médias d'information*, Editions Uppr, 2018, 83 p.

8. Dreyfus, L. et Fenoglio, J., « 2017, une année de croissance pour le groupe Le Monde », *Le Monde*, 13 avril 2018.

Début janvier 2018, il était considéré que, s'agissant des « *nouveaux médias : le papier fait de la résistance* » et que, « *si le numérique s'est imposé (...) le 'print' n'a pas dit son dernier mot* ». Il était fait mention de « *l'effet de puissance que l'on observe chez des groupes -tels ceux constitués autour du Monde et du Figaro-, de l'autre, (de) l'attrait des communautés* ». A l'égard de « *nouveaux médias d'actualité (...) diffusés exclusivement sur les réseaux sociaux* », s'adressant à la « *jeune génération qui a pris l'habitude de s'informer* » par ces canaux, il était cependant relevé que leur « *modèle économique reste à trouver* »⁹.

Alors qu'était annoncé le lancement d'un nouvel hebdomadaire, il était relevé qu'il « *devra trouver sa place et ses lecteurs dans un marché peu reluisant, marqué par les difficultés des titres historiques de la presse magazine* », tandis que l'un de ses promoteurs considérait pourtant qu'« *il y a un modèle économique sur le papier* »¹⁰.

Début février, il est fait état de ce que le quotidien sportif *L'Equipe* « *traverse une crise, comme tous les médias traditionnels : (il) doit trouver un nouveau modèle économique en effectuant une transition progressive vers le numérique. Ainsi s'explique la décision de la direction de fusionner les deux rédactions, papier et web 'pour produire des contenus plus adaptés aux attentes des lecteurs' (...) un autre axe de développement étant la télévision* » et, hors médias, l'organisation de compétitions sportives¹¹.

En février 2018 encore, il est fait état de ce que le mensuel *Causette*, « *menacé de disparition, est dans l'attente d'un repreneur après sa mise en liquidation judiciaire* » mais qu'« *une sombre histoire de propriété de la marque a compliqué les discussions avec les trois candidats potentiels* » à la reprise¹².

Début mars 2018, la direction du quotidien lyonnais *Le Progrès* (du groupe Ebra, propriété du Crédit mutuel : *Les dernières nouvelles d'Alsace, L'Est républicain, le Dauphiné libéré...*) faisait état d'une nouvelle stratégie misant avant tout sur le web, restructuration justifiée par 55 millions d'euros de pertes enregistrées, par l'ensemble du groupe, en 2016.

Le 19 mars 2018, M. Bernard Tapie vendait 35 % du Capital de Corse Presse, editrice de *Corse Matin*, du groupe La Provence, à un consortium d'entreprises corses CM Holding¹³.

Le 22 mars 2018, deux mois après son lancement, le magazine *Ebdo* (qui avait été lancé grâce à un financement participatif qui lui avait permis de récolter 410 000 euros), en proie à d'importantes difficultés financières et dans l'impossibilité de débloquer les 4 millions d'euros de crédits bancaires qui lui auraient été nécessaires, interrompt sa parution¹⁴. C'est le même modèle d'un financement participatif qui, à la même période, a été retenu par le média en ligne *L'imprévu*.

9. Bougon, F., « Nouveaux médias : le papier fait de la résistance », *Le Monde*, 3 janvier 2018.

10. Bougon, F., « 'Vraiment', un nouvel hebdo dans les kiosques en mars 2018 », *Le Monde*, 17 décembre 2017.

11. Bougon, F., « Climat social tendu à l'Equipe », *Le Monde*, 9 février 2018.

12. El Azzaz, Y., « A 'Causette', le divorce tourne au règlement de comptes. Alors que les repreneurs ont déposé leurs offres de rachat du magazine féministe, de vives tensions opposent les salariés au fondateur du titre », *Le Monde*, 11 février 2018.

13. Bordenave, Y., « Main basse sur la Corse et sur son journal », *Le Monde*, 22 avril 2018.

14. Piquard, A., « 'Ebdo' en grande difficulté, cherche des investisseurs », *Le Monde*, 18 mars 2018 ; Lacube, N., « Le magazine 'Ebdo' cesse de paraître », *La Croix*, 23 mars 2018 ; « Le journal 'Ebdo' baisse le rideau », *Le Monde*, 24 mars 2018.

Un bilan de bonne santé est établi à l'égard des magazines dédiés au bien-être et à la forme qui comptent 70 titres dont la diffusion dépasse 10 millions d'exemplaires. Il est en revanche fait état de la « *crise des news magazines à la française* »¹⁵. Le 17 avril 2018, le groupe Lagardère annonçait la cession d'un certain nombre de ses titres, dont *Elle*, *Télé 7 jours*, *France Dimanche*, *Ici Paris* à une société tchèque, Czech Media, n° 1 dans son pays, à laquelle il avait déjà vendu ses participations dans diverses radios des pays de l'Est¹⁶. Le groupe français ne conserve que *Paris Match*, *Le journal du dimanche* et *Europe 1*.

• Livre

Une étude consacrée aux « *impacts sociaux et environnementaux liés à la filière du livre* » fait état de ce que « *les dynamiques de concentration et de polarisation qui ont donné naissance aux grandes maisons d'édition ont été amplifiées, depuis une trentaine d'années, par l'irruption de grands groupes, financiers ou d'envergure internationale* », qui « *ont imposé, dans le secteur, une pression toujours plus forte pour réduire les coûts de production et de nouveaux impératifs de retour sur investissement, chaque titre devant être rentable individuellement* ». S'agissant du dit « *livre numérique* », il est mentionné qu'il est en croissance régulière, mais que « *la vente de livres numériques reste cependant marginale* » et que, en 2015, ils représentaient « *6,5 % des ventes en valeur* »¹⁷. Certains mettent leur espoir dans le développement du dit « *livre audio* »¹⁸. De l'encadrement relatif aux activités de production et d'édition, est distingué ici celui qui concerne la diffusion des médias.

B. Diffusion

Comme cela a été fait pour les activités de production et d'édition, l'évocation de l'encadrement de la diffusion des médias au cours de l'année écoulée conduit à considérer successivement l'apport législatif et réglementaire (1), l'apport jurisprudentiel (2) et les faits d'actualité (3).

1. Apport législatif et réglementaire

Quoique limité, l'apport législatif et réglementaire à cet égard a concerné, de manière distincte : le prix du livre, le cinéma et la vidéo.

• Prix du livre

Par décret n° 2018-170, du 7 mars 2018, pris en application de l'article 10 de la loi n° 81-766, du 10 août 1981, relative au prix du livre (dite « *Loi Lang* »), et abrogeant le décret n° 83-5, du 5 janvier 1983, il est posé que, Outre-mer, « *le prix de vente au public des livres non scolaires est majoré par l'application d'un coefficient* » fixé, pour chacun des territoires, non plus par arrêté préfectoral mais « *par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie, de la culture et des Outre-mer, en tenant compte des sujétions dues à l'éloignement du territoire concerné* ».

15. Bougon, F. et Piquard, A., « Les 'hebdo' à la peine pour se relancer », *Le Monde*, 1^{er} avril 2018.

16. Gauquelin, B. et Vulser, N., « Lagardère cède sa presse magazine », *Le Monde*, 19 avril 2018 ; Gauquelin B., « A la conquête de la presse de l'Ouest », *Le Monde*, 22 avril 2018.

17. Bureau d'analyse sociétale pour une information citoyenne, *Un livre français. Evolutions et impacts de l'édition en France*, Septembre 2017, 54 p.

18. Vulser, N., « Le livre audio, nouveau relais de croissance de l'édition », *Le Monde*, 18 mars 2018.

• Cinéma

Par l'ordonnance n° 2017-762, du 4 mai 2017, ont été modifiées certaines dispositions du Code du cinéma et de l'image animée concernant : la possibilité, pour le président du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), d'accorder des dérogations « *au délai d'exploitation des œuvres cinématographiques sous forme de vidéogrammes* » (article L. 111-3, 12°, dudit Code) ; le « *déplacement de séances de spectacles cinématographiques* » du fait des « *exploitants qui exercent une activité itinérante* » (article L. 212-18) ; ou les « *formules d'accès au cinéma* » (article L. 212-30 du même Code). Pris en application de ces dispositions, le décret n° 2017-841, du 5 mai 2017, relatif aux formules d'accès au cinéma, supprime la Commission d'agrément aux formules d'accès au cinéma.

Par le décret n° 2018-747 du 6 avril 2018, sont modifiées certaines dispositions réglementaires du Code du cinéma et de l'image animée concernant notamment le régime des exploitants d'établissements de spectacles cinématographiques, s'agissant : de l'« *autorisation d'exploiter un établissement de spectacle* » (article R. 212-4) ; des « *engagements de programmation soumis à homologation* » (article R. 212-30) ; et l'obligation, qui est alors la leur, de « *favoriser, de façon significative, la promotion gratuite de toutes les œuvres cinématographiques* » (article R. 212-31).

Par décret n° 2018-748, du 6 avril 2018, sont supprimées : l'obligation de remise, à l'appui d'une demande de visa d'exploitation d'une œuvre étrangère en version originale, du texte et de la traduction en français du titre et du dialogue (article R. 211-3 du Code du cinéma et de l'image animée) ; ainsi que, pour les exploitants de salles de cinéma soumis à des engagements de programmation, de remettre chaque année, au président du CNC, un rapport relatif à l'exécution de ces engagements (article R. 212-38 du même code).

Modifiés par l'ordonnance n° 2017-762 du 4 mai 2017, l'article L. 421-1 dudit code fait état des « *sanctions administratives* » qui peuvent être prononcées, par le CNC, « *à l'encontre des personnes ayant méconnu les obligations résultant* » de l'ensemble de ces dispositions et l'article L. 422-1 en détermine la nature. Les articles L. 423-5 et suivants organisent la procédure selon laquelle ces sanctions sont prononcées.

• Vidéo

Le décret n° 2017-1364 du 20 septembre 2017, fixe l'entrée en vigueur des dispositions des lois de finances rectificatives pour 2013 et 2016, étendant aux opérateurs établis à l'étranger, la taxe sur les ventes et locations de vidéogrammes et opérations assimilées en France, ainsi qu'aux opérations de mise à disposition du public, en France, à titre gratuit, de contenus audiovisuels sur des services de communication au public en ligne, en prenant pour assiette leurs recettes publicitaires, dite « *taxe YouTube* ».

2. Apport jurisprudentiel

Aucun élément d'apport jurisprudentiel n'a été relevé à cet égard.

3. Faits d'actualité

Dans le même esprit et pour les mêmes motifs que ce qui a précédemment justifié l'évocation de faits d'actualité à l'égard

des activités de production et d'édition, sont mentionnés ici un certain nombre de ces événements qui ont concerné : la presse périodique, le livre, le cinéma et le disque.

● Presse périodique

La « crise » de la distribution de la presse tient tant -cause et conséquence- à la situation de l'entreprise de messagerie qu'à celle des kiosquiers. Les kiosquiers dénoncent un système qui, en l'état, n'est « plus viable »¹⁹. La situation de Presstalis, qui assure 75 % de la distribution de la presse vendue au numéro, et particulièrement celle de la presse quotidienne (la plus coûteuse, compte tenu notamment des exigences de rapidité), est particulièrement préoccupante. L'entreprise a enregistré un résultat négatif de 20 millions d'euros en 2017. La cessation de ses activités aurait évidemment des conséquences dramatiques pour la diffusion de l'information en France²⁰. Pour certains, « l'esprit de la loi Bichet de 1947, voulant que chaque citoyen ait accès à toutes les publications quel que soit son lieu de résidence, survivra-t-il à l'état de santé désastreux de Presstalis ? »²¹. Pour d'autres, « la fin du système né de l'après-guerre, qui assure la diffusion équitable de tous les titres au nom du pluralisme, semble imminente (...) Le principe d'égalité sera-t-il conservé ? »²². Il est fait état de ce qu'« un effort 'collectif' est demandé à la filière, pour éviter l'effondrement du système »²³. Au ministère de la Culture, on évoque « l'archaïsme d'une 'loi d'économie administrée' » et on considère que la loi Bichet a « accouché d'un système extrêmement contraignant et totalement inadapté. Elle n'est pas faite pour un marché comme celui d'aujourd'hui »²⁴. Selon M. Louis Dreyfus, président du Groupe Le Monde et administrateur de Presstalis, « la réforme de la loi Bichet doit permettre de mieux prendre en compte le contexte qui n'est plus celui de 1947, tout en protégeant le principe de pluralisme de la presse et l'économie des marchands de journaux. Aujourd'hui, il y a une abondance de titres, qui ne participent pas tous au débat démocratique, mais sont constitutifs de la grande diversité de l'offre médias. On pourrait envisager que les seuls titres d'information politique et générale soient diffusés partout sans entrave, mais qu'il soit possible de mieux référencer les autres titres en fonction de leur potentiel de ventes. Ce serait une façon de respecter l'esprit de la loi Bichet et de garantir le pluralisme, tout en tenant compte de la nécessité d'alléger les contraintes pesant sur les diffuseurs »²⁵. Il est fait état de ce que, début 2018, « Presstalis n'a pu éviter la liquidation qu'au prix d'un effort financier conjoint de l'ensemble des édi-

teurs »²⁶. Le directeur du Point mise « sur la réforme prochaine de la loi Bichet sur la distribution de la presse -jugée 'malthusienne et débile'- pour 'donner plus de liberté aux kiosquiers et ouvrir de nouveaux canaux de vente' »²⁷. Une réforme législative annoncée ne suffira probablement pas, à elle seule, à rétablir l'équilibre de gestion de ladite entreprise !

Un rapport parlementaire note que le système de distribution de la presse pour la vente au numéro connaît une « crise profonde », qu'il a un « besoin de réforme urgent » et qu'il convient d'« entreprendre sans tarder des réformes structurelles et ambitieuses de l'organisation et de la régulation de la distribution ». Il est relevé que, si le système « organisé par la 'loi Bichet' a pu s'avérer vertueux en période d'expansion et d'augmentation continue des volumes distribués, il montre aujourd'hui clairement ses limites » et appelle « une refonte en profondeur de l'organisation et de la régulation de la distribution ». Selon la présidente-directrice-générale de Presstalis elle-même, citée dans le rapport, il s'agit d'« un système arrivé à bout de course, qui a dénaturé l'esprit de la loi de 1947 qui visait à garantir, à chaque éditeur, la possibilité d'être vu par le lecteur ». Pour remédier à la situation présente, il conviendrait notamment : d'« engager une réflexion sur le statut des sociétés coopératives de messagerie » ; de « rendre effective la libéralisation de l'assortiment des produits de presse ne relevant pas de la presse d'information politique et générale » ; et de « permettre, pour certains titres de presse à périodicité longue, une distribution directe entre éditeurs et diffuseurs »²⁸.

Selon une étude publiée, le 14 septembre 2017, par l'Alliance pour les chiffres de la presse et des médias (ACPM), 97,6 % de la population française, soit 51,2 millions de personnes, déclarent lire la presse chaque mois (que ce soit sur papier, ordinateur, tablette ou mobile). S'agissant de la presse d'information, 46 % des personnes la lisent sur papier, 16 % sur mobile, 5 % sur tablette, l'audience numérique continuant de croître.

● Livre

Le 27 juin 2017, les organisations professionnelles des éditeurs et des libraires et les plateformes de vente en ligne ont signé une charte de bonne conduite, élaborée sous l'autorité du Médiateur du livre, par laquelle ils s'engagent à respecter la loi sur le prix du livre. À cette occasion, la ministre de la Culture a présenté la loi n° 81-766 du 10 août 1981 (dite « loi Lang ») comme « un pilier de notre politique culturelle » et rappelé la nécessité de « veiller à ce que la loi s'applique systématiquement et pour tous de la même façon », notamment aux plateformes de vente en ligne. Elle a mentionné que « la charte prévoit des procédures de signalement et des mesures de sanction contre les vendeurs qui n'appliquent pas le prix unique » et insisté sur « la nécessité de distinguer de façon claire et affichée les offres de livres neufs et de livres d'occasion », ces derniers n'étant pas soumis à la législation sur le prix du livre.

19. Carasco, A., « Des kiosquiers entre colère et espoir », *La Croix*, 10 novembre 2017.

20. Sur le régime de la distribution de la presse en France, voir notamment les actes d'un colloque organisé à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Broyelle, C. et Franceschini, L., dir., *La loi Bichet sur la distribution de la presse, 70 ans après*, Editions Panthéon-Assas, 2018, 157 p. ; Derieux, E., « Distribution de la presse », *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, pp.105-115.

21. Carasco, A., « La presse dans l'état de sa distribution », *La Croix*, 4 janvier 2018.

22. Bougon, F., « Presstalis est de nouveau dans une situation critique », *Le Monde*, 5 janvier 2018.

23. Carasco, A., « Le plan pour sauver Presstalis fait débat », *La Croix*, 13 février 2018.

24. Piquard, A. et Bougon, F., « Presstalis au bord du gouffre », *Le Monde*, 14 février 2018.

25. Carasco A., « La distribution de la presse doit se réinventer. Les difficultés de Presstalis, qui achemine les trois quarts de la presse nationale vers les marchands de journaux, obligent toute la filière à repenser un système fondé en 1947 », *La Croix*, 26 février 2018.

26. *Le Monde*, 13 avril 2018.

27. *Le Monde*, 10 avril 2018.

28. Garcia, L. et Pau-Langevin, G., *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2015-433 du 17 avril 2015 portant diverses dispositions tendant à la modernisation du secteur de la presse*, Commission des affaires culturelles, Assemblée nationale, n° 861, avril 2018, 100 p.

Parmi les difficultés rencontrées par les libraires, outre la concurrence de certaines plateformes de vente en ligne, figurent : des marges insuffisantes ; le coût des loyers ; le manque de soutien des banques ; la désertification des centres villes... Sont par ailleurs dénoncés les tarifs postaux d'expédition de livres. Les libraires indépendants en supportent la charge et/ou les répercutent sur leurs clients tandis que les plateformes de vente en ligne, pour se mettre formellement en conformité avec les exigences de la loi, se contentent de les facturer 1 centime d'euro. L'instauration d'un tarif postal du livre en France est revendiquée, à l'instar de ce qui est pratiqué pour leur expédition vers l'étranger dont paradoxalement le coût est moins élevé. Il est fait état de ce que 356 millions de livres ont été vendus, en France, en 2017, pour un chiffre d'affaires de 3,97 milliards d'euros, et de ce qu'un français sur deux a acheté au moins un livre au cours de l'année. L'imprimé a toujours la préférence des acheteurs, même s'il connaît un recul de 1 % par rapport à l'année précédente, et si les livres numériques connaissent une hausse de 9 %.

Dans l'étude, précédemment mentionnée, consacrée aux « impacts sociaux et environnementaux liés à la filière du livre », tout en faisant état de la « concentration des points de vente » et de la « disparition des petites librairies », il est relevé que cela aurait pu être bien pire sans l'adoption de la loi du 10 août 1981 sur le prix du livre qui a « permis le maintien relatif d'une diversité de points de vente en librairies, grandes surfaces culturelles et maisons de la presse, qui répond à une diversité des besoins, attentes et centres d'intérêt des lecteurs »²⁹. Il a été relevé qu'« Amazon pèse lourd sur le livre, mais moins en France qu'ailleurs » ; qu'il y a toujours, dans notre pays, 3 500 librairies ; qu'« il se ferme, chaque année, autant d'enseignes qu'il s'en ouvre » ; que « la France est le pays du monde où il y a le plus de librairies, le plus d'éditeurs et le plus de livres publiés chaque année. C'est en partie grâce aux libraires qu'on ne lit pas tous les mêmes livres (...) Si la France résiste, c'est grâce au prix unique du livre ». Il reste cependant que « la vente en ligne progresse lentement mais sûrement dans un marché qui stagne »³⁰ et que, « à l'occasion du Salon du livre à Paris, le Syndicat de la librairie française alerte sur l'hégémonie d'Amazon et la mise en péril des librairies »³¹. Il est par ailleurs noté que « le marché du livre d'occasion a retrouvé du dynamisme grâce au développement des plates-formes de vente en ligne » et que « cette révolution numérique a aussi renforcé la concurrence et tiré les prix vers le bas »³².

Procédant à l'évaluation de l'application de la loi n° 2004-779, du 8 juillet 2014, encadrant les conditions de vente à distance des livres, un rapport parlementaire note que, en dépit de ce dispositif particulier interdisant « l'application du rabais de 5 % sur le prix public fixé par l'éditeur lorsque le livre est expédié à l'acheteur », les « librairies indépendantes, acteurs majeurs de la diffusion culturelle sur tout le territoire, restent des commerces fragiles ». Concurrencées par les plateformes de vente en ligne, elles ont notamment à supporter les tarifs postaux d'expédition

de livres physiques et, même si elle reste encore relativement limitée, la concurrence des livres numériques (auxquels s'appliquent les dispositions de la loi n° 2011-590, du 26 mai 2011, prévoyant l'obligation, pour les revendeurs, de pratiquer le prix fixé par l'éditeur)³³.

Le rôle des bibliothèques dans l'accès aux livres (imprimés et numériques) a été l'objet d'un rapport remis au président de la République. À la question des horaires d'ouverture des bibliothèques, s'ajoute celle de la diversité des publics, des supports et des missions culturelles³⁴.

● Cinéma

Répondant à une mission confiée conjointement par les ministres de l'Économie et des finances et de la Culture, un rapport a été élaboré sur les « coûts et les économies de la projection numérique » des films cinématographiques en salles, telle que promue notamment par la loi n° 2010-1149, du 30 septembre 2010, relative à l'équipement numérique des établissements de spectacles cinématographiques. Il y est noté que « l'ensemble du parc français de salles (...) a achevé cette transition numérique » et que « l'activité cinématographique a globalement bénéficié de cette transformation du secteur, qui améliore la qualité de la projection et accroît la souplesse de la programmation », et que le parc français de salles « demeure le premier en Europe par sa densité et sa diversité »³⁵. Concluant à la « bonne santé des films français en 2017 », il est fait état, d'après les chiffres publiés par le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), de ce que, « en progression depuis trois ans, les films français ont encore accru leur part de marché en 2017 (37,4 %, contre 35,3 % en 2016), tandis que les salles ont enregistré la troisième meilleure fréquentation depuis 50 ans, avec 209,2 millions de spectateurs ».

● Disque

Selon les indications fournies au mois de mars 2018 par l'industrie du disque, le chiffre d'affaires de la musique aurait bondi de 16,5 % en 2017, grâce au « streaming ». C'est la première fois depuis 1999 qu'une telle hausse est constatée pendant deux années de suite. Les abonnements aux plateformes ont augmenté de 56 %, pour atteindre un total de 35,3 millions d'utilisateurs. Par contre, le téléchargement est en chute de 25 % ; comme la vente de disques physiques, en baisse de 10 %, à l'exception du vinyle. Pour certains, « le modèle économique du streaming est positif, même si la question de la rémunération des artistes reste entière »³⁶. Il est relevé que « les disquaires indépendants, qui avaient pratiquement disparu au début des années 2000,

29. Bureau d'analyse sociétale pour une information citoyenne, *Un livre français. Evolutions et impacts de l'édition en France*, Septembre 2017, 54 p.

30. Guérin, M., « Amazon et les libraires », *Le Monde*, 16 décembre 2017.

31. Audrerie, S., « Les libraires dénoncent les périls d'Amazon », *La Croix*, 20 mars 2018.

32. Chabault, V., « Derrière le livre, le livre d'occasion », *Le Monde*, 17 mars 2018.

33. Kerlogot, Y. et Larive, M., *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2014-779 du 8 juillet 2014 encadrant les conditions de la vente à distance des livres et habilitant le Gouvernement à modifier par ordonnance les dispositions du Code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition*, Assemblée nationale, Commission des affaires culturelles, avril 2018, n° 862, 105 p. ; Audrerie, S., « La vente à distance de livres de nouveau en débat. Une mission d'évaluation de deux députés se penche sur les tarifs d'expédition des géants d'Internet », *La Croix*, 12 février 2018.

34. Orsenna, E. et Corbin, N., *Voyage au pays des bibliothèques. Lire aujourd'hui, lire demain...*, Ministère de la culture, février 2018, 69 p.

35. Auvigne, F. et autres, *Financement de la projection numérique en salle de cinéma*, Inspection générale des finances et Inspection générale des affaires culturelles, juin 2017, 35 p. + Annexes 204 p.

36. Bouton, R. et Legrand, E., « Le modèle de l'abonnement est en passe de sauver la musique », *Le Monde*, 18 avril 2018.

ont profité du retour du vinyle pour renaître», même si, selon l'un d'entre eux, « aujourd'hui, il est presque impossible de survivre quand on est un petit disquaire »³⁷.

À l'évocation des éléments du droit des médias constitutifs d'une économie encadrée doit être ajoutée celle de ceux, qui y sont parfois liés ou qui en sont la conséquence, qui relèvent d'une économie assistée.

II. ÉCONOMIE ASSISTÉE

S'agissant de l'évocation des éléments d'une économie assistée, une distinction est également ici faite, comme précédemment, entre ce qui relève de la production et édition (A) et ce qui est relatif aux activités de diffusion (B) de l'information et de toutes autres formes de créations littéraires et artistiques, alors même que, à cet égard aussi, certaines entreprises peuvent assumer l'ensemble de ces fonctions.

A. Production et édition

1. Apport législatif et réglementaire

Au cours de l'année écoulée, l'apport législatif et réglementaire, assez limité, constitutif d'une économie assistée au profit des entreprises et des activités de production et d'édition, a concerné : la presse périodique et le cinéma.

● Presse périodique

Pris pour l'application de l'article 3 du décret n° 86-616 du 12 mars 1986 modifié, instituant une « aide aux publications nationales d'information politique et générale à faibles ressources publicitaires », un arrêté du 30 novembre 2017 fixe, « pour l'aide attribuée en 2017 », à « cent soixante-quinze millions d'exemplaires » la « valeur de référence » qui y est prévue. Par la loi n° 2017-1835 de finances pour 2018, l'application des dispositions de l'article 39 bis A du Code général des impôts concernant le régime de l'impôt sur les bénéfices des entreprises éditrices de presse satisfaisant aux conditions qui y sont déterminées est reconduite, comme cela est régulièrement fait, jusqu'en 2020. Par des dispositions introduites à l'article 39 bis B du même code sont déterminées les conditions d'admission, à ce régime fiscal de faveur, des « entreprises exploitant un service de presse en ligne »³⁸.

● Cinéma

Par des dispositions introduites aux articles L. 311-3 et L. 311-4 du Code du cinéma et de l'image animée, par l'ordonnance n° 2017-762, du 4 mai 2017, il est posé que le Centre national du cinéma et de l'image animée « s'assure, notamment en ce qui concerne l'emploi dans le secteur de la production, du respect, par les bénéficiaires des aides financières, de leurs obligations sociales ». À cette fin, il « peut exiger, des demandeurs des aides financières, tout document justificatif du respect de ces obligations » ; et « peut suspendre ou refuser l'attribution de l'aide ou, le cas échéant, exiger son reversement ». L'article L. 421-1 du même code fait

état des « sanctions administratives » qui peuvent être prononcées, par le CNC, « à l'encontre des personnes ayant méconnu les obligations résultant » des dispositions relatives « aux aides financières » du CNC.

Adoptée le 15 décembre 2017, une délibération n° 2017/CA41, du Conseil d'administration du Centre national du cinéma et de l'image animée, modifie le règlement des aides financières dudit Centre accordées au titre du soutien à la création cinématographique, audiovisuelle et multimédia.

2. Apport jurisprudentiel

Aucun apport jurisprudentiel n'a été relevé à cet égard.

3. Faits d'actualité

Parmi les éléments de programme du nouveau président de la République et de la majorité qui se réclame de lui, peut être relevée la mention selon laquelle les aides à la presse devront être orientées sur l'information, la connaissance et le savoir ainsi que sur la transition numérique.

Dressant le « Panorama des aides à la presse 2016 », considérant que l'État serait « en retard d'une révolution industrielle », le Syndicat de la presse indépendante de l'information en ligne (SPIIL) pose que, « pour retrouver l'objectif initial de son action, le soutien et le développement du pluralisme de la presse, l'État doit (...) engager une vraie réforme tournée vers l'avenir plutôt que de continuer à préserver le passé » que, selon ledit syndicat, constituerait la presse imprimée. Il en appelle à la prise en compte, par l'État, du « nouveau paysage de la presse », encourageant « les mutations des éditeurs historiquement papier et l'arrivée de nouveaux entrants, avec de nouveaux titres, favorisant le pluralisme de l'information ». Il dénonce une « crispation des aides indirectes sur le support papier, en maintenant notamment l'aide à la Poste pour le transport de la presse (...) et le maintien d'un régime d'un autre temps, celui des annonces judiciaires et légales ». Aux dires dudit syndicat, les aides apparaissent « aujourd'hui comme une réponse défensive à la crise d'un secteur industriel et non plus un moyen de contribuer au maintien et au développement du pluralisme de l'information et à accompagner les éditeurs dans leur mission ». Pour ledit syndicat encore, « les aides à la presse ont été dévoyées de leur objectif premier, le pluralisme de l'information, pour devenir essentiellement une politique de soutien à un secteur industriel en crise, celui de la presse papier. Si elles avaient réellement pour objectif le pluralisme de l'information, alors elles auraient nécessairement évolué avec les usages de production, de diffusion et de consommation de l'information ».

Dans une autre de ses interventions, de novembre 2017, le même SPIIL formule des « propositions pour rétablir le pluralisme de l'information en région », ce qui passe notamment, selon lui, par une réforme des aides et du régime des annonces judiciaires et légales³⁹ (qui peut être considéré aussi comme une modalité d'aide à certaines catégories de publications, notamment de la presse locale). S'agissant des aides publiques, il énonce que, « alors que le pluralisme des médias est un principe constitutionnel qui justifie les aides de l'État à la presse, il appartient aujourd'hui au gouvernement de prendre conscience de cette urgence démocratique. Dans ce contexte de diminution du pluralisme de l'information locale, une

37. Gény, V., « Les disquaires indépendants ont l'instinct de survie », *La Croix*, 19 avril 2018.

38. *Legipresse*, janvier 2018, n° 356, pp. 42-48.

39. Derieux, E., « Annonces judiciaires et légales », *Droit des médias*, Lextenso-LGDJ, pp. 147-148.

réflexion sur l'efficacité du dispositif des aides existantes s'impose. Remettre à plat les aides à la presse locale en mettant fin aux discriminations entre supports ; mettre fin à l'obligation pour les entreprises de publier dans la presse imprimée les annonces légales, pratique responsable d'une colossale distorsion de concurrence ».

Des éléments constitutifs d'une économie assistée concernant les activités de production et d'édition, sont distingués ici ceux qui sont relatifs à la diffusion des médias.

B. Diffusion

Comme cela a été fait pour les activités de production et d'édition, l'évocation de l'aide publique à la diffusion des médias au cours de l'année écoulée conduit à considérer successivement l'apport législatif et réglementaire (1), l'apport jurisprudentiel (2) et les faits d'actualité (3).

1. Apport législatif et réglementaire

Au cours de l'année en cause, n'a été relevée qu'une modeste intervention dans le régime d'aide à la diffusion de la presse.

● Presse

Par le décret n° 20917-1332, du 11 septembre 2017, sont introduites diverses modifications, concernant les paramètres de calcul et d'attribution de l'aide, dans le décret n° 98-1009, du 6 novembre 1998, relatif au fonds d'aide au portage de la presse.

2. Apport jurisprudentiel

C'est également à l'égard du système d'aide à la diffusion de la presse qu'une référence jurisprudentielle peut être faite.

● Presse périodique

Le Conseil d'État a rejeté la requête en annulation du décret n° 2016-2013, du 30 décembre 2016, relatif aux tarifs postaux des suppléments et hors-séries. Selon les requérants, « le fait de subordonner, pour les suppléments des titres d'information politique et générale, le bénéfice du tarif de presse spécifique à la double condition qu'ils présentent un caractère d'information politique et générale et remplissant les conditions prévues à l'article D. 18 du Code des postes et des communications électroniques, (méconnaît) la liberté et le pluralisme de la presse, garantis par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de 1789 ». Pour le Conseil d'État cependant, « le décret attaqué n'a pas pour objet de réduire le montant des aides visant à préserver le pluralisme des titres d'information politique et générale, mais uniquement d'en circonscrire le bénéfice aux seules publications qui, eu égard à leur contenu, sont nécessaires à l'exercice effectif de la liberté » ainsi proclamée et, par ailleurs, « les principes invoqués ne font pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire modifie certaines des caractéristiques des aides à la presse, dès lors que l'exercice de ce pouvoir n'aboutit pas à priver de garanties les exigences de caractère constitutionnel en cause ». Pour la Haute juridiction encore, « en exigeant des suppléments des titres d'information politique et générale qu'ils remplissent les conditions prévues aux articles D. 18 et D. 19-3 du Code des postes et des communications électroniques pour bénéficier du tarif de presse applicable aux journaux d'information politique et générale, le décret attaqué se borne à prévoir, pour ces suppléments, les mêmes exigences que

celles auxquelles sont soumis les journaux et écrits périodiques qui peuvent bénéficier de ce tarif, sans leur imposer de contraintes supplémentaires » (CE, 5 mars 2018, n° 407464)⁴⁰.

3. Faits d'actualité

Les faits d'actualité concernant les aides publiques à la diffusion des médias ont également été en nombre limité. Répondant à une « lettre de mission » du Premier ministre souhaitant que soit établie une évaluation des soutiens publics apportés aux secteurs économiques du livre et du cinéma en régions, un rapport fait état « d'une politique publique visant essentiellement à promouvoir la diversité de l'offre de contenus, l'accessibilité de cette offre au plus grand nombre sur le territoire, le renouvellement de la création française et sa diffusion, ainsi que l'innovation technologique », et se traduisant notamment par un « soutien financier » et un « régime fiscal » particulier⁴¹.

Le 16 juin 2017, le Conseil de l'Union européenne évoquait, sans parvenir à un accord, la question de l'harmonisation de la TVA applicable aux publications numériques, périodiques ou non, que certains pays, dont la France, voudraient, au titre de certaines modalités d'aides publiques, pouvoir fixer au même taux que celui qui pèse sur les publications imprimées. Qualifiant les publications numériques de « services », la Cour de justice, en application de la directive 2006/112, impose actuellement en effet qu'elles soient soumises au même taux que l'ensemble desdits « services »⁴².

Au cours de l'année couverte par cette synthèse (1^{er} mai 2017 – 30 avril 2018), première année du mandat de l'actuel président de la République et de la majorité qui le soutient ou qui se réclame de lui, l'actualité concernant l'économie des médias a été davantage marquée par des faits, teintés d'incertitudes et d'inquiétudes, concernant particulièrement la situation de diverses entreprises éditrices de presse et de leurs publications ainsi que du système de distribution de la presse, que d'interventions juridiques et notamment législatives et réglementaires. Le vaste mouvement de réformes en cours concernera-t-il également le droit économique des médias, bien qu'il convienne d'y intervenir avec prudence⁴³, pour tenter, par de nouvelles formes d'encadrement et d'assistance aux médias, de remédier aux situations constatées, au nom des garanties de la liberté et du pluralisme de l'information, essentiels en démocratie ?

E. D.

40. *Legipresse*, 358-1, n° 358, mars 2018, p. 127.

41. Coppinger, N., et autres, *Le soutien à l'économie du livre et du cinéma en régions*, Evaluation de politique publique, Inspection générale des finances et Inspection générale des affaires culturelles, 2017, 37 p. + 208 p. Annexes.

42. CJUE, 5 mars 2015, aff. C-479/13, Commission c. République française et CJUE, 5 mars 2015, aff. C-502/13, Commission c. Grand-duché de Luxembourg ; Derieux, E., *Droit européen des médias*, Bruylant, 2017, pp. 286-292.

43. Derieux, E., « Inflation et instabilité législatives. Remédier aux malfaçons du droit des médias », *Legipresse*, avril 2018, n° 359, pp. 179-180 ; Derieux, E. et Gras, F., « L'abus de lois est dangereux pour le droit », *Legipresse*, juillet 2011, n° 285, pp. 391-392 ; « Loi dite 'Warsmann' du 22 mars 2012 : simplification supposée du droit des médias », *Legipresse*, mars 2012, n° 294, pp. 322-329.

